

D. Sekundärrecht im Energiesektor: Die Beschleunigungsrichtlinien 2003

Die Beschleunigungsrichtlinien⁴⁰³ sehen wichtige Neuerungen für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf den Energiemärkten in Europa vor.⁴⁰⁴

Im Vordergrund dieser Arbeit werden die so genannten Beschleunigungsrichtlinien aus dem Jahre 2003 und die darin enthaltenen Vorschriften zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen stehen. Dennoch ist es hilfreich, sich auch kurz mit den alten Richtlinien 96/92/EG Strom⁴⁰⁵ und 98/30/EG Gas⁴⁰⁶ zu beschäftigen, um die Entwicklungen des Sekundärrechts nachzuzeichnen und die Veränderungen im Bezug auf die damaligen gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu untersuchen. Insofern soll zunächst ein kurzer Überblick über die alten Richtlinien gegeben werden. Die speziellen Normen der gemeinwirtschaftlichen Leistungen werden aber im Kontext der derzeit geltenden Regelungen der Beschleunigungsrichtlinien bearbeitet. Inwieweit dies eine Trendverschiebung und somit ein weiterer Bedeutungszuwachs von gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Europäischen Recht darstellt, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Hintergrund der Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas

Vor dem Hintergrund des 1985 festgelegten Ziels, bis 1992 einen einheitlichen europäischen Markt ohne Binnengrenzen zu schaffen, erfolgte die Marktöffnung im Energiesektor viel später als in anderen Wirtschaftsbranchen.⁴⁰⁷ Der Infrastrukturausbau der Energieversorgung allein reichte der Kommission ab Ende der 80er Jahre nicht mehr, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zugunsten schrankenloser mit-

⁴⁰³ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Amtsblatt Nr. L 176 vom 15.07.2003, S. 37ff und Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Amtsblatt Nr. L 176 vom 15.07.2003 S. 57ff - so genannte Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG. Zum Gesetzgebungsgang vgl. *Schneider/Prater*, in: RdE 2004, S. 57ff; vgl. auch *Baur*, in: ET 2003, S. 670ff; *Salje*, in: RdE 2003, S. 205ff.

⁴⁰⁴ Diese Besonderheiten können aber hier nicht weiter dargestellt werden, vgl. aber z.B. für die neuen Unbundling-Vorgaben und für die Vorschriften über die nationalen Regulierungsbehörden: *Baur*, in: ET 2003, S. 670ff; *Meller*, in: ew 2002, S. 20ff; *Büdenbender/Rosin/Heinlein/Burmeister*, in: ET 2003, S. 746ff; *Kriete/Werner*, in: WuW 2004, S. 1272ff.

⁴⁰⁵ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. L 027 vom 30.01.1997 S. 20ff. (im Folgenden alte Strom-Richtlinie genannt).

⁴⁰⁶ Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. L 204 vom 21.07.1998 S. 1ff. (im Folgenden alte Gas-Richtlinie genannt).

⁴⁰⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

gliedstaatlicher Kompetenzen zurückzustellen. Mit den ersten Richtlinien sollte das Ziel verfolgt werden, die Elektrizitäts- und Erdgasmärkte durch die schrittweise Einführung des Wettbewerbs zu öffnen und so die Effizienz im Energiesektor und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft insgesamt zu verbessern.⁴⁰⁸ So ging die Kommission 1992 mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt⁴⁰⁹ das Projekt an, auch für den Energiebereich Sekundärrecht zu formulieren, um – möglicherweise auch inspiriert durch die EuGH-Entscheidungen zu den Energiemonopolen – den Energiesektor sekundärrechtlich zu strukturieren.

1. Vorschlag 1992: Vom rein wettbewerblichen Ansatz zur Service-public-Diskussion

Der erste Vorschlag ging nur sehr peripher auf den öffentlichen Charakter der Energieversorgung ein. Stattdessen wurde in der Begründung pauschal auf den Ceccini-Bericht⁴¹⁰ verwiesen, demzufolge die Vollendung des Binnenmarktes für Elektrizität und Gas nicht zu negativen Auswirkungen auf die Umwelt, die Versorgungssicherheit und die Versorgungsqualität führen würde. Gerade an diesem Punkt entzündete sich jedoch erhebliche Kritik.⁴¹¹ So gab es anfänglich keinen dem schließlich verabschiedeten zentralen Art. 3 Abs. 2 der Richtlinien entsprechenden Vorbehalt. Öffentliche Dienstleistungspflichten wurden nur für die Verteilernetzbetreiber, nicht aber für die Übertragungsnetzbetreiber festgelegt.⁴¹² Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss hatte Vorbehalte hinsichtlich der ersten Richtlinienvorschläge der Kommission.⁴¹³ So wurden Bedenken in Bezug auf die Versorgungssicherheit⁴¹⁴ geäußert.⁴¹⁵ Auf der anderen Seite war für die entsprechenden Mehrheiten erforderlich, dass die Möglichkeit der Auferlegung öffentlicher Dienstleistungspflichten im großen Umfang auf Initiative des Europäischen Parlaments in die Richtlinie eingefügt wurde.⁴¹⁶ An der

⁴⁰⁸ Auch hier sollte der zukünftige Wettbewerb auf den Energiemärkten zu niedrigeren Energiepreisen und damit zu einer erhöhten Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie führen. Innerhalb der Gemeinschaft sollten unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen durch das Ende der nationalen Abschottung der Energiemärkte angeglichen werden, *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 316.

⁴⁰⁹ KOM (1991) 548 final.

⁴¹⁰ Cecchini-Bericht aus dem Jahre 1992, "Europa '92 – Der Vorteil des Binnenmarktes".

⁴¹¹ Vgl. nur die umfangreichen Änderungen des Europäischen Parlaments.

⁴¹² Vgl. Art. 16 des Vorschlags vom 24. Februar 1992, KOM (1991) 548 final.

⁴¹³ Stellungnahme des WSA zu dem Vorschlag für eine Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und dem Vorschlag für eine Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 27. Januar 1993, ABl. C 73, 15.3.1993 sowie Stellungnahme des WSA zu dem abgeänderten Vorschlag für eine Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und dem abgeänderten Vorschlag für eine Richtlinie betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 28. April 1994, ABl. C 195, 18.7.1994.

⁴¹⁴ Zum Begriff „Versorgungssicherheit“ siehe auch D.II.1.b)(s)(a).

⁴¹⁵ Vgl. z.B. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 27. Januar 1993, Amtsblatt der EG C 73 vom 15. März 1993, S. 31

⁴¹⁶ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), § 2 Tz. 40.

Tatsache, dass gerade wegen des öffentlichen Dienstleistungscharakters erheblicher Widerstand gegen die Richtlinien entstand, kann man erkennen, welche Bedeutung diesem Thema zugestanden wurde. In den folgenden geänderten Vorschlägen wurde, wie auch bei anderen Richtlinien und Verordnungen, die in den 90er Jahren im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen geschlossen wurden, der *service public* Gedanke daher immer mehr berücksichtigt.⁴¹⁷ Mehr und mehr spielte die Überlegung eine Rolle, dass Wettbewerb kein Selbstzweck ist, und daher so reguliert werden muss, dass dem *service public* Gedanken Geltung verschafft wird.⁴¹⁸

Parallel zu dem Gesetzgebungsverfahren der ersten Binnenmarktrichtlinien hatte die Kommission Klage gegen vier Mitgliedstaaten wegen deren nationalen Strom- und Gashandelsmonopole erhoben.⁴¹⁹ Ob dadurch entsprechender Verhandlungsdruck ausgeübt werden sollte⁴²⁰, oder ob die Kommission durch Zugeständnisse im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen letztendlich die Einigung bewirkte, kann nur spekuliert werden. Wichtig ist jedoch festzuhalten, dass neben den heftig diskutierten Marktöffnungsquoten der Gesetzgebungsprozess von den unterschiedlichen Auffassungen zum Konzept des *service public* in den Energiemärkten geprägt war.⁴²¹ Daher musste insgesamt die Kommission die Liberalisierungsvorgaben erheblich lockern, damit schließlich im Jahre 1996 die Richtlinie verabschiedet werden konnte.⁴²²

2. Kompromiss und Kompetenzproblematik

Die ersten Binnenmarktrichtlinien waren das Produkt von jahrelangem Ringen.⁴²³ Nach den Richtlinien 90/547/EWG⁴²⁴ und 90/377/EWG⁴²⁵ stellten die Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG einen zweiten Schritt in Richtung Liberalisierung der nationalen Strommärkte und Schaffung eines Strombinnenmarktes dar. Gemäß dem Erwägungsgrund 4 der alten Strom-Richtlinie kam der Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes besondere Bedeutung zu. Das Ziel sollte sein, unter gleichzeitiger Stärkung der Versorgungssicherheit und der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft die Effizienz der Erzeugung, Übertragung und Verteilung zu verbessern.

⁴¹⁷ Vgl. nur *Löwenberg*, *Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, S. 291.

⁴¹⁸ *Löwenberg*, *Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, S. 292.

⁴¹⁹ EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815; c-158/94 – Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789; C-160/94 – Kommission/Spanien, Slg. 1997, I-5851 und C-157/94 – Kommission/Niederland, Slg. 1997, I-5699.

⁴²⁰ Vgl. *Neveling*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 204; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 92.

⁴²¹ Vgl. *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 204.

⁴²² *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 325; vgl. auch *Bausch*, *Netzzugangsregeln im liberalisierten Strommarkt*, S. 170.

⁴²³ *Britz*, in: RdE 1998, S. 85; *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 2, Tz. 41; *Lecheler/Gundel*, in: EuZW 2003, S. 622.

⁴²⁴ Richtlinie 90/547/EWG Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze.

⁴²⁵ Richtlinie 90/377/EWG des Rates vom 29. Juni 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise.

Aufgrund der Besonderheiten des Energiesektors wurde der Frage nach der Kompetenz für den Erlass der Binnenmarktrichtlinien – insbesondere vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils⁴²⁶ zur Tabakwerbeverbotsrichtlinie viel Aufmerksamkeit gewidmet. Auf die generelle Kompetenzdiskussion kann hier schon aus Platzgründen nicht eingegangen werden.⁴²⁷ Das Europäische Parlament wollte die Richtlinie wegen des von ihm geforderten „gemeinsamen Mindestgrundstock“ an gemeinwirtschaftlichen Auflagen auch zusätzlich auf die von der Kommission unbeachteten Kompetenznorm des Art. 86 Art. 3 EG-Vertrag stützen, wonach - sehr dünn formuliert - die Kommission auf die Anwendung dieses Artikels achtet und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richtet.⁴²⁸ Die alten Energiebinnenmarktrichtlinien 96/92/EG und 98/30/EG traten am 19. Februar 1997 und am 10 August 1998 in Kraft. Seit dem 01. Juli 2004 sind diese Richtlinien nicht mehr in Kraft, da sie durch die neuen Richtlinien am 15. Juli 2003 ersetzt wurden.⁴²⁹

3. Spannungsfeld: Wettbewerb und Gemeinwohl in den ersten Richtlinien

Die von der ersten Strom-Richtlinie bewirkte Liberalisierung war in mehrfacher Hinsicht unvollkommen⁴³⁰ und stellte nach verbreiteter Ansicht allenfalls eine „halbherzige Marktöffnung“⁴³¹ dar. Die alte Richtlinie Strom macht vom Ziel der Vollendung des Binnenmarktes faktisch wesentliche Abstriche.⁴³² So wurde die Marktöffnung

⁴²⁶ EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbeverbotsrichtlinie, Slg. 2000, I-8419.

⁴²⁷ Mehr zur Kompetenzfrage hinsichtlich der Binnenmarktrichtlinien: *Säcker/Busche*, in: ET 1998, S. 18ff; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, S. 433; *ders.*, in: *Schneider Handbuch*, § 3 Tz. 66ff; *Neveling*, in: *Danner/Theobald*, (Hrsg.), Tz. 218; *Jarass*, Europäisches Energierecht, S. 63ff; *Klees*, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 76; ablehnend: *Schmidt-Preuss*, in: *ZfK* 6/2001, S. 32; *Steinberg/Britz*, DÖV 1993, S. 317; Die Befugnis zur Rechtsangleichung sei schon allein deshalb überschritten worden, da es kaum Netzzugangsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten gegeben hätte, die harmonisiert hätten werden können. Dies zeige sich auch schon an der Tatsache, dass die Bezeichnung der Richtlinie den Begriff „Harmonisierung“ nicht beinhalte. Außerdem verstoße die Richtlinie gegen das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, da entsprechende Regelungen gar nicht erforderlich seien. Zweifelnd auch *Kühne*, in: *Baur* (Hrsg.), S. 75f; von einer schwachen europarechtlichen Grundlage geht auch *Rapp-Jung*, in: *RdE* 1997, S. 134, aus.

⁴²⁸ Vgl. auch EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 113: „Angesichts der Ausführungen der französischen Regierung oblag es nämlich der Kommission, im Rahmen des Nachweises der behaupteten Vertragsverletzung unter der Kontrolle des Gerichtshofes das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist. Art. 90 Abs. 3 EG-Vertrag beauftragt die Kommission ausdrücklich, auf die Anwendung dieses Artikels zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten.“

⁴²⁹ Auch wenn die alten Richtlinien nicht mehr in Kraft sind, so zeigt das am 7. Juni 2005 im Vorabentscheidungsverfahren ergangene Urteil des EuGH in der Sache *Vereniging voor Energie, Milieu en Water et al (VEMW)*, in dem es u.a. um vorrangige Kapazitätszuteilung aufgrund langfristiger Stromlieferverträge bis 2009 geht, dass die Auswirkungen der alten Richtlinien potentiell noch einige Jahre zu Kontroversen führen werden, EuGH, Rs. C-17/03 – VEMW.

⁴³⁰ Vgl. GA *Stix-Hackl*, Schlussantrag in der Rs. C-17/03 – VEMW, Tz. 38.

⁴³¹ *Britz*, in: *RdE* 1998, S. 92.

⁴³² *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, *Universaldienst*, S. 325.

von vorneherein nur gewissen Marktteilnehmern vorbehalten.⁴³³ Auch aufgrund der „lustlosen Umsetzung“ der Binnenmarktrichtlinien hätten sich die Erwartungen nicht erfüllt.⁴³⁴ Zusätzlich verschafft der hier zu untersuchende allgemeine Service-Public-Vorbehalt⁴³⁵ des Art. 3 der Richtlinie den Mitgliedstaaten weit reichende Möglichkeiten, gerade mit Art. 5, 6, 17, 18 und 21 die zentralen Liberalisierungsbestimmungen der Richtlinie nicht anzuwenden. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, wenn der 39. Erwägungsgrund zur Richtlinie darauf hinweist, dass „[a]lle diese Maßnahmen eine weitere Liberalisierungsstufe dar[stellen]“, wobei „... auch nach ihrer Durchführung ... jedoch Hemmnisse für den Elektrizitätshandel zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen“ werden.⁴³⁶ Insgesamt wurden die Ziele, u.a. Preissteigerungen für Energiekonsumenten, auch nur bedingt erreicht. Zwar konnten zunächst auf dem Strommarkt erhebliche Preissenkungen für Unternehmen und nicht so erhebliche Preissenkungen für Haushaltskunden beobachtet werden.⁴³⁷ Allerdings kam es seit 2003 auch wieder zu steigenden Großhandelspreisen.⁴³⁸ Auch mittelfristig, teilweise als Folge des zu erwartenden Abbaus von bestehenden Überkapazitäten, aber auch der fortschreitenden Marktkonzentration, sind nach Ansicht vieler Beobachter weiter steigende Preise zu erwarten.⁴³⁹ Auch Vertreter der Energiewirtschaft kündigten schon früh Preissteigerungen an.⁴⁴⁰ Die Formulierungen, mittelfristig seien „Preissteigerungen auf ein auskömmliches Niveau“⁴⁴¹ zu erwarten bzw. „Irgendwann wollen die Energieversorger auch mal wieder Geld verdienen“⁴⁴², implizieren, dass die Preissenkungen nicht unbedingt Folge des Wettbewerbs waren, sondern eines nicht rentablen Preisdrucks. Im November 2005 im Rahmen der Sektorenuntersu-

⁴³³ Generalanwältin *Stix-Hackl*, Schlussantrag in der Rs. C 17/03 – DTE, Tz. 41: Aus Art. 19 der Richtlinie ergibt sich nämlich, dass die Mitgliedstaaten nur in Bezug auf zugelassene Kunden verpflichtet sind, ihre Märkte zu öffnen. Außerdem wurde in Bezug auf den Netzzugang keine klare Wettbewerbslösung, sondern eine Kompromissformel eingeführt.

⁴³⁴ *Börner*, in: RdE 2005, S. 185.

⁴³⁵ Der Service-public-Vorbehalt in den Binnenmarktrichtlinien darf nicht verwechselt werden mit einem „europäischen service public“, siehe dazu ausführlicher unten D.VI.3; uneindeutig insofern der „europäische service public-Begriff“ bei *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 201.

⁴³⁶ Vgl. auch GA *Stix-Hackl*, Schlussantrag in der Rs. C-17/03 – DTE, Tz. 44

⁴³⁷ *Ringel*, in: ZfE 2003, S. 133; *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 387; *Lattmann*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 20; *Neveling/Hilmes*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 397; Die Preissenkungen im Gasbereich fielen noch geringer aus. Vg. Stellungnahme WSA, Amtsblatt der EG C 36 vom 8.2.2002, 2.3.

⁴³⁸ *Neveling/Hilmes*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 397.

⁴³⁹ *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 387. Auch Vertreter der Energiewirtschaft kündigten schon früh Preissteigerungen an.

⁴⁴⁰ Vgl. die Zitate bei *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 397.

⁴⁴¹ *Hartmann*, Vorstandsvorsitzender der damaligen VEBA, in: Handelsblatt vom 31.12.1999, S. 22 - zitiert nach *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 397.

⁴⁴² *Von Seelen*, Vorstandsvorsitzender der Energie Aktiengesellschaft Mitteldeutschland, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 03.01.2000, S. 20 - zitiert nach *Wieland*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 397.

chung Energie gemäß Art. 17 der Verordnung 1/2003 konstatierte die Kommission sogar „dramatische Preisansteigerungen“.⁴⁴³

Auch die alte Gas-Richtlinie⁴⁴⁴ war ein Kompromiss, der zudem erst anderthalb Jahre nach der Strom-Richtlinie und fast sechs Jahre nach dem ersten Vorschlag unter Dach und Fach gebracht werden konnte.⁴⁴⁵ Die Gegensätze bei der Diskussion um die erste Gas-Richtlinie waren noch komplexer als bei der ersten Strom-Richtlinie. Zu dem Gegensatz zwischen den mehr regulierungsorientierten Mitgliedstaaten wie Frankreich, Spanien und Belgien auf der einen Seite und liberalen Mitgliedstaaten wie zum Beispiel Großbritannien, kamen die Spannungen zwischen Mitgliedstaaten mit eigenen ausreichenden Gasvorkommen und solche ohne hinzu.⁴⁴⁶ Im Gesetzgebungsverfahren der ersten Gas-Richtlinie bezogen sich einige wesentliche Änderungsforderungen des Europäischen Parlaments wie im Strombereich auf öffentliche Dienstleistungspflichten. Die Defizite im Wettbewerb ließen sich im Gasbereich noch schlechter beheben als im Strombereich. So fiel die Bewertung durch die Kommission in ihrer Mitteilung⁴⁴⁷ ernüchternd aus.⁴⁴⁸

4. Die Beschleunigungsrichtlinien im Gesetzgebungsverfahren

Der Europäische Rat hatte auf seiner Tagung am 23. und 24. März 2000 in Lissabon "rasche Arbeit" zur Vollendung des Binnenmarktes gefordert und rief die Kommission, den Rat und die Mitgliedstaaten dazu auf, dass sie jeweils im Rahmen ihrer Befugnisse die Liberalisierung in Bereichen wie Gas, Strom, beschleunigen.⁴⁴⁹ Auch die Beschleunigungsrichtlinien waren das Resultat eines langen Gesetzgebungsverfahrens⁴⁵⁰ - immerhin drei Jahre dauerten die intensiven Beratungen⁴⁵¹ zum europäischen Energie-Reformpaket.⁴⁵²

In der Mitteilung zur Vollendung des Energiebinnenmarktes war die Kommission⁴⁵³ zu dem Schluss gekommen, dass die Auswirkungen der Marktöffnung durch die ersten Richtlinien positiv waren, sowohl hinsichtlich der Entwicklung des Marktes an

⁴⁴³ Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, Energy Sector Inquiry - Issues Paper, vom 15. November 2005, S. 5; vgl. auch *Verf.*, in: N&R 2006, S. 14ff.

⁴⁴⁴ *Von Burchard/Riemer*, in: ET 1998, S. 782ff; *Riemer/Weyand*, in: ET 1998, S. 46ff; *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 330ff; *Neveling*, in: *Danner/Theobald* (Hrsg.), Tz. 412ff.

⁴⁴⁵ *Riemer/Weyand*, in: ET 1998, S. 46.

⁴⁴⁶ *Riemer/Weyand*, in: ET 1998, S. 47.

⁴⁴⁷ KOM (2001) 125 final.

⁴⁴⁸ KOM (2001) 125 final, S. 9. Die Beschleunigungsrichtlinie Gas selbst spricht von schwerwiegenden Mängeln, vgl. Erwägungsgrund 2.

⁴⁴⁹ KOM (2001) 125 final, S. 37.

⁴⁵⁰ *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 133; vgl. auch *Schneider/Prater*, in: IR 2004, S. 5.

⁴⁵¹ *Schneider/Prater*, in: RdE 2004, S. 57.

⁴⁵² Die Trennung der beiden Richtlinien Gas und Strom setzte sich trotz anfänglicher gemeinsamer Entwürfe zum Schluss durch. Wegen des Umfangs der Änderungen der Richtlinien wurden die betreffenden Bestimmungen aus Gründen der Klarheit und der Rationalisierung neu gefasst, vgl. Erwägungsgrund 33 der neuen Richtlinie Strom.

⁴⁵³ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

sich als auch hinsichtlich damit verbundener wichtiger Politikbereiche. Zu diesen Politikbereichen zählt die Kommission auch gemeinwirtschaftliche und umweltpolitische Ziele, inkl. der Versorgungssicherheit. Um den Energiebinnenmarkt zu vollenden und seine Vorteile umfassend nutzen zu können, waren jedoch nach Ansicht der Kommission weitere Maßnahmen erforderlich. Diese Maßnahmen waren neben den so genannten „quantitativen Vorschlägen“ zum Grad der Marktöffnung die so genannten „qualitativen Vorschläge“ wie die Mindestverpflichtungen im Hinblick auf Netzzugang, Verbraucherschutz, Regulierung und Entflechtung von Übertragung bzw. Fernleitung und Verteilung in vertikal integrierten Gas- und Stromunternehmen.

Während einige Vorschriften - die Bezeichnung der beiden Richtlinien legt dies schon nahe - die Liberalisierung und den Wettbewerb des Strom- und des Gassektors noch „beschleunigen“ sollten,⁴⁵⁴ verdienen insbesondere die Ausnahmen im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Leistungen besondere Aufmerksamkeit.⁴⁵⁵ Auf der einen Seite hatte die Kommission bei den Arbeiten an dem neuen Vorschlag für eine Energiebinnenmarktrichtlinie konstatiert, dass bisher keine der Maßnahmen der Mitgliedstaaten grundlegende Probleme im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Richtlinien aufgeworfen habe und dass keiner der Mitgliedstaaten eine Abweichung von den Richtlinienbestimmungen geltend machen musste, um seine gemeinwirtschaftlichen Ziele zu erreichen.⁴⁵⁶ Auf der anderen Seite deutete die Kommission die Notwendigkeit an, weitere Maßnahmen zur Stärkung der bestehenden Bestimmungen einzufügen.

Tatsächlich lässt sich hier im Gegensatz zur allgemeinen wettbewerbsorientierten Ausrichtung der Beschleunigungsrichtlinie eine Ausdehnung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen beobachten.⁴⁵⁷ Während also die Richtlinien auf der einen Seite eine weitere Marktöffnung vorsehen, verleihen auf der anderen Seite einige Bestimmungen beider Richtlinien den gemeinwirtschaftlichen Leistungen ein stärkeres Gewicht.⁴⁵⁸

5. Unterschiede zwischen Strom- und Gas-Richtlinie

Zwar verfolgen beide Regelwerke das gleiche Grundmuster.⁴⁵⁹ Aber schon bei den alten Richtlinien, die zum großen Teil auf identischen tatsächlichen Gegebenheiten beruhen, wurden die gravierenden technischen und kommerziellen Unterschiede schon alleine durch den zeitlichen Abstand zwischen den beiden Regelwerken deutlich. Die erste Binnenmarktrichtlinie Gas wurde erst zwei Jahre nach der ersten Richtlinie für den Strombinnenmarkt verabschiedet. Die Entwicklung des Gasbinnenmarktes hinkt auch weiterhin dem Strombinnenmarkt hinterher. Der Grund dafür sind marktstrukturelle und technische sowie politische Unterschiede zwischen dem

⁴⁵⁴ Vgl. *Theobald/Schiebold*, in: Verwaltungsarchiv 2003, S. 161.

⁴⁵⁵ Vgl. *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 251.

⁴⁵⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

⁴⁵⁷ Vgl. auch *Tettinger/Pielow*, in: RdE 2003, S. 290.

⁴⁵⁸ *Koenig/Kühling/Rasbach*, in: ZNER 2003, S. 3.

⁴⁵⁹ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 330.

Strom- und Gasbereich.⁴⁶⁰ Schon auf dem Erzeugungslevel gibt es strukturelle Unterschiede bei Strom- und Gasgewinnung. Strom ist aus den verschiedensten Energieträgern herstellbar,⁴⁶¹ so auch aus Gas. Erdgas dagegen ist nur in bestimmten Lagerstellen zu finden, wobei diese zumeist außerhalb der europäischen Gemeinschaft liegen, was in einer starken Importabhängigkeit resultiert.⁴⁶² Alle großen nationalen Ferngasunternehmen haben langfristige Lieferverträge mit internationalen Förderunternehmen abgeschlossen, während die langfristigen Lieferverträge im Strombereich diese internationalen Komponenten seltener aufwiesen.⁴⁶³ Die Verflechtungen mit Drittstaaten erfordern besondere Regelungen.⁴⁶⁴

Zusätzlich besteht eine Koppelung der Gaspreise an die Ölpreise,⁴⁶⁵ was einem echten Wettbewerb nicht förderlich ist. Auch im Bereich des Umweltschutzes unterscheiden sich der Strom- und der Gasmarkt. Der Strombinnenmarkt ist im Gegensatz zum Gassektor sehr viel stärker von der Problematik des Vorrangs erneuerbarer Energien und dadurch von dem Widerspruch zwischen Umweltschutz und Wettbewerb geprägt.⁴⁶⁶ Zudem bestehen gewichtige technische Unterschiede. Erdgas ist im Gegensatz zu Strom ein speicherungsfähiger Rohstoff⁴⁶⁷, so dass Erdgasspeichern in der Wertschöpfungskette eine besondere Bedeutung zukommt.⁴⁶⁸ Insofern liegt auch ein Schwerpunkt der neuen Gas-Richtlinie auf den Regelungen der Gasspeicherung und insbesondere dem Zugang zu den Gasspeichern. Außerdem ist beim Gas eine größere Korrelation zwischen dem physikalischen Weg und dem Vertragsweg gegeben als beim Strom.⁴⁶⁹ Eine weitere Besonderheit⁴⁷⁰ sind die vorgelagerten Rohrleitungsnetze, welche nicht zu den klassischen Transportnetzen gehören⁴⁷¹, und die ge-

⁴⁶⁰ Kühne, in: Baur (Hrsg.), S. 65; Neveling in Danner/Theobald (Hrsg.) Tz. 405ff; Schneider, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 2, Tz. 72.

⁴⁶¹ Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 29.

⁴⁶² Vgl. Erwägungsgrund 10 der alten Gas-Richtlinie: "Externe Erdgaslieferungen sind von besonderer Bedeutung für den Kauf von Erdgas in Mitgliedstaaten, die in hohem Maße auf Gasimporte angewiesen sind." Vgl. auch Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 412.

⁴⁶³ Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 412.

⁴⁶⁴ Schneider, in: Schneider/Theobald (Hrsg.) § 2, Tz. 72.

⁴⁶⁵ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001: „Solange kein echter Wettbewerb im Erdgassektor entsteht, werden die Gaspreise die Angebots- und Nachfragesituation auf dem Gasmarkt unabhängig von der Lage auf dem Ölmarkt nicht richtig wiedergeben; Neveling/Hilmes, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 396.

⁴⁶⁶ Schalast, in: ZNER 2004, S. 135.

⁴⁶⁷ Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 29.

⁴⁶⁸ Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 414.

⁴⁶⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

⁴⁷⁰ Erwägungsgrund 25 der alten Gas-Richtlinie: Im Interesse eines wettbewerbsorientierten Erdgasmarktes ist für den Zugang zu vorgelagerten Rohrleitungsnetzen zu sorgen. Dieser Zugang zu vorgelagerten Rohrleitungsnetzen ist namentlich in Anbetracht der besonderen wirtschaftlichen, technischen und operationellen Merkmale, die für solche Netze gelten, gesondert zu behandeln.

⁴⁷¹ Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 414.

mäß Art. 2 Nr. 2 der alten Gas-Richtlinie Rohrleitungen oder ein Netz von Rohrleitungen sind, deren Betrieb und/oder Bau Teil eines Öl- oder Gasgewinnungsvorhabens ist oder die dazu verwendet werden, Erdgas von einem oder mehreren solcher Vorhaben zu einer Aufbereitungsanlage, zu einem Terminal oder zu einem an der Küste gelegenen Endanlandeterminale zu leiten.

Während Strom gleich Strom ist,⁴⁷² und von einem Spannungszustand in den anderen transformiert werden kann, gibt es Gas nicht nur in unterschiedlichen Aggregatzuständen, sondern auch in unterschiedlichen sonstigen Beschaffenheiten.⁴⁷³ Diese unterschiedlichen Gase, die sich im Wesentlichen in so genanntes H-Gas (hochkalorisches Gas) und L-Gas (niederkalorisches Gas) unterteilen lassen, werden in unterschiedlichen Netzen transportiert. Die unterschiedlichen Gasqualitäten resultieren auch in – im Gegensatz zum Strommarkt – erhöhtem Abstimmungsbedarf zwischen den Netzbetreibern.⁴⁷⁴

Schließlich kann man auch davon ausgehen, dass politische Unterschiede eine Rolle spielen. Tatsächlich ließen sich erhebliche politische Konflikte und Widerstände in der Gaswirtschaft beobachten.⁴⁷⁵ Die ca. anderthalbjährige Verspätung der Gas-Richtlinie ist insbesondere auf diese Widerstände zurückzuführen. Auch die Marktkonzentration ist auf dem Gasmarkt noch stärker.⁴⁷⁶ Auf die Unterschiede im Einzelnen wird bei den entsprechenden Normen der Beschleunigungsrichtlinien eingegangen.

II. Die Richtlinie 2003/54/EG und gemeinwirtschaftliche Leistungen im Einzelnen

Die Entwicklungen und Veränderungen der gemeinwirtschaftlichen Leistungen sollen nun im Einzelnen ausführlicher dargestellt werden. Dabei ist die Ausgangslage, dass die alten Richtlinien, deren Gesetzgebungsprozess durch die Service-public-Auseinandersetzung geprägt war,⁴⁷⁷ den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gewährten, gemeinwirtschaftliche Ziele zu verfolgen. Ob und in welchem Ausmaß Mitgliedstaaten dahingehende Maßnahmen ergreifen wollten, lag ausschließlich in deren Ermessen.⁴⁷⁸ Die alten Richtlinien enthielten keine Harmonisierungsregelungen für eine gemeinschaftsweit zu gewährleistende Grundversorgungspflicht⁴⁷⁹, es wurde kein Universaldienstkonzept wie im Bereich der Postdienste oder im Bereich der Tele-

⁴⁷² Auch wenn es immer wieder erstaunlich erfolgreiche Marketingkampagnen gab und gibt, die dem Endkunden suggerieren sollen, es gebe z.B. „sauberen“ und „dreckigen Strom“.

⁴⁷³ Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 29.

⁴⁷⁴ Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 414.

⁴⁷⁵ Neveling, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 412.

⁴⁷⁶ Wieland, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 383. Die Tatsache, dass der Gasmarkt ganz entscheidend von dem Marktführer Ruhrgas AG beeinflusst wird, bedeutet natürlich auch, dass es einem einzigen Unternehmen alleine leichter fällt, sich in der Politik Gehör zu verschaffen, als wenn sich mehrere Unternehmen erst finden und einigen müssen, bevor der politische Kontakt gesucht wird.

⁴⁷⁷ Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 204.

⁴⁷⁸ Lecheler/Gundel, in: EWS 2001, S. 253; Schneider/Prater, in: IR 2004, S. 7.

⁴⁷⁹ Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 333.

kommunikationsdienstleistungen eingeführt. Lediglich bestimmte Infrastrukturgewährleistungspflichten wurden in der Richtlinie festgelegt. Die Versorgungspflichten selbst, ihre Bedingungen und Voraussetzungen wurden demgegenüber nicht in der Richtlinie definiert, sondern blieben mitgliedstaatlichen Regelungen vorbehalten.⁴⁸⁰

Dies wurde zurückgeführt auf den Widerstand der Mitgliedstaaten, die sich gegen eine Eingrenzung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, der privilegierungsfähigen besonderen Aufgaben und der Mittel zur Gewährleistung der Aufgabenerfüllung wandten. Insgesamt bestanden mehr Spielräume⁴⁸¹ für die Mitgliedstaaten als geplant.⁴⁸² Dieses – positiv formuliert - behutsame Vorgehen⁴⁸³ im Rahmen der alten Richtlinien war u.a. auf den schwierigen Gesetzgebungsprozess zurückzuführen. Auch dem Erwägungsgrund 5 der alten Strom-Richtlinie ist zu entnehmen, dass die Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarkts schrittweise erfolgen müsse, damit die Elektrizitätsindustrie sich flexibel und in geordneter Art und Weise dem neuen Umfeld anpassen kann. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Elektrizitätssysteme gegenwärtig unterschiedlich aufgebaut sind. Im Gegensatz zu einer strikteren Herangehensweise anderer Binnenmarktrichtlinien handhabte die erste Strom-Richtlinie die Liberalisierung flexibler,⁴⁸⁴ was u. a. darauf zurück zu führen ist, dass die Kompetenz der Gemeinschaft für Energiepolitik problematischer ist als in anderen Wirtschaftsbereichen. Die Richtlinie enthielt insbesondere keine Bestimmungen, die mit dem Postdienst oder Telekommunikationsbereich vergleichbare detaillierte Universaldienstverpflichtungen.⁴⁸⁵

Der ersten Elektrizitätsrichtlinie lag zudem grundsätzlich die Vorstellung zugrunde, dass Wettbewerb indirekt auch dem Ziel des Umweltschutzes und der Versorgungssicherheit dient.⁴⁸⁶ Hier sind in den neuen Richtlinien einige Veränderungen zu beobachten.

1. Das allgemeine gemeinwirtschaftliche Konzept der neuen Strom-Richtlinie

Zu den Kernbestimmungen⁴⁸⁷ der neuen Richtlinie gehört ihr Art. 3. Dieser führt das Kapitel II zu den allgemeinen Vorschriften für die Organisation des Sektors an.⁴⁸⁸ Der Schwerpunkt des gesamten Art. 3, welcher mit dem jeweiligen Grundsatz in

⁴⁸⁰ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 319.

⁴⁸¹ Diese Spielräume wurden in Deutschland nicht ausgeschöpft: Die frühere Bundesregierung hat von den vorhandenen Optionen für substantielle Regelungen zum Umweltschutz und zu gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht ausreichend Gebrauch gemacht, *Lattmann*, in: Der Städtetag 7-8/2002, S. 18.

⁴⁸² *Britz*, in: RdE 1998, S. 86; *Luke*, Gewährleistung und Finanzierung von Infrastrukturversorgung im Wettbewerb, S. 391.

⁴⁸³ *Britz*, in: RdE 1998, S. 87.

⁴⁸⁴ *Luke*, Gewährleistung und Finanzierung von Infrastrukturversorgung im Wettbewerb, S. 392.

⁴⁸⁵ *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 125.

⁴⁸⁶ So *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 72.

⁴⁸⁷ GA *Stix-Hackl*, Schlussantrag in der Rs. C-17/03 – VEMW, Tz. 38.

⁴⁸⁸ Zunächst soll auf die Regelungen im Strombereich eingegangen werden; die Besonderheiten im Gasbereich werden später gesondert behandelt, siehe unten, D.III.

Abs. 1 beginnt, bezieht sich in der neuen Strom-Richtlinie laut amtlicher Überschrift auf „Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und Schutz der Kunden“. Auch wenn Überschriften, sogar wenn sie amtlich sind, nicht überbewertet werden sollen, stellt diese Benennung des zentralen Art. 3 doch eine bemerkenswerte Eigentümlichkeit dar.⁴⁸⁹

a) Grundprinzip in Art. 3 Abs. 1 der Strom-Richtlinie

Grundlegend ist hierbei Art. 3 Abs. 1. Danach tragen die Mitgliedstaaten entsprechend ihrem institutionellen Aufbau und unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips dafür Sorge, dass Elektrizitätsunternehmen unbeschadet der Vorbehalte in Bezug auf die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen und im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Elektrizitätsmarkts betrieben werden und dass diese Unternehmen hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht diskriminiert⁴⁹⁰ werden.⁴⁹¹ Diese Formulierung zeigt, dass die Hauptverantwortlichkeit für die Ausgestaltung der Marktöffnung im Geiste des dort angesprochenen Subsidiaritätsprinzips in den Händen der einzelnen Mitgliedstaaten liegt.⁴⁹² Neu sind die Aspekte der Versorgungssicherheit und der Nachhaltigkeit.⁴⁹³ Die verschiedenen Ele-

⁴⁸⁹ Wobei die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie nach der in dieser Arbeit verwendeten Definition nicht zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gehört, siehe schon oben, B.I.1. In diesem Zusammenhang ist auch das rechtlich nicht-bindende Kommissionspapier vom 16. Januar 2004 zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu beachten, Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004: Mit diesem Vermerk möchte die Kommission darlegen, welche Maßnahmen in den Mitgliedstaaten ergriffen werden müssen, damit die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu keiner Wettbewerbsverzerrung führen und die tatsächliche Marktöffnung, wie sie in Art. 21 der Elektrizitätsrichtlinie und Art. 23 der Gas-Richtlinie vorgesehen ist, nicht verzögern.

⁴⁹⁰ Die alte Richtlinie forderte noch eine „gleiche Behandlung“ aller Unternehmen. Die „Nichtdiskriminierung“ in der neuen Richtlinie soll aber wohl – trotz dieses sprachlichen Unterschieds das gleiche bedeuten; vgl. *Börner*, in: *Versorgungswirtschaft* 2003, S. 270f.

⁴⁹¹ Art. 3 Abs. 1 spricht von „in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätze“. Während die Sicherheit und die Nachhaltigkeit der Elektrizitätsmärkte Ziele der Richtlinie darstellen, ist nicht so eindeutig zu bestimmen, was denn die Grundsätze der Richtlinie sind. Eine explizite Auflistung solcher Grundsätze fehlt in den Richtlinien. Basierend auf Sinn und Zweck der Richtlinie und anhand von Kommissionsdokumenten sind darunter solche Prinzipien wie Marktöffnung nach bestimmten Marktöffnungsgraden, der Zugang Dritter und die Entflechtungsbestimmungen zu verstehen, Vgl. KOM (2001) 125 final, 2.1.10.

⁴⁹² *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, S. 20; vgl. auch Erwägungsgrund 31 der neuen Strom-Richtlinie sowie Satz 2 des Erwägungsgrundes 26; die Tatsache, dass den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt wird, dass die Unternehmen gemäß den Grundsätzen dieser Richtlinie handeln, ist allerdings insofern überflüssig, als diese Verpflichtung bei Richtlinien immer besteht, Art. 249 Abs. 1, Art. 10 EG-Vertrag, vgl. auch *Jones*, *EU Energy Law*, S. 116.

⁴⁹³ Die Aspekte der Versorgungssicherheit und des Umweltschutzes wurden im Rahmen der alten Richtlinie zum Teil als „ergänzende Richtlinienziele“ angesehen, vgl. Stellungnahme der Kommission zum Netzzugang, zu lex VEAG und zur Kraft-Wärme-Kopplung und die Entgegung der Stadtwerke Leipzig zur lex VEAG, in: *ZNER* 1998, S. 66.

mente des Art. 3 Abs. 1, die Schneider als „ambivalente Grundprinzipien“⁴⁹⁴ bezeichnet, sollen im Folgenden untersucht werden.

(1) „Wettbewerbsorientierung“

Zunächst ist es nicht ohne Weiteres zu bestimmen, was genau einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt im Einzelnen auszeichnet. Der Begriff der „Wettbewerbsorientiertheit“ setzte sich auch erst kurz vor der Verabschiedung der ersten Strom-Richtlinie durch. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der früheren Vorschläge sollten Elektrizitätsunternehmen noch nach „kommerziellen Grundsätzen“⁴⁹⁵ betrieben werden.

Einige Autoren sind deshalb der Meinung, alleine der Begriff „Wettbewerbsorientiertheit“ impliziere eine Beschränkung des Wettbewerbsgedankens, und stehe „kommerziellen Grundsätzen“ und einem „rein wettbewerblchen Markt“ in Bezug auf eine wettbewerbliche Ausrichtung nach.⁴⁹⁶ Der Begriff „wettbewerbsorientiert“ wird im EG-Vertrag in den Artikeln 154 Abs. 2 (Transeuropäische Netze) und Art. 157 Abs. 1 (Industrie) verwendet, wird aber weder im Primär- noch im Sekundärrecht definiert. Der Wortlaut „wettbewerbsorientiert“ legt zwar tatsächlich nahe, dass auch andere Ziele verfolgt werden dürfen, solange diese an der grundsätzlichen Zielbestimmung, nämlich positiv zum Wettbewerb beizutragen, nichts ändern. Allerdings zeigt der Blick in die englische und französische Fassung, dass dem Begriff „wettbewerbsorientiert“ keine eigene Bedeutung zugestanden werden sollte. An entsprechender Stelle heißt es nämlich „marché de l'électricité concurrentiel“ bzw. „competitive ... market“. Hier findet sich keinerlei mögliche Einschränkung des Wettbewerbsgedankens durch eine bloße Orientierung in Richtung des Wettbewerbs.

(2) Sicherheit

Dass tatsächlich nur bedingt von einem echten Wettbewerbsmarkt ausgegangen werden kann, legt eben nicht der Begriff „wettbewerbsorientiert“ nahe, sondern die Tatsache, dass im Vergleich zur alten Strom-Richtlinie im Art. 3 Abs. 1 noch weitere Ziele aufgeführt sind.

⁴⁹⁴ *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 416.

⁴⁹⁵ Vgl. nur Art. 3 Abs. 1 der Vorschläge aus dem Jahre 1991 – KOM (1991) 548 final – und aus dem Jahre 1993 – KOM (1993) 643 final; siehe auch *Schröder*, Kompetenz- und eigentumsrechtliche Fragen bei der Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes, S. 17.

⁴⁹⁶ Vgl. *Börner*, in: *Versorgungswirtschaft 2003*, S. 270: Nach Erwägungsgrund 4 der alten Richtlinie, dessen Art. 3 Abs. 1 sich ebenfalls auf einen „wettbewerbsorientierten“ Elektrizitätsmarkt bezog, kommt der Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes zwar eine besondere Bedeutung zu; es gelte, unter gleichzeitiger Stärkung der Versorgungssicherheit und der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft sowie unter Wahrung des Umweltschutzes die Effizienz bei der Erzeugung, Übertragung und Verteilung dieses Produkts zu verbessern. Auch Erwägungsgrund 9 der alten Richtlinie scheint nahe zu legen, dass ein wettbewerbsorientierter Markt ein minus gegenüber einem echten Wettbewerbsmarkt darstellt, wenn es heißt, dass Elektrizitätsunternehmen im Hinblick auf die Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten und wettbewerbsfähigen Marktes tätig sein können müssen. Bedacht werden muss auch die teilweise Einschränkung auf zugelassene Kunden, denen es gemäß Art. 21 freisteht, Elektrizität von einem Lieferanten ihrer Wahl zu kaufen, wobei einige Länder – so auch Deutschland – die Marktöffnung vorgezogen haben. Nach Art. 21 Abs. 1 lit c) sind ab dem 1. Juli 2007 alle Kunden zugelassen.

So müssen Elektrizitätsunternehmen ebenfalls im Hinblick auf die Errichtung eines sicheren Elektrizitätsmarkts betrieben werden. Dieses Ziel findet sich im Gegensatz zur alten Richtlinie nun ausdrücklich in Art. 3 Abs. 1.

Eine sichere Energieversorgung ist das Ziel des Energierechts schlechthin.⁴⁹⁷ In diesem Zusammenhang ist auch das Schlagwort „Versorgungssicherheit“ von größter Bedeutung. Die Kommission bezeichnet die Versorgungssicherheit als das „herausragendste gemeinwirtschaftliche Ziel“.⁴⁹⁸ Dabei werden die Begriffe sichere Energieversorgung aber auch die Versorgungssicherheit jeweils nicht immer einheitlich verwendet. Nach Art. 2 Nr. 28 der Richtlinie ist unter „Sicherheit“ sowohl die Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und –bereitstellung als auch die Betriebssicherheit zu verstehen – sowie die ausreichende Deckung des jeweiligen Bedarfs der Energieverbraucher, die frei von Versorgungsunterbrechungen ist⁴⁹⁹ sowie die bloße Anlagen- und Netzsicherheit. Dieser Aspekt taucht nicht nur in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie auf, sondern zusätzlich noch in Art. 3 Abs. 2 („Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit“) im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die Ausnahmen von den zentralen Vorschriften der Richtlinie begründen können.⁵⁰⁰ Da dem Aspekt der Sicherheit im Rahmen der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8 der Strom-Richtlinie eine konkrete Bedeutung für Ausnahmen von der Richtlinie zukommen kann, werden die Einzelheiten im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 behandelt.

Die Bedeutung der Versorgungssicherheit wird nicht nur durch die prominente Erwähnung in Art. 3 Abs. 1, sondern auch durch die Einführung des Monitoring der Versorgungssicherheit in Art. 4 der Strom-Richtlinie bzw. Art. 5 der Gas-Richtlinie⁵⁰¹ erhöht.

⁴⁹⁷ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 212; *Wurzbacher*, Die Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 1.

⁴⁹⁸ KOM (2001) 125 final, 2.1.8.

⁴⁹⁹ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 212.

⁵⁰⁰ Ausführlicher siehe unten D.II.1.b)(3)(a).

⁵⁰¹ Für Elektrizität siehe die Ausführungen zu Art. 4 der Strom-Richtlinie unter D.II.1.k); ausführlicher für den Gasbereich die Ausführungen in Art. 5 der Gas-Richtlinie D.III.4.

(3) Unter ökologischen Aspekten nachhaltig

Als letzter Aspekt in Art. 3 Abs. 1 findet sich die Nachhaltigkeit unter ökologischen Aspekten⁵⁰². Der Begriff Nachhaltigkeit⁵⁰³ wird in den Richtlinien nicht definiert. Eine nachhaltige Entwicklung wird allgemein beschrieben als Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne die Fähigkeit der künftigen Generationen, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen, zu beeinträchtigen.⁵⁰⁴ Die Zukunftsbezogenheit und die intergenerationelle Gerechtigkeit sind die Kernelemente.⁵⁰⁵ Nachhaltigkeit muss sich nicht nur auf Umweltaspekte beziehen - auch soziale und ökonomische Nachhaltigkeitsaspekte (z.B. Armut oder die Zukunft der Sozialversicherungssysteme) sind denkbar. Jedoch beschränkt sich die Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 der neuen Richtlinien ausdrücklich auf unter ökologischen Aspekten nachhaltige Energiemärkte. Dabei bildet die Energiepolitik seit jeher einen der Schwerpunkte der Nachhaltigkeitsdiskussion.⁵⁰⁶ Nachhaltige Energiewirtschaft bezieht sich auf eine langfristig sichere Versorgung mit hinreichend preiswerter Energie bei gleichzeitiger Minimierung negativer Umweltauswirkungen.⁵⁰⁷

Drei Ansatzpunkte gibt es, um einer ökologischen Nachhaltigkeit näher zu kommen: Effizienzsteigerungen bei Erzeugung und Umwandlung von Energie, effizientere Endenergienutzung bzw. Verbrauchseinsparung und schließlich Energieträgersubstitution durch erneuerbare Energien.⁵⁰⁸

Dieses Ziel war in dem alten Art. 3 Abs. 1 nicht enthalten. Dabei ist die Überlegung, dass die Nachhaltigkeit unter ökologischen Aspekten in Art. 3 Abs. 1 nur an die Existenz der Querschnittsklausel in Art. 6 des EG-Vertrags an prominenter Stelle erinnern soll, zurückzuweisen. Dagegen spricht zum einen, dass eine ausdrückliche Veränderung dieses Absatzes stattgefunden hat, wobei es unzutreffend ist, dass aufgrund von Art. 6 EG-Vertrag⁵⁰⁹ nun ein solcher Verweis auf die Nachhaltigkeit in allen Gemeinschaftsrechtsakten erforderlich ist.⁵¹⁰ Zum anderen wurde die Nachhaltigkeit

⁵⁰² Mehr zum Konzept der Nachhaltigkeit: *Jänicke/Wiesenthal*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 385ff; *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 405ff; *Ernst-Vogel*, in: RdE 1997, S. 137.

⁵⁰³ Statt der Formulierung „unter ökologischen Aspekten nachhaltig“ hieß es in Art. 3 Abs. 1 der Entwürfe der Beschleunigungsrichtlinie „langfristig tragbar“ – KOM (2002) 304 final – bzw. „in Hinblick [...] auf einen umweltschonenden Vertrieb und Verkauf von Elektrizität“ – A5-0077/2002.

⁵⁰⁴ *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszweckes im Energiewirtschaftsrecht, S. 22 mwNw.

⁵⁰⁵ Die konkreten Inhalte und die notwendigen Konsequenzen sind allerdings weit weniger klar; vgl. auch *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 405.

⁵⁰⁶ *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszweckes im Energiewirtschaftsrecht, S. 36.

⁵⁰⁷ *Jänicke/Wiesenthal*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 385.

⁵⁰⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 7 Satz, Art. 3 Abs. 6, Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3.

⁵⁰⁹ Art. 6 EG-Vertrag lautet: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der in Art. 3 genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden.“

⁵¹⁰ In diese Richtung aber *Schalast*, in: ZNER 2001, S. 137.

zusammen mit der Sicherheit der Stromversorgung aufgezählt – ein Aspekt, der aus unabhängigen Gründen eingefügt wurde. Dies muss auch für die Nachhaltigkeit gelten.

Ein Unteraspekt der Nachhaltigkeit findet sich ebenfalls in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie wieder: Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen können sich auch auf Umweltschutz, Energieeffizienz und Klimaschutz beziehen.⁵¹¹ Einzelheiten zum Umweltschutz als ein möglicher Aspekt gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen soll deshalb ebenfalls im Kontext von Art. 3 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie behandelt werden.

(4) Zieltrias oder Bedeutungsabstufung

So unscharf wie das Verständnis der drei in Art. 3 Abs. 1 der neuen Richtlinie genannten Aspekte, so unklar ist auch das konkrete Konzept, welches der Art. 3 Abs. 1 der ganzen Richtlinie vorne anstellt: Sind Wettbewerbsorientierung, Sicherheit und ökologische Nachhaltigkeit gleichberechtigt oder stehen sie in einem Rang- oder gar Hierarchieverhältnis? Teilweise wird Art. 3 Abs. 1 als eine Zieltrias wie in § 1 Abs. 1 EnWG 1998⁵¹² verstanden, im Rahmen derer ein Überwiegen nicht-wettbewerbsorientierten Ziels bis zur gänzlichen Verdrängung des Wettbewerbsziels nicht mehr völlig ausschlossen.⁵¹³ Auf der anderen Seite könnte es sich um einen reinen Programmsatz handeln.⁵¹⁴

Die drei Ziele in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie sind grammatikalisch gleichberechtigt. Gegen die Annahme einer Zieltrias könnte aber zu Felde geführt werden, dass die Reihenfolge auch eine entsprechende Bedeutungsskala indiziert, so dass die Sicherheit und die ökologischen Belange der Wettbewerbsorientiertheit folgen.

Tatsächlich ist aber zu berücksichtigen, dass die Fassung des grundsätzlich ähnlich strukturierten Art. 3 Abs. 1 der ersten Strom-Richtlinie ausdrücklich verändert wurde. In der alten Richtlinie ging es gemäß des alten Art. 3 Abs. 1 lediglich um die Errichtung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes. Allerdings wurde das Ziel der alten Richtlinie gemäß dessen Erwägungsgrund 4 auch schon darin gesehen, dass es darum geht, einen wettbewerbsorientierten Strommarkt zu verwirklichen, der die Versorgungssicherheit und den Umweltschutz genügend berücksichtigt.⁵¹⁵ Dass aber der Umweltschutz, der in der alten Strom-Richtlinie nur im Erwägungsgrund 4 in ähnlicher Weise mit der Versorgungssicherheit und der Wettbewerbsfähigkeit ge-

⁵¹¹ Ausführlich siehe unten D.II.1.b)(3)(c).

⁵¹² § 1 Abs. 1 EnWG 1998 lautete: Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas im Interesse der Allgemeinheit. Der neue § 1 Abs. 1 EnWG 2005 fügt noch die Verbraucherfreundlichkeit und die Effizienz der Stromversorgung hinzu.

⁵¹³ *Börner*, in: *Versorgungswirtschaft 2003*, S. 270, der sogar davon ausgeht, dass aufgrund der neuen Wertigkeiten innerhalb der Richtlinie die zeitlichen und sachlichen Wettbewerbsbeschränkungen nicht mehr exklusiv sind, sondern nun auch anders begründete Einschränkungen möglich seien; für die Annahme einer Zieltrias auch *Herrmann*, *Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze*, S. 165.

⁵¹⁴ *Säcker*, in: *ZNER 2004*, S. 107.

⁵¹⁵ *Luke*, *Gewährleistung und Finanzierung von Infrastrukturversorgung im Wettbewerb*, S. 393.

nannt wurde, zumindest als Unteraspekt der Nachhaltigkeit in den zentralen Artikel selbst befördert wurde, muss auch mit einem Bedeutungszuwachs einhergehen. Die Ziele der Sicherheit und der Nachhaltigkeit mussten auch gemäß der alten Richtlinie berücksichtigt werden; durch die ausdrückliche Nennung müssen sie jetzt als auf eine höhere Stufe gehoben verstanden werden, die eine Zieltrias implizieren.

Auf jeden Fall muss eine wesentliche Veränderung zu den alten Richtlinien in Richtung bedeutsamer gemeinwirtschaftlicher Leistungen konstatiert werden. Zwar handelt es sich nur um eine sehr generelle Bestimmung⁵¹⁶, die aber möglicherweise entscheidend im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe⁵¹⁷ im Rahmen der Richtlinie sein könnte.

(5) Zwischenfazit

Auch hier ergibt sich eine sekundärrechtliche Entwicklung, die grob mit der im Primärrecht durch die Einführung des Art. 16 EG-Vertrag verglichen werden kann. Auch im Sekundärrecht haben gemeinwohlorientierte Aspekte den Sprung von den negativ formulierten Ausnahmevorschriften in Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 3 Abs. 3 der alten Binnenmarktrichtlinien in die positiv formulierte Grundsatznorm des Art. 3 Abs. 1 der Beschleunigungsrichtlinien geschafft.

b) Grundsätzliche Möglichkeit von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2 Strom-Richtlinie

Auch wenn es in den Energierichtlinien, insbesondere in den Beschleunigungsrichtlinien, viele Normen mit Bezug auf die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gibt, ist Art. 3 Abs. 2 sowohl der alten als auch der neuen Strom-Richtlinie von grundlegender Bedeutung.

(1) Allgemeines

Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten unter uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Art. 86⁵¹⁸, den Elektrizitätsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz, beziehen können.

⁵¹⁶ Jones, EU Energy Law, S. 116.

⁵¹⁷ Jones, EU Energy Law, S. 116.

⁵¹⁸ Litpher, in: RdE 1998, S. 73, weist darauf hin, dass es eine Selbstverständlichkeit sein sollte, dass die Mitgliedstaaten die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages, insbesondere des Art. 86, uneingeschränkt zu beachten haben. Er zieht den Schluss, dass bei der Prüfung der Zulässigkeit gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu beachten ist. Diese Schlussfolgerung wird in Erwägungsgrund 19 der alten Richtlinie vorweggenommen, wonach die Mitgliedstaaten die einschlägigen Vertragsbestimmungen in der Auslegung durch den Gerichtshof einhalten müssen. Auch dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit; Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), sieht die Nennung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag an dieser Stelle auch nur als rhetorisch begründet an: Diese „tautologischen Rückverweise“ zeigen möglicherweise, dass sich der Gemeinschaftsrechtsgeber selbst nicht sicher war, inwieweit das Sekundärrecht Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag verdrängen kann.

Die Vorschrift entspricht zunächst weitestgehend Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie aus dem Jahre 1996 und geht vom Wortlaut her nicht über dessen Regelungsgehalt hinaus.⁵¹⁹ Eine im Wesentlichen gleichlautende Bestimmung findet sich in der Gas-Richtlinie. In den ersten Vorschlägen wiederum war ein solcher Vorbehalt hinsichtlich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht vorgesehen.⁵²⁰ Dieser wurde erst in einem zähen Gesetzgebungsprozess aufgrund von Forderungen des Europäischen Parlaments und einiger Länder eingefügt.⁵²¹ Das Europäische Parlament hatte zudem vorgeschlagen, auch Forschung mit in den Art. 3 Abs. 2 einzubeziehen.⁵²² Die Kommission stimmte zwar mit dem Europäischen Parlament überein, dass diese Forschung und Entwicklung in bestimmten Fällen im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durchgeführt werden, es sei aber nicht nötig, dies ausdrücklich zu erwähnen.⁵²³

Ob die Mitgliedstaaten Unternehmen überhaupt gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 2 auferlegen wollen, bleibt ihnen selbst überlassen.

(2) „Verpflichtungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“

Das Schlüsselwort bei Betrachtung der Energiebinnenmarktrichtlinien unter gemeinwirtschaftlichen Aspekten sind die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinien. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 ist im Wesentlichen sowohl in den alten als auch den neuen Gas- und Strom-Richtlinien gleich.⁵²⁴ Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ist ein im sekundären Gemeinschaftsrecht neuer Begriff⁵²⁵, der auch im Primärrecht nicht benutzt wird, und dementsprechend unklar geblieben ist.

Trotz der zentralen Bedeutung auch für den Gesetzgebungsprozess der ersten Binnenmarktrichtlinien – das Parlament wollte erst nach Einfügen der Bestimmungen zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen dem Richtlinienvorschlag zustimmen – ist der Begriff weder in den alten noch in den neuen Richtlinien ausreichend ge-

⁵¹⁹ *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 135.

⁵²⁰ Exklusivrechte und Vorschriften, die Ausnahmen vom Wettbewerb zugunsten der Versorgungssicherheit bzw. des Umweltschutzes zuließen, fanden sich jedoch auch schon im ersten Vorschlag der Kommission aus dem Jahre 1991, KOM (1991) 548 final, allerdings nicht an so zentraler Stelle, vgl. Art. 16 Abs. 2 (ausschließliche Rechte für Verteilerunternehmen) und Art. 13 Nr. 4 und 5 (erneuerbare Energieträger, KWK und einheimischer Energieträger).

⁵²¹ Vgl. oben unter D.I.2.

⁵²² Standpunkt des Europäischen Parlamentes festgelegt in erster Lesung am 13. März 2002 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2002/..EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/92/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Art. 3 Abs. 2. Forschung und Entwicklung sind ebenso in Art. 3 Abs. 2 betreffend die Änderung der Gas-Richtlinie zu finden.

⁵²³ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG den 7.6.2002, KOM(2002) 304 final, S. 6.

⁵²⁴ In der alten Strom-Richtlinie hatte es noch „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse“ geheißen. Diesem sprachlichen Unterschied kommt jedoch keine eigene Bedeutung zu, aA möglicherweise *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 121.

⁵²⁵ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336.

klärt.⁵²⁶ Der Begriff wird insbesondere nicht in Art. 2 der Richtlinien definiert, obwohl der Art. 2 ansonsten sehr umfangreich ist.⁵²⁷ Auch aus Art. 3 Abs. 2 lässt sich kein eindeutiges Bild der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewinnen.⁵²⁸ Diese werden nicht definiert, sondern es werden Aspekte aufgezählt, auf die sich gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen beziehen können, so dass dieser Begriff vorausgesetzt wird.⁵²⁹

Ausgehend von dem Begriff „gemeinwirtschaftlich“ selbst müssen diese wirtschaftsbezogen sein, so dass nichtwirtschaftliche Gründe wie karitative, soziale, kulturelle etc. Zwecke ausscheiden. Diese Leistungen stehen insofern einer wirtschaftsorientierten Herangehensweise nicht entgegen.⁵³⁰ Auch ein Blick in die englische und französische Textfassung der Richtlinie ist für eine genauere Begriffsbestimmung nicht aufschlussreich. Sowohl der englische „public service“ (PSO) als auch insbesondere der französische „service public“ sind schon feststehende Begriffe, während der Begriff „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ erst durch die Energiebinnenmarkttrichtlinien eingeführt wurde.

Insgesamt gibt es in der deutschen Version nur zwei Begriffe, vgl. zum Beispiel die „gemeinwirtschaftliche Leistungen“ in Erwägungsgrund 19 und in Art. 28 Abs. 3 der neuen Strom-Richtlinie und die „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ in Art. 3

⁵²⁶ Im geänderten Vorschlag des Europäischen Parlaments vom 17. November 1993, Amtsblatt der EG Nr. C 329/150 vom 6. Dezember 1993 zu der ersten Strom-Richtlinie wurde das „allgemeine Interesse“ bzw. das „Gemeinschaftsinteresse“ in Art. 2 Nr. 17 a (neu) des geänderten Vorschlags als die „Qualität und wirtschaftliche Stabilität der Versorgung im Interesse der Verbraucher“ definiert. Diese Begriffsbestimmung war aber nicht in die Endfassung der ersten Strom-Richtlinie übernommen worden.

⁵²⁷ In den Begriffsbestimmungen in Art. 2 werden selbst Begriffe definiert, die aus sich heraus völlig ausreichend verständlich sind, wie z.B. der „wirtschaftliche Vorrang“, der laut Art. 2 Nr. 16 die „Rangfolge der Elektrizitätsversorgungsquellen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten“ bezeichnet; auch werden sowohl „Erzeugung“ und „Erzeuger“ jeweils einzeln definiert, vgl. Nr. 1 und 2. Nicht nur „Haushalts-Kunden“ werden definiert, die Strom für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, sondern auch die „Nicht-Haushalts-Kunden“, die Strom für andere Zwecke als den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, vgl. 10 und 11.

⁵²⁸ Anders der Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme, Amtsblatt der EG C 36/10 vom 8.2.2002, 3.3.1.

⁵²⁹ Die Weite und damit einhergehend auch die Unschärfe des Begriffs zeigen sich auch an einer Formulierung der Kommission, KOM (2001) 215 final, S.20, die auch den Betrieb der Übertragungs-/Fernleitungs- und Verteilersysteme selbst als eine gemeinwirtschaftliche Leistung im weiteren Sinne ansieht. Die Kommission begründet dies nicht ganz schlüssig damit, dass diese Netze schließlich ein Monopol und eine wesentliche Dienstleistung für alle Bürger und für die Wirtschaft darstellen. Dies soll nach Auffassung der Kommission insbesondere in liberalisierten Märkten gelten, da die Übertragungs-/Fernleitungs- und Verteilersysteme die maßgeblichen Infrastruktureinrichtungen sind, die den Wettbewerb erst ermöglichen.

⁵³⁰ Vgl. *Knauff*, in: VR 2004, S. 50: Diese Leistungen sind wirtschaftlich gesehen positiv, weil die Daseinsvorsorge auf überindividuellem Niveau als Teil der Infrastrukturpolitik durchaus zur Verbesserung der gesellschaftlichen Situation beitragen kann. Allein durch die Tatsache, dass diese fundamentalen Leistungen angeboten werden, wird für zahlreiche Bürger die Möglichkeit geschaffen, Energie anderweitig im Konsum- und Wirtschaftskreislauf nutzbringend einzusetzen. Die Lebenserleichterung für den Einzelnen wird zur Entwicklungsvoraussetzung für das gesamte Gemeinwesen.

und Erwägungsgrund 26. In der englischen und französischen Version gibt es vier verschiedene Formulierungen. So finden sich in Erwägungsgrund 19 die „public service guarantees“ bzw. die „garanties du service public“ sowie die „public service obligations“ in Art. 3. In Art. 28 Abs. 3 sind es die „public service standards“ bzw. „norms de service public“, wobei es schließlich in Erwägungsgrund 26 um den „respect of public service requirements“ geht.

Die „Verpflichtungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ in Art. 3 Abs. 2 sind dabei mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in der amtlichen Überschrift von Art. 3 sowie in Art. 3 Abs. 8 und in anderen Normen gleichzusetzen. Zwar werden diese Begriffe nicht ausdrücklich gleichgestellt, jedoch ergibt sich aus der Überschrift sowie Systematik und dem Zusammenspiel zwischen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8 und 9, dass es sich hier noch um eine sprachliche Variation des gleichen Begriffs ohne intendierte Bedeutungsveränderung handelt. Auch die englische und französische Fassung zeigen, dass die „public service obligations“ bzw. in „obligations de service public“ in Art. 3 Abs. 2 die gleichen sind wie in der amtlichen Überschrift und dass auch deshalb der Unterschied in der deutschen Fassung zwischen der amtlichen Überschrift „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ und Art. 3 Abs. 2 „Verpflichtungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ unbeachtlich ist.

(3) Die einzelnen Aspekte

Auch wenn Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht definiert, listet dieser Abschnitt bestimmte Aspekte auf, auf die sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beziehen können.⁵³¹ Art. 3 Abs. 2 enthält insofern mehrere Aspekte, welche im Wesentlichen die Gründe der Almelo-Entscheidung des EuGH⁵³² aus dem Jahr 1994 nachbilden.⁵³³ Dies ergibt sich daraus, dass auch Umweltschutzanforderungen in den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen einbezogen werden, was ohne den Rückgriff auf die Almelo-Entscheidung nicht ohne weiteres nachvollziehbar wäre.⁵³⁴ Diese Ziele sind in den Richtlinien nicht weiter definiert und stellen zusätzlich sehr breit angelegte Konzepte dar, wie z.B. die Sicherheit oder der Umweltschutz. Im Folgenden sollen diese Begriffe und die dahinter stehenden Konzepte geklärt werden. Aufgrund des schlagwort-

⁵³¹ Zur Frage, ob diese Liste abschließend ist, siehe unten D.II.1.b)(3)(d).

⁵³² EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477, vgl. auch oben unter C.I.3.c).

⁵³³ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 100; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 252; *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 247; *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft S. 119; vgl. auch den Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.3.).

⁵³⁴ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 100f; Konkret wurde vom Gerichtshof die praktisch relevante Frage erörtert, inwieweit ein Energieversorgungsunternehmen mit besonderen Aufgaben im Bereich des Umweltschutzes vor dem Hintergrund von Art. 86 Abs. 2 EGV betraut werden könne. Der EuGH ging davon aus, dass die Kosten, die dem Unternehmen durch unweltschutzrechtliche Bestimmungen entstanden, in die Prüfung einfließen müssen, ob Wettbewerb die wirtschaftliche Stabilität des Unternehmens gefährden würde; EuGH, Rs. C-393/92 – Almelo, Slg. 1994, I-1477, Tz. 49; vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 322f.

artigen Charakters, insbesondere der Begriffe Sicherheit und Umweltschutz, sind einige etwas weiter ausholende Erörterungen unerlässlich.

(a) **Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit**

Eine sichere Energieversorgung ist das Ziel des Energierechts schlechthin.⁵³⁵ Insofern ist auch das Schlagwort Versorgungssicherheit von größter Bedeutung. Die Kommission bezeichnet die Versorgungssicherheit als das „herausragendste gemeinwirtschaftliche Ziel“.⁵³⁶ Dieses ist auch in den letzten Jahren wieder vermehrt in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt, wozu nicht zuletzt spektakuläre großflächige und zum Teil auch lang anhaltende Stromausfälle im Osten der USA, Kanada, Italien und London geführt haben. Auch die Stromkrise in Kalifornien im Jahre 2001 hatte einer breiteren Öffentlichkeit vor Augen geführt, wie groß die Abhängigkeiten von einer sicheren und bezahlbaren Energieversorgung sind. Versorgungssicherheit wurde auch als Teil der Ordnung und Sicherheit im Rahmen des Art. 30 EG-Vertrag von der Bundesregierung und der Kommission in dem Verfahren PreussenElektra⁵³⁷ im Zusammenhang mit dem damaligen Art. 8 Abs. 4⁵³⁸ der alten Strom-Richtlinie diskutiert.⁵³⁹

Technisch ruht die Versorgungssicherheit zunächst allgemein auf den drei Säulen Primärenergie, Kraftwerkskapazität und Übertragung bzw. Verteilung über die Netze. In jedem der drei Bereiche können durch neue gesetzliche oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen Entwicklungen eintreten, die die Versorgungssicherheit beeinflussen können.

Der Begriff und die Bedeutung der „Sicherheit einschließlich Versorgungssicherheit“, die laut Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie an erster Stelle der Ziele rangiert, auf die sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beziehen können, soll im Folgenden untersucht werden.

• **Begrifflichkeiten**

Der Begriff der Versorgungssicherheit selbst wird weder in den alten noch in den neuen Energiebinnenmarkt Richtlinien definiert. Nach Art. 2 Nr. 28 der Richtlinie ist unter „Sicherheit“ sowohl die Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und – bereitstellung als auch die Betriebssicherheit zu verstehen. In der Praxis wird der allgemeine Begriff der Versorgungssicherheit in den verschiedensten Konstellationen verwendet, wobei die Bedeutungen variieren.⁵⁴⁰ Es kann geradezu ein Facettenreich-

⁵³⁵ Jones, EU Energy Law, S. 121; Ehricke, in: ZNER 2004, S. 212; Wurzbacher, Die Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt aus verfassungsrechtlicher Sicht, Berlin 2004, S. 1.

⁵³⁶ KOM (2001) 125 final, 2.1.8.

⁵³⁷ EuGH, Rs. C-379/98 vom 13.03.2001 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-8419.

⁵³⁸ Jetzt Art. 11 Abs. 4 der neuen Strom-Richtlinie.

⁵³⁹ Vgl. dazu die Ausführung von GA Jacobs im Schlussantrag vom 26. Oktober 2001 in der Rs. C-379/98, Tz. 207, der diesem Verständnis der Versorgungssicherheit mit einem Hinweis auf den sehr eingeschränkten Wortlaut „einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe“ widerspricht.

⁵⁴⁰ Wurzbacher, Die Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 21, der mangels einer allgemeingültigen Definition die Gefahr einer völligen Sinnent-

tum beobachtet werden. Viele Missverständnisse entstehen daraus, dass die Versorgungssicherheit bei den unterschiedlichen Autoren mit gänzlich anderer Aussage verwendet wird.⁵⁴¹ Dies zeigt sich insbesondere an der Thematik, ob erneuerbare Energien nun die Versorgungssicherheit stärken oder nicht.⁵⁴²

Wenn es um Versorgungssicherheit in dem Sinne geht, dass ausreichende Deckung des jeweiligen Bedarfs der Energieverbraucher besteht⁵⁴³ und nicht im Sinne von System- und Betriebssicherheit, ist die Verwendung von erneuerbaren Energien durchaus vorteilhaft.⁵⁴⁴ Im Hinblick auf Unsicherheiten über den Umfang der verfügbaren Reserven und Ressourcen fossiler Energieträger⁵⁴⁵, der notorisch unstabilen politischen Lage in den wichtigsten Ölförderländern und der rasant steigende Bedarf an Öl in Asien, insbesondere in China, sind erneuerbare Energien eine mögliche Teillösung. So könnte die europäische Energiewirtschaft unabhängiger von Importen aus Drittstaaten werden,⁵⁴⁶ da erneuerbare Energien in der Europäischen Gemeinschaft vor Ort zur Verfügung stehen, und deren Potential noch längst nicht ausgeschöpft ist.⁵⁴⁷ Die Kommission sieht erneuerbare Energieträger teilweise als Energieträger an, die von der Versorgungssicherheit weit weniger problematisch sind als importierte Energieträger⁵⁴⁸ und meint hiermit die Versorgungssicherheit i.e.S.

In punkto Betriebssicherheit ist die Situation jedoch anders, da Energie aus Wind-, Wasser- oder Sonnenkraft unbeständig und jahreszeitabhängig ist und somit Schwierigkeiten hinsichtlich gleichbleibender Kapazitäten auslösen kann.⁵⁴⁹ Der verstärkte Einsatz von erneuerbaren Energien kann unter Umständen zur Beeinträchtigung der Zuverlässigkeit und Sicherheit des Netzes führen.⁵⁵⁰ Unwägbarkeiten der Einspeisung von Windenergie⁵⁵¹ - die nicht zuverlässig und ausreichend genau prognostizierbaren Einspeisungen - erhöhen den Bedarf an Ausgleichsenergie und gleichzeitig das Risiko von Netzengpässen.⁵⁵²

leerung dieses Begriffs sieht.

⁵⁴¹ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 213 Fn. 14; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336.

⁵⁴² Vgl. unten unter, D.II.1.b)(3)(a); vgl. z.B. *Lecheler*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 204.

⁵⁴³ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 212.

⁵⁴⁴ KOM (2001) 125 final, S. 11.

⁵⁴⁵ Vgl. *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 35ff.

⁵⁴⁶ KOM (1997) 599, S. 2; *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 36.

⁵⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2001/77/EG vom 27.09.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. L 283 vom 27.10.2001 S. 33ff.

⁵⁴⁸ KOM (2001) 125 final, S. 11.

⁵⁴⁹ *Lecheler*, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), S. 204.

⁵⁵⁰ Vgl. Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2001/77/EG vom 27.09.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. L 283 vom 27.10.2001 S. 33ff.

⁵⁵¹ *Schwarz/Staschus*, in: ET 2003, S. 150.

⁵⁵² *Schwarz/Staschus*, in: ET 2003, S. 151.

Letztendlich beinhaltet der Begriff zwei unterschiedliche Aspekte: zum einen die ausreichende Deckung des jeweiligen Bedarfs der Energieverbraucher, die frei von Versorgungsunterbrechungen ist.⁵⁵³ Versorgungssicherheit ieS bedeutet also, dass alle Verbraucher elektrischer Energie diese im vertraglich vereinbarten Ausmaß beziehen können.

Zum anderen gibt es den Aspekt der Anlagensicherheit- und Netzinfrastruktur: der Systemsicherheit. Bei der Systemsicherheit geht es um die nicht minder wichtige Funktionsfähigkeit der Netze.⁵⁵⁴ Schließlich ist es ein Charakteristikum des Elektrizitätsmarktes, dass - anders als bei sonstigen Produkten - bei der elektrischen Energie nicht der Erzeuger, sondern weitestgehend der Transporteur, d.h. der Netzbetreiber, die Qualität des gelieferten Produktes bestimmt. So spaltet auch die Kommission die Versorgungssicherheit in ihrer Mitteilung über die Energieinfrastruktur und Versorgungssicherheit in zwei Elemente auf: Systemsicherheit und Gewährleistung angemessener Lieferung von Gas und Strom⁵⁵⁵.

Im Folgenden soll deshalb der Einheitlichkeit wegen der Begriff Systemsicherheit für die technische Anlagen- und Netzsicherheit verwendet werden, während die Gewährleistung angemessener Leistung mit Strom und Gas als Versorgungssicherheit ieS bezeichnet wird. Insofern wird von der Versorgungssicherheit als eines Oberbegriffs für die zwei Komponenten Systemsicherheit und Versorgungssicherheit⁵⁵⁶ ieS ausgegangen, wobei Systemsicherheit immer auch eine Voraussetzung für die Versorgungssicherheit ieS ist, da ein ausgeglichenes Angebot- und Nachfrageverhältnis keinem nützt, wenn die Transportnetze ausfallen.

- **Versorgungssicherheit und Wettbewerb**

Die Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Versorgungssicherheit werden unterschiedlich eingeschätzt.⁵⁵⁷ Nach Auffassung der Kommission werde die Schaffung des Binnenmarktes auf den Strom- und Gasmärkten einen höheren Verbundgrad und eine größere Zahl von Versorgern mit sich bringen.⁵⁵⁸ Etwas vorsichtiger formuliert geht die Kommission weiter davon aus, dass die ordnungsgemäße Überwachung in den Mitgliedstaaten und auf Gemeinschaftsebene und gegebenenfalls Maßnahmen gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinien zur Energieversorgungssi-

⁵⁵³ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 212.

⁵⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Formulierung „Aufbau und Erhalt der erforderlichen Netzinfrastruktur“ in Art. 3 Abs. 7 der neuen Strom-Richtlinie.

⁵⁵⁵ Mitteilung der Kommission v. 10.12.2003, Energieversorgung und Versorgungssicherheit, KOM(2003) 743 final.

⁵⁵⁶ Auch *Wurzbacher*, Die Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 25, der für den Erdgasmarkt in Deutschland eine Definition von Versorgungssicherheit herausgearbeitet hat, geht von einer solchen Addition von Komponenten aus: „Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt ist die durch Minimierung von Import- und Infrastrukturrisiken langfristig gewährte und kontinuierliche Verfügbarkeit solcher Mengen Erdgas, um stets die auftretende Nachfrage vollständig befriedigen zu können.“

⁵⁵⁷ Vgl. auch *Bialek*, Recent Blackouts in US and Continental Europe: Is Liberalisation to Blame - Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0407 (16. Januar 2004).

⁵⁵⁸ KOM (2001) 125 final, 2.1.8.

cherheit der Gemeinschaft beitragen können.⁵⁵⁹ Auch die Erzeugung erneuerbarer Energien könne insofern einen Beitrag leisten, als die Abhängigkeit von ausländischen Energieimporten verringert werden könnte.⁵⁶⁰

Dennoch sieht auch die Kommission die Gefahr, dass in einem offenen Markt das Streben nach sofortiger Rentabilität der Investitionen zu Lasten von Investitionen in kapitalintensiven Bereichen oder zu Lasten von Investitionen geht, deren Wirtschaftlichkeit kurzfristig nicht unbedingt gewährleistet ist, wie z.B. gerade bei erneuerbaren Energieträgern.⁵⁶¹ Nach Auffassung der Kommission bietet aber die Strom-Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, einheimischen Energieträgern den Vorrang für die Wärmeerzeugung und Kraft-Wärme-Kopplung zu geben. Es gebe ja die Möglichkeit, einheimischen Energieträgern den Vorrang einzuräumen für die Versorgung bis zu einer Menge von 15 % der Energie, die zur Erzeugung des nationalen Stromverbrauchs notwendig ist.⁵⁶²

Teilweise werden Zweifel geäußert, ob regulative Eingriffe nicht auch in das Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage nötig seien. Schließlich ist kurzfristiges Renditedenken insbesondere im Bezug auf die Stromversorgung nicht unproblematisch.⁵⁶³ Die Frage ist, ob basierend auf der aktuellen und prognostizierten Energiepreissituation hinreichende Anreize bestehen, in neue Kraftwerke zu investieren. So gebe es für Stromerzeuger keinen Grund, rasch die erforderlichen Investitionen hinsichtlich der Kraftwerke zu tätigen. Denn je später dies passiere, desto höhere Preisniveaus können realisiert werden. Ob die Anforderungen einer ausreichenden Versorgungssicherheit i.e.S. durch den Wettbewerb erfüllt werden, wird sich möglicherweise erst dann zeigen, wenn in großem Umfang alte Kraftwerksanlagen ausgemustert werden müssen. Die Erneuerung des Kraftwerksparks der EU bedarf voraussichtlich bis 2030 einer Erweiterung von immerhin mindestens 500 Gigawatt, welches ein Investitionsvolumen von immerhin 300 bis 350 Milliarden Euro darstellt.⁵⁶⁴ Auch wenn die „Kalifornien-Krise“⁵⁶⁵ nicht direkt auf die Liberalisierung des kalifornischen Strommarktes zurückgeführt werden konnte, so hat dieses Beispiel zumindest gezeigt, welche Auswirkungen extreme Spekulationen bzw. aus spekulativen Gründen herbeigeführte Lieferengpässe haben können. Auch in den USA waren die Investitionen in die Stromversorgung kontinuierlich zurückgegangen.⁵⁶⁶

⁵⁵⁹ KOM (2001) 125 final, 2.1.8.

⁵⁶⁰ KOM (1997) 599, S. 2; *Jähncke/Wiesenthal*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 391.

⁵⁶¹ *Grünbuch*, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, KOM (2000) 769 final, Teil 2 II A 2c.

⁵⁶² *Grünbuch*, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, KOM (2000) 769 final, Teil 2 II A 2b.

⁵⁶³ *Schwarz/Staschus*, in: et 2003, S. 152; *Kistermann*, in: et 2003, S. 662.

⁵⁶⁴ Zahlen nach *Faross*, in: RdE 2005, S. 60. *Faross* ist Leiter des Referates Daseinsvorsorge und Rechte der Benutzer der Europäischen Kommission, Generaldirektion Energie und Verkehr.

⁵⁶⁵ Vgl. die Mitteilung der Kommission an Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001; vgl. auch *Schöneich*, in: Deutscher Juristentag (Hrsg.), Band II/1, S. O 52; *Jones*, EU Energy Law, S. 122.

⁵⁶⁶ *Kistermann*, in: et 2003, S. 662.

Ein weiteres Problem ist die Vorhaltung von Reserven: In Monopolzeiten konnten Reserven problemlos angesammelt und gelagert werden (Gas, Kohle, ÖL etc), ohne dass diesen Extrakosten in einem Monopol wettbewerbliche Relevanz zukam. Jetzt soll der Wettbewerb alles effizienter und schlanker machen, wobei per definitionem zumeist ungenutzte Reserven dieser Effizienz bzw. Schlankheit entgegenstehen. Der Verbraucher wählt den Lieferanten auch nicht nach der Größe seiner Reserven, sondern nach dem Preis der Energie aus. Durch die Marktöffnung besteht die Gefahr des Rosinenpickens „cream skimming“⁵⁶⁷, da die Unternehmen bestrebt sind, die lukrativen Teilbereiche eines Marktes zu gewinnen, während nicht rentable Marktsegmente vernachlässigt oder abgestoßen werden.

Während allerdings überwiegend davon ausgegangen wurde, dass die Auswirkungen der Liberalisierung auf die Versorgungssicherheit i.e.S. im Ganzen eher positiv zu bewerten sind, sieht die Einschätzung hinsichtlich der Systemsicherheit nicht ganz so optimistisch aus. Planung, Erneuerung, Wartung und Erweiterung des Stromnetzes sind mit erheblichen Investitionen verbunden.⁵⁶⁸ Auch kann die Vermeidung oder das Hinauszögern von Instandhaltungsleistungen an der Netzinfrastruktur wegen der entsprechenden Kosten zu erheblichen Problemen hinsichtlich der Versorgungssicherheit führen.⁵⁶⁹

Auch bei den großen ausländischen Stromausfällen der Vergangenheit hat immer die Überlastung der Netze und die damit verbundene automatische Sicherheitsabschaltung der Kraftwerke eine entscheidende Rolle gespielt, auch wenn Totalausfälle immer von einer Kombination mehrerer Faktoren verursacht werden.⁵⁷⁰ Das Risiko mangelnder Investitionen in die Netze bestand in dieser Art bei den alten Gebietsmonopolen nicht.⁵⁷¹ Die unzureichende Netzinfrastruktur und die Aufrechterhaltung der Lieferqualität (stabile Netze) können die Integration der nationalen Märkte bremsen und dadurch schließlich die Versorgungssicherheit einschränken.⁵⁷² Die hohen Investitionskosten für den Netzausbau stehen kurzfristiger Gewinnorientierung ent-

⁵⁶⁷ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 22.

⁵⁶⁸ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 213.

⁵⁶⁹ Die Stromausfälle im Münsterland aufgrund gebrochener Thomasstahlmasten im Herbst/Winter 2005 werden trotz der Beteuerung seitens RWE, die Probleme seien letztlich auf ein Naturphänomen zurückzuführen, als ein mögliches Beispiel für eine solche Vermeidungs- bzw. Verzögerungsstrategie diskutiert; vgl. auch *Faross*, in: RdE 2005, S. 59; *Wurzenbacher*, Die Versorgungssicherheit im deutschen Erdgasmarkt aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 4.

⁵⁷⁰ Die Störungen beginnen zumeist als Spannungszusammenbruch, bei dem die Netzspannung allmählich im Zeitraum von Minuten bis Stunden kleiner wird. Durch automatische Regelvorgänge der Transformatoren wird dieser Effekt verstärkt, bis Leitungen überlastet sind und dann abgeschaltet werden. Durch stärkere Belastung der noch vorhandenen Leitungen kommt es zu Kaskadeneffekten mit weiteren Leistungsabschaltungen. Dadurch bricht die Spannung weiter zusammen, wodurch auch einzelne Kraftwerke wegen Unterspannung abgeschaltet werden. Schließlich bilden sich Netzeinseln, in denen dann die Frequenz zusammenbricht, wodurch das Netz nicht mehr versorgt werden kann.

⁵⁷¹ *Ehricke*, in: ZNER 2004, S. 213.

⁵⁷² *Grünbuch*, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, KOM (2000) 769 final, Teil 2 II A 2b.

gegen.⁵⁷³ Der Marktzwang zum kurzfristigen Bilanzergebnis ist an sich ohne weiteres vereinbar mit der langfristigen Aufgabe der Versorgungssicherheit.

Allgemein wird auch die Auffassung vertreten, dass ein entscheidender Faktor des gewachsenen Risikos von Versorgungsstörungen darin besteht, dass die Netztarife stärker unter Druck geraten, wodurch Erträge durch die Bereitstellung von Leitungskapazitäten zurückgehen. In praktisch allen Ländern ist es schon vor den ersten Liberalisierungsankündigungen zu einem deutlichen Rückgang der Investitionen sowohl in die Kraftwerken als auch in die Netze gekommen.⁵⁷⁴ Der Wettbewerb hat – im Gegensatz zu eher geringen Preissenkungen für Haushaltskunden⁵⁷⁵ – zu einem erheblichen Rückgang der im Großmarkt zu erzielenden Strompreise geführt.⁵⁷⁶ Dies ging einher mit einem gesteigerten Kostendruck auf die Netzbetreiber. Eine drastische Reduzierung des Personalstands und vor allem der Investitionen und des Instandhaltungsaufwandes sind die Folge.⁵⁷⁷ Zu den Zielen der Liberalisierung gehört ja gerade die Kostensenkung, wobei ein logischer Nebeneffekt weniger Investitionen sind.⁵⁷⁸ Der Rückgang von Investitionen in die Stromnetze kann langfristig aber nicht ohne Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit bleiben.⁵⁷⁹

Auch das Unbundling hat nach Auffassung einiger Autoren zumindest indirekt mit der Gefahr von Stromausfällen zu tun. Das Unbundling ist eine direkte Folge der Liberalisierung der Stromerzeugung in Europa. So besteht die Möglichkeit, dass sich das Unbundling negativ auf das Engpassmanagement auswirken kann, wenn es nur den Regeln des freien Marktes überlassen wird. Ein effizientes Engpassmanagement wiederum ist in kritischen Situationen ein wesentliches Element der Versorgungssicherheit. Ein anderes Resultat der durch die Beschleunigungsrichtlinien weiter verschärften Entflechtungsvorschriften ist, dass den Netzbetreibern, denen die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit obliegt, ein Durchgriffsrecht auf die Reserve-

⁵⁷³ Jones, EU Energy Law, S. 122.

⁵⁷⁴ Vgl. dazu Haas, in: e.v.a. 4/2003, S. 7

⁵⁷⁵ Vgl. z.B. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

⁵⁷⁶ Vgl. z.B. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001.

⁵⁷⁷ So geht die Kommission in ihrer Mitteilung zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001, ebenfalls davon aus, dass die Einführung des Wettbewerbs zu einem Rückgang der Beschäftigungszahl führe, da die nationalen ehemaligen Monopolunternehmen sich durch geeignete Umstrukturierungsmaßnahmen auf Unternehmensebene dem Wettbewerb anpassen müssen. Herkömmliche berufliche Qualifikationen würden darüber hinaus ihre Bedeutung verlieren, während neue Beschäftigungsmöglichkeiten im Bereich des Marketings und der Kundendienstleistungen entstünden.

⁵⁷⁸ Schwarz/Staschus, in: et 2003, S. 153.

⁵⁷⁹ Wenn natürlich in der Zukunft Berechnungen wie in den USA angestellt werden, wie niedrig die Schäden eines Stromausfalls verglichen mit den Kosten der nötigen Investitionen in die Netze sind, dann muss sich möglicherweise auch die europäische Öffentlichkeit langfristig auf häufigere Stromausfälle einstellen, vgl. Kistermann, in: et 2003, S. 663, der genau aus diesem Grund auch nach den Stromausfällen in Nordamerika im Sommer 2003 keine grundlegende Änderung der amerikanischen Investitionspolitik erwartet; vgl. auch Schwarz/Staschus, in: et 2003, S. 153.

kraftwerke der Betreiber fehlt.⁵⁸⁰ Schließlich ist keine Abgeltung der erheblichen Zusatzkosten, die den Betreibern für die Inbetriebnahme der Reservekapazitäten entstehen, vorgesehen. Die Stromausfälle in Nordamerika haben gezeigt, wie wichtig der Informationsaustausch für die Systemzuverlässigkeit ist. Dennoch hat der Wettbewerb auch dazu geführt, dass in einigen Bereichen der Datenaustausch zwischen Kraftwerksbetreiber und ÜNB eingeschränkt wurde.⁵⁸¹ Jeder optimiert für sich ohne den Blick auf das Ganze.⁵⁸²

Insgesamt sind die möglichen Auswirkungen des Wettbewerbs auf die Versorgungssicherheit vielfältig und nicht unbedingt vorhersagbar. Verschärfte Wettbewerbsregeln im Bereich des Unbundlings und insgesamt erhöhter Wettbewerbsdruck können jedoch negative Auswirkungen haben.

- **Versorgungssicherheit im Gesetzgebungsverfahren**

Die Europäischen Kommission ging 2001 bei Vorarbeiten zu den neuen Energiebinnenmarktrichtlinien direkt auf den so genannten „Kalifornien-Schock“⁵⁸³ ein: Der Kommission war es ein Anliegen, darauf hinzuweisen, dass bei einer korrekten Umsetzung dieser Schutzmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten in der EU mit Sicherheit eine Situation vermieden werde, wie sie in Kalifornien entstanden ist, und deren Merkmale eine ungenügende Versorgung und (künstlich) in die Höhe getriebene Preise waren. In Kalifornien habe ein Zusammenwirken mehrerer Faktoren zu der derzeitigen, im Hinblick auf die Versorgungssicherheit prekären und unannehmbaren Lage geführt.⁵⁸⁴ Die entscheidenden Faktoren waren nach Ansicht der Kommission ein obligatorischer Pool, der zu wettbewerbswidrigen, oligopolistischen Preispraktiken sowie dazu geführt hat, dass die Risiken nicht durch langfristige Versorgungsverträge ausgeglichen werden konnten, sowie ein starker Nachfrageanstieg vor allem infolge der Internetexplosion. Hinzu kamen fehlende neue Erzeugungskapazitäten wegen eines ungewissen ordnungspolitischen Umfeldes und extrem strenger Planungsaufgaben, eingefrorene Großhandelspreise, mangelnde Möglichkeiten für die Übertragungsnetzbetreiber, Ausschreibungen für den Bau neuer Erzeugungsanlagen in Verbindung mit Stromabnahmevereinbarungen durchzuführen. Schließlich fehlten auch Verbindungskapazitäten zu und Liefervereinbarungen mit benachbarten Staaten sowie geeignete Handelsvereinbarungen innerhalb des Staates.

Nach Auffassung der Kommission sorgen aber mehrere Umstände dafür, dass „kalifornische Verhältnisse“ in der EU ausgeschlossen werden können⁵⁸⁵: Die den Mit-

⁵⁸⁰ Baumgartner-Gabitzer, in: (e.v.a.) 4/2003, S. 5ff.

⁵⁸¹ Schwarz/Staschus, in: et 2003, S. 152.

⁵⁸² Börner, in: RdE 2005, S. 187.

⁵⁸³ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 final, vom 13.03.2001; vgl. auch Schöneich, in: Deutscher Juristentag - Ständige Deputation (Hrsg.), Band II/1, S. O 52; vgl. auch Jones, EU Energy Law, S. 122.

⁵⁸⁴ Mehr bei Horn, in: RdE 2003, S. 86ff, in dem „missratenen Modell der Deregulierung“ gleichzeitig eine Überregulierung sieht.

⁵⁸⁵ Pitz/Wellßow, in: ew 2002, S. 22ff: Bedeutsam – zumindest in psychologischer Hinsicht – waren die Stromausfälle in Europa und Amerika im Sommer 2003. Von einem Blackout spricht

gliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, Ausschreibungen durchzuführen, wenn die Nachfrage das Angebot zu übersteigen droht, die Verbindungskapazitäten zwischen den Mitgliedstaaten, sowie wirksame Handelsvereinbarungen und eine genauen Beobachtung auf Gemeinschaftsebene wie auch in den Mitgliedstaaten.

Die Fragen der Versorgungssicherheit werden nach Angaben der Kommission ausführlich in den Dokumenten „Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgung mit Elektrizität“ und „Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgung mit Erdgas“ behandelt.⁵⁸⁶ Im Januar 2006 wurde zudem die Richtlinie 2005/89/EG über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen⁵⁸⁷ erlassen. Die Richtlinie 2005/89/EG nimmt Bezug auf die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in der Richtlinie 2003/54/EG und stellt fest, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen so genau und präzise wie möglich definiert werden und nicht zur Schaffung von Erzeugungskapazitäten in einem Umfang führen sollten, das über das zur Verhinderung unzumutbarer Unterbrechungen der Elektrizitätsversorgung der Endverbraucher notwendige Maß hinausgeht.⁵⁸⁸ Nach Art. 3 haben die Mitgliedstaaten eine hohe Sicherheit der Elektrizitätsversorgung zu gewährleisten, indem sie die zur Förderung eines stabilen Investitionsklimas erforderlichen Maßnahmen ergreifen, die Aufgaben und Zuständigkeiten der zuständigen Behörden gegebenenfalls einschließlich der Regulierungsbehörden und aller relevanten Marktteilnehmer festlegen und entsprechende Informationen veröffentlichen. Hier wird anerkannt, dass staatliche Maßnahmen erforderlich sein können, um im Marktgeschehen eine sichere Versorgung zu erhalten. Zwar ist diese Norm verpflichtend. Da die Mitgliedstaaten allerdings „erforderliche Maßnahme“ ergreifen sollen, bleibt naturgemäß viel nationaler Gestaltungsspielraum.

Insgesamt muss ein geeignetes rechtliches Umfeld geschaffen werden, das den Unternehmen genügend Anreize bietet, damit sie die vorhandene Infrastruktur effizient nutzen und gegebenenfalls neue Infrastruktureinrichtungen aufbauen. Dafür sind klare, angemessene und voraussagbare Regeln für die Renditeaussichten der Neuinvestitionen festzulegen.⁵⁸⁹ Dabei sieht die Kommission selbst das Problem der Unsicher-

man, wenn gleichzeitig große Versorgungsgebiete ohne Strom sind. Im Nordosten der USA und Kanada waren am 14. August 55 Mio. Kunden ohne Strom. In England und Dänemark sowie in Schweden waren jeweils mehrere Millionen betroffen, und in Italien ereignete sich Ende September ein vollständiger Blackout mit 57 Mio. nicht versorgten Kunden. Dabei wurden nicht nur die Vorfälle der betroffenen Regionen und Länder unter technischen und wirtschaftlichen Aspekten durchleuchtet. In den meisten europäischen Ländern, auch die bisher keine entsprechende Vorfälle zu beklagen hatten, griff die Besorgnis um sich, dass zum einen kein Land von einem solchen Vorfall per se verschont bleibe und zum anderen, dass Stromausfälle über die mehr und mehr verbundenen Netze auch von einem Land ins anderes gelangen können.

⁵⁸⁶ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.2.1.).

⁵⁸⁷ Richtlinie 2005/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Januar 2006 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen, Amtsblatt der EG Nr. L 033 vom 04.02.2006 S. 0022ff.

⁵⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund 1.

⁵⁸⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäische Energieinfrastruktur, KOM (2001) 775 final, 3.1.

heit hinsichtlich der sich stetig verändernden rechtlichen Regelungen, die für neue, risikoreiche Investitionen gelten werden.⁵⁹⁰ Bestimmte Engpässe und fehlende Teilstücke der Leitungen bedürfen ergänzender Maßnahmen der Gemeinschaft, da diese nicht sämtlichst von der Privatwirtschaft in Angriff genommen werden.⁵⁹¹ Probleme beim Aufbau und Erhalt bestimmter Infrastrukturen durch private Unternehmen resultieren aus der mangelnden Rentabilität von Verbindungsleitungen insbesondere zu Regionen in Randlage oder äußerster Randlage, die jedoch aus sozialen oder regionalpolitischen Gründen, zur Erhöhung der Versorgungssicherheit oder zur Gewährleistung eines EU-weit wirksamen Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarktes unverzichtbar sind.

Die Stärkung der bestehenden Schutzmaßnahmen der Elektrizitätsrichtlinie im Bereich der Versorgungssicherheit wurde von der Kommission angestrebt.⁵⁹² Insgesamt scheinen Überlegungen, wie die Substanzerhaltung der Netze und die Lebensfähigkeit der Infrastruktur sichergestellt werden können, an Bedeutung zuzunehmen.⁵⁹³ Der Aspekt der sicheren Energiemärkte firmiert nun in Art. 3 Abs. 1 beider Richtlinien an prominenter Stelle. Außerdem wurde in Art. 4 der Strom-Richtlinie⁵⁹⁴ bzw. Art. 5 der Gas-Richtlinie⁵⁹⁵ ein Monitoring der Versorgungssicherheit eingeführt.

(b) Regelmäßigkeit, Qualität und Preis

Des Weiteren können sich gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auf die Regelmäßigkeit, Qualität und den Preis der Versorgung im Einzelnen beziehen. Mangels genauerer Vorgaben in der Richtlinie selbst lassen sich auch diese Aspekte nur schwerlich eingrenzen.

Die Regelmäßigkeit betrifft nach Auffassung der Kommission⁵⁹⁶ die Frage der Sicherheit der Systeme und lässt sich unter dem Begriff der Sicherheit der Bereitstellung zusammenfassen. Die Aufnahme der Aspekte der Qualität und des Bereitstellungspreises war nach Angaben der Kommission⁵⁹⁷ ein Wunsch der Mitgliedstaaten, die eine gewisse Kontrolle über die Höhe der Preise bewahren und eine einigermaßen gerechte Ausgestaltung der Preissysteme sicherstellen wollten. Allerdings ist nicht klar, was genau mit der Nennung des Preisaspektes im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2 bewirkt werden soll. Schließlich

⁵⁹⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäische Energieinfrastruktur, KOM (2001) 775 final, 3.1.

⁵⁹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Europäische Energieinfrastruktur, KOM (2001) 775 final, 3.1.

⁵⁹² KOM (2001) 125 final, 2.1.8.

⁵⁹³ Vgl. auch Kühne, in: Kühne (Hrsg.). S. 52f.

⁵⁹⁴ Vgl. unten D.II.1.k).

⁵⁹⁵ Vg. unten D. III.4.)

⁵⁹⁶ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.2.2.). Sehr pauschal weist die Kommission in diesem Vermerk auch darauf hin, dass die Qualität ein sehr wichtiges Konzept ist, da die öffentliche Hand über die Festlegung von Qualitätsnormen in das Marktgeschehen eingreifen kann.

⁵⁹⁷ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.2.3.).

soll ja das Ziel des Wettbewerbs das Entstehen kompetitiver Preise sein.⁵⁹⁸ Das besondere Problem der Preise für wettbewerblich nicht so interessante Haushaltskunden wird ja gesondert im Rahmen der Grundversorgungspflicht des Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie behandelt.⁵⁹⁹

Während diese drei Begriffe auch Aspekte des Oberbegriffs Verbraucherschutz⁶⁰⁰ darstellen können, liegt hier keine Deckungsgleichheit vor: Schon aus Art. 3 Abs. 5 ergibt sich, dass zum Verbraucherschutz auf jeden Fall⁶⁰¹ auch die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren gehören, die im Gegensatz zu Qualität und Preis der Versorgung externe Faktoren sind, die nicht direkt am Produkt anknüpfen. Regelmäßigkeit und Qualität der Versorgung hingegen können auch als mit Versorgungssicherheit, bzw. Systemsicherheit überlappend verstanden werden.

(c) **Umweltschutz einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz**

Ein weiterer Unterpunkt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die von den Binnenmarkttrichtlinien angesprochen werden, ist der Umweltschutz. In Deutschland wurde das Prinzip vorrangiger Netznutzung in § 3 Abs. 1 EEG a.F. unter Berufung auf Art. 3 Abs. 2 der alten Strom-Richtlinie gerechtfertigt.⁶⁰²

Der Umweltschutz rangiert sowohl in der zentralen Norm des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie - dort unter dem Stichwort „nachhaltig“⁶⁰³ - als auch als ein Aspekt, auf den sich gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 2 beziehen können, an prominenter Stelle. Einige Aspekte, die den Umweltschutz als ein Bereich der möglichen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Rahmen der Strom-Richtlinie betreffen, sollen im Zusammenhang mit den spezielleren Normen der Richtlinie besprochen werden.⁶⁰⁴

• **Entwicklung des Umweltschutzes im Europa- und Energierecht**

Während das Thema Umweltschutz und Europa- bzw. Energierecht Bibliotheken füllt, soll hier nur ein kurzer Überblick gegeben werden, um die Strom-Richtlinie historisch besser einordnen zu können. Das Gemeinschaftsrecht ist in erster Linie vom Binnenmarktsgedanken geprägt. Dies trifft seit der Mitte der Neunziger Jahre auch auf den Energiesektor in der Europäischen Gemeinschaft zu. Eine anfängliche Formulierung des Umweltschutzgedankens kann bis in die siebziger Jahre zurückverfolgt werden.⁶⁰⁵ Auch der Gedanke des Umweltschutzes hat europaweit Karriere gemacht, wobei die Impulse und Herangehensweisen der Mitgliedstaaten in diesem

⁵⁹⁸ Jones, EU Energy Law, S. 126.

⁵⁹⁹ Vgl. unten D.II.1.f).

⁶⁰⁰ Ausführlicher zum Verbraucherschutz, unten D.II.5.

⁶⁰¹ „Insbesondere“...

⁶⁰² BT-Drs. 14/2776, S. 18, 20.

⁶⁰³ Wenn auch nicht ganz deckungsgleich.

⁶⁰⁴ Vgl. z.B. Ausführungen zu Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3 der Strom-Richtlinie, siehe unten, D.II.3.a).

⁶⁰⁵ Ausführlicher dazu *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 133ff; *ders.*, in: ZNER 2001, S. 74ff; *Ringel*, in: ZNER 2003, S. 131ff.

Bereich sehr divergieren. Möglicherweise ist aber die unterschiedliche Herangehensweise auch ein Grund, warum der Umweltschutz in Europa von Kompromissen geprägt ist, die eine genaue Standortbestimmung zum Teil unmöglich machen.

Durch den Vertrag von Maastricht wurde dem Umweltschutz größere Bedeutung zugemessen. In Art. 2 EG-Vertrag wurde als Aufgabe der Gemeinschaft eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens festgelegt, wobei das Wachstum u.a. auch umweltverträglich gestaltet werden müsse. Der Umweltschutz wurde u.a. durch die bemerkenswerte Neufassung⁶⁰⁶ des Art. 130r Abs. 3 EG-Vertrag gestärkt. Auch der Amsterdamer Vertrag unterstrich die Stellung des Umweltschutzes weiter, indem das Prinzip der Nachhaltigkeit ausdrücklich in die Zielbestimmungen des EU-Vertrages in seinem Art. 2 und im EG-Vertrag in seinem Art. 6 einbezogen,⁶⁰⁷ und quasi vor die Klammer gezogen wurde.⁶⁰⁸ Art. 6, als Weiterentwicklung und Emanzipation der so genannten Querschnittsklausel⁶⁰⁹, nimmt einen prominenten Platz in den „Grundsätzen“ des Vertrags ein.

Das Europäische Parlament hatte schon im Rahmen der ersten Strom-Richtlinie umweltpolitische Aspekte auf die Tagesordnung gesetzt.⁶¹⁰ Im Rahmen der neuen Richtlinie, deren Gesetzgebungsverfahren nur kurz nach Verabschiedung der ersten Richtlinie begann, wurde wiederum das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Umweltschutz thematisiert.⁶¹¹ Außerdem nahm der EuGH⁶¹² in der PreussenElektra-Entscheidung⁶¹³ zum ersten Mal grundsätzlich zur Förderung von erneuerbaren Energie und deren europarechtlichen Zulässigkeit Stellung.⁶¹⁴

⁶⁰⁶ *Schalast*, in: ZNER 2001, S. 76, mit weiteren Nachweisen zu Art. 130r EG-Vertrag.

⁶⁰⁷ *Schalast*, in: ZNER 2001, S. 76.

⁶⁰⁸ *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszweckes im Energiewirtschaftsrecht, S. 32f.

⁶⁰⁹ *Nagel*, in: ZNER 2001, S. 234; *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszweckes im Energiewirtschaftsrecht, S. 32f.

⁶¹⁰ Vgl. *Schalast*, in: ZNER, S. 133.

⁶¹¹ Z.B. KOM (2001) 125 final, S. 32; Während dieses Gesetzgebungsverfahrens erfuhr der Umweltschutz zumindest eine politische Aufwertung durch die so genannte Querschnittsklausel im zentralen Art. 6 EG-Vertrag.

⁶¹² EuGH, Rs. C-379/98 vom 13.03.2001 – PreussenElektra, Slg. 2000, I-8419.

⁶¹³ Mehr zum PreussenElektra-Urteil: *Ehricke*, in: RdE 2003, S. 57ff; *Schwintowski*, in: ZNER 2001, S. 82ff; *Nagel*, in: ZNER 2001, S. 233ff.

⁶¹⁴ Im PreussenElektra-Fall hatte auch die Bundesregierung Umweltschutzbelange angeführt, um die Preisregelung im damaligen Stromeinspeisegesetz zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang verwiesen sie auf die Art. 3 Abs. 2 sowie den damaligen Art. 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 der Elektrizitätsrichtlinie. Der Generalanwalt wies in seinem Schlussantrag, Tz. 212ff, zurecht darauf hin, dass nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie die Mitgliedstaaten zwar den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen können, die sich u. a. auf den Umweltschutz beziehen können. Es heißt jedoch ausdrücklich, dass diese Verpflichtungen nicht diskriminierend sein dürfen. Im Fall des deutschen Stromeinspeisegesetzes galt die Abnahmepflicht der Netzbetreiber jedoch nur für in Deutschland erzeugten Strom. Der EuGH ging auf diese Regelungen mit keinem Wort ein und löste den Fall stattdessen lediglich anhand des damaligen Art. 30 EG-Vertrag und bot eine erstaunlich weite Rechtfertigungslösung an.

• Wettbewerb und Umweltschutz allgemein

Grundsätzlich geht es darum, ob zwischen der Verwirklichung des Umweltschutzzieles in Art. 3 lit l) und Art. 6 EG-Vertrag auf der einen Seite und der Realisierung des europäischen Binnenmarktes auf der anderen Seite, auf dem nach Art. 3 lit c) und g) sowie Art. 14 EG-Vertrag ein System unverfälschten Wettbewerbs herrschen soll, tatsächlich ein Interessenkonflikt besteht bzw. ein Spannungsverhältnis⁶¹⁵, welches durch die Richtlinie in Angriff genommen werden könnte.

Schwintowski sieht in dem Verhältnis Wettbewerb und Umweltschutz keinen Gegensatz, sondern zwei Seiten derselben Medaille.⁶¹⁶ Demgegenüber ist es jedoch offensichtlich, dass rein betriebswirtschaftlich gesehen die Kosten für eine Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gegenwärtig vielfach deutlich höher liegen als Erzeugung aus konventionellen Energieträgern.⁶¹⁷ Dieser scheinbare Widerspruch resultiert daher, dass unterschiedliche Herangehensweisen an das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs zu beobachten sind. Die obige Annahme, dass diese beiden Aspekte keinen Gegensatz darstellen, basiert auf einem abstrakten Verständnis der Marktzusammenhänge.⁶¹⁸ Demnach müsse ein wirklich funktionsfähiger Wettbewerb auch die wahren Kosten akkurat darstellen, die allgemein z.B. im Rahmen der Energiegewinnung oder -beförderung entstehen, aber sich nicht im Preis widerspiegeln, da diese Kosten bzw. der Schaden anderweitig als so genannte externe Effekte von der Umwelt bzw. von späteren Generationen getragen werden.⁶¹⁹ So stimmt der Satz, dass der freie Markt zu den optimalen Allokationsergebnissen führe, auch nur unter der Bedingung, dass keine solchen externen Effekte vorliegen.⁶²⁰ Wenn man die externen Effekte z.B. des Verbrauchs von fossilen Ressourcen, die in Millionen von Jahren entstanden sind, in die Preisbildung bei Strom und Gas einbezieht, wären erneuerbare Energien auch heute schon wettbewerbsfähig, so dass von einem echten Marktpreis weder bei den im deutschen EEG und KWKG gesetzlich festgelegten Mindestpreisen noch bei den eigentlich unrealistisch niedrigen Preisen von Öl und Gas die Rede sein darf.⁶²¹

So sah das Europäische Parlament in seinem Standpunkt vom 13. März 2002 als eines der Haupthindernisse für die volle Entfaltung des Binnenmarktes die fehlenden

⁶¹⁵ Ehricke, in: RdE 2003, S. 57.

⁶¹⁶ Schwintowski, in: ZNER 2001, S. 82ff.

⁶¹⁷ Vgl. z.B. Oschmann, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 39, Fn. 50ff, mwNw.

⁶¹⁸ Wenn nämlich ein Gemeinwesen bestimmte Umweltstandards verwirklichen will, prägen diese Standards den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs in entscheidender Weise, Schwintowski, in: ZNER 2001, S. 83.

⁶¹⁹ Ekardt, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 405.

⁶²⁰ Vgl. Schwintowski, in: ZNER 2001, S. 83.

⁶²¹ Zusätzlich weist Oschmann, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 40 darauf hin, dass es sich bei den meisten erneuerbaren Energien noch um sehr neue Technologien handelt und dass darüber hinaus im Vergleich zur langjährigen kostenintensiven Erschließung von Erdöl- und Kohlevorkommen ungleichen Startbedingungen in der Forschungs- und Subventionspolitik vorliegen.

Ansätze für die Internalisierung der Umweltkosten.⁶²² Auch die Kommission war in ihrem Vorschlag⁶²³ auf die eigentliche Notwendigkeit der Internalisierung der externen Kosten für einen vollständigen Markt eingegangen und hatte diese bejaht. Allerdings führte dies nicht zu entsprechenden Regelungen in den Richtlinien selbst. So ist die Kommission⁶²⁴ der Auffassung, ohne dies im Detail zu begründen, dass die verschiedenen Ansätze zur Internalisierung der externen Kosten nicht zur Sicherstellung gleicher Ausgangsbedingungen beitrage. Stattdessen kündigte die Kommission lediglich an, Initiativen in diesem Sinne vorzuschlagen, wie z.B. eine EU-weite Energie/CO₂-Steuer, strengere Regeln über Staatsbeihilfen⁶²⁵ sowie Maßnahmen, die auf der Nachfrageseite wirken sollen, bzw. Maßnahmen zur Förderung der Kraft-Wärme-Koppelung und erneuerbare Energien.⁶²⁶ An anderer Stelle scheint sich jedoch die Kommission der Rolle der Kosteninternalisierung bei der Wettbewerbsverzerrung teilweise zu verschließen. In KOM (2001) 125 final, S. 25 schreibt sie, dass „der vollständige Wettbewerb bedeuten [könnte], dass Elektrizität aus neuen und weniger entwickelten Energiequellen (z.B. erneuerbare Energiequellen und Kraft-Wärme-Koppelung) an Attraktivität verliert.“ Insofern wird auf die fehlende Internalisierung der externen Kosten der konventionellen Energiequellen, die auch eine Art Wettbewerbsverzerrung darstellt, nicht ausreichend eingegangen.

In dem Vermerk aus dem Jahre 2004 zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen geht die Kommission pauschal davon aus, dass Maßnahmen zum Schutz der Umwelt im Prinzip mit dem Wettbewerbsgedanken vereinbar sind, solange die Wettbewerbsbeschränkungen im Vergleich zu den damit verfolgten Umweltzielen nicht unverhältnismäßig sind.⁶²⁷ Die ungleichen Startbedingungen⁶²⁸ von erneuerbaren Energien im Vergleich zu den konventionellen beeinträchtigen aber nun mal faktisch die Wettbewerbsfähigkeit der erneuerbaren Energien – so dass diese nicht in der Lage sind, sich aus eigener Kraft einen relevanten Marktanteil zu erkämpfen.⁶²⁹ Insofern ist es doch angebracht, von einem faktischen Spannungsverhältnis von Umweltschutz und Wettbewerb auszugehen.⁶³⁰

⁶²² Standpunkt des Europäischen Parlamentes festgelegt in erster Lesung am 13. März 2002 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2002/./EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/92/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Erwägungsgrund 5.

⁶²³ KOM (2001) 125 final, S. 46.

⁶²⁴ KOM (2002) 304 final, S. 3.

⁶²⁵ Damit sind vermutlich Beihilfen im Stein- und Braunkohlebereich gemeint.

⁶²⁶ KOM (2001) 125 final, S. 46f.

⁶²⁷ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.2.4.).

⁶²⁸ So lassen sich die vergleichsweise erhöhten Preise auch damit erklären, dass für die erneuerbare Energie ungleiche Startbedingungen in der Forschungs- und Subventionspolitik bestanden haben. Schließlich führen kleinere Anlagengrößen bei den erneuerbaren Energien zu erhöhten Anfangsinvestitionen, vgl. *Ringel*, in: *ZfE* 2003, S. 134.

⁶²⁹ SEK (1999) 470, Elektrizität aus Erneuerbaren Energien, S. 10ff; *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 42.

⁶³⁰ *Schalast*, in: *ZNER* 2001, S. 74ff; *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht – Die Richtlinie 2001/77/EG, S. 42; *Heintschel von Heinegg*, in: *Büdenbender/Kühne* (Hrsg.),

Wettbewerb ist zwar in der Lage, durch Preisdruck für eine ressourcensparende Energieerzeugung zu sorgen, kann aber nicht bewirken, dass der Energieverbrauch beim Endverbraucher gesenkt wird, da im Wettbewerb stehende Unternehmen möglichst große Mengen ihres Produktes absetzen wollen.⁶³¹ Während einige Untersuchungen davon ausgehen, dass in punkto Energieeffizienz noch Steigerungen um einen Faktor zwischen 4 und 10 möglich wären,⁶³² ist der Wettbewerb alleine nicht das passende Instrument, solche Effizienzsteigerung durch Einsparungen im Verbrauch zu generieren: Denn der Wettbewerb zielt schon deshalb nicht auf einen niedrigen Energieverbrauch beim Endkunden ab, da jeder Anbieter Absatzsteigerung anstrebt.⁶³³

Insgesamt können sich die Folgen einer Liberalisierung des Energiesektors in vielfältiger Weise auf die Belange des Umweltschutzes auswirken.⁶³⁴ Auf der Angebotsseite bewirkt z.B. der wettbewerbliche Preisdruck die Notwendigkeit der Kostenreduzierung. Die Anpassung an diesen Preisdruck kann zum einen dazu führen, dass vermehrt energieeffiziente Kraftwerke mit einer hohen energetischen Ausnutzung der eingesetzten Energieträger verwendet werden.⁶³⁵ Zum anderen können gesunkene Preise aber auch dazu führen, dass nur noch geringe Anstrengungen in den Bereichen Energieeinsparung und Energieeffizienz unternommen werden.⁶³⁶ Wichtig sind auch die Auswirkungen auf die Preisstruktur selbst. Strompreise z.B. setzen sich aus variablem Arbeits- und flexiblem Grundpreis zusammen. Der Wettbewerb läuft zumeist über einen günstigen Arbeitspreis, so dass insbesondere industrielle Großabnehmer profitieren. Kleinabnehmer sind wiederum diejenigen, die für diese Preisnachlässe bei den Großabnehmern zu bezahlen haben. Auch hier ist es möglich, dass diese Preisstrukturproblematik dafür sorgt, dass Einsparanreize auf der Nachfrageseite minimiert werden.⁶³⁷ Auch die Öffnung der nationalen Energiemärkte für Importe kann sich sowohl in positiver wie auch in negativer Weise aufwirken. Diese Auswirkungen sind aber nur schwer qualitativ und quantitativ zu beurteilen.

Eine abschließende Beurteilung, wie die Marktöffnung der Energiemärkte die Schonung der Umwelt und der natürlichen Ressourcen beeinflussen wird, ist aufgrund der verschiedenen Einflussmöglichkeiten und aufgrund der schwierigen Vergleichbarkeit der negativen mit den positiven Konsequenzen zum jetzigen Zeitpunkt nicht mög-

S. 118; *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 406; *Neveling/Hilmes*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 397.

⁶³¹ *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 406.

⁶³² Vgl. *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 405, mit Verweis auf den Bericht an den Club of Rome: Faktor vier, S. 29ff.

⁶³³ *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 406.

⁶³⁴ KOM (2001) 125 final, S. 24.

⁶³⁵ *Ringel*, in: ZNER 2003, S. 134.

⁶³⁶ KOM (2001) 125 final; vgl. auch *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 406.

⁶³⁷ So sieht auch die Kommission, KOM (2001) 125 final, S. 25, die Notwendigkeit, geeignete regulatorische Anreize (die also nicht wettbewerblicher Natur sind) zu schaffen, damit innovative Tarifstrukturen entstehen, so dass der fixe Grundpreis gesenkt und stattdessen der Arbeitspreis erhöht wird. Auf diese Art und Weise können Einsparungen bewirkt werden.

lich.⁶³⁸ Die Kommission geht auch nur davon aus, dass die Marktöffnung für die Erreichung der Umweltziele der Gemeinschaft „nützlich sein“ „könnte“.⁶³⁹

- **Umweltschutzkonzeption in der neuen Richtlinie**

In der Beschleunigungsrichtlinie findet sich eine positive Nennung des Umweltschutzes, welcher in der alten Richtlinie lediglich in den Erwägungsgründen⁶⁴⁰ vorkam, immerhin im zentralen Art. 3 Abs. 1 der neuen Richtlinie, in dem der Umweltschutz auf gleicher Stufe mit der Errichtung eines sicheren Elektrizitätsmarkts steht. Danach müssen Elektrizitätsunternehmen nach den in der Richtlinie festgelegten Grundsätzen und im Hinblick auf einen wettbewerbsorientierten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Elektrizitätsmarkt betrieben werden. Aber auch wenn der Umweltschutz in der neuen Richtlinie häufiger genannt wird,⁶⁴¹ liegen keine wirklichen materiellen Veränderungen vor.⁶⁴² Vielmehr liegt es nahe, dass die Richtlinie auf keiner klaren Umweltschutzkonzeption basiert, und dass stattdessen der Umweltschutz lediglich pauschal genannt wird.⁶⁴³ Eine Harmonisierung der Umweltschutzstandards liegt in keinem Fall vor.⁶⁴⁴ Wieder kommt es grundsätzlich auf den guten Willen der Mitgliedstaaten an; eine klare Koordination der umweltpolitischen Maßnahmen auf europäischer Ebene wird nicht eingeführt.⁶⁴⁵ Auf konkrete Vorschläge zur Lösung des Wertwiderspruchs zwischen Umweltschutz und Wettbewerb zum Beispiel durch europaweite Fördermaßnahmen zugunsten umweltfreundlicher Energieträger oder durch Umweltklauseln im zentralen Bereich des Netzzugangs wurde verzichtet.⁶⁴⁶

Der Zusatz Energieeffizienz und Klimaschutz wurde erst mit der neuen Strom-Richtlinie eingefügt. Zwar kommt die Energieeffizienz, die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie zusammen mit dem Umweltschutz genannt wird, in den Begriffsbestim-

⁶³⁸ Ringel, in: ZNER 2003, S. 138.

⁶³⁹ KOM (2001) 125 final, S. 27.

⁶⁴⁰ Erwägungsgrund 4 der alten Richtlinie lautet: Der Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes kommt besondere Bedeutung zu; es gilt, unter gleichzeitiger Stärkung der Versorgungssicherheit und der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft sowie unter Wahrung des Umweltschutzes die Effizienz bei der Erzeugung, Übertragung und Verteilung dieses Produkts zu verbessern.

⁶⁴¹ Z.B. unter dem Stichwort „Nachhaltigkeit“ in Art. 3 Abs. 1 sowie in Art. 3 Abs. 7 der neuen Strom-Richtlinie.

⁶⁴² Schalast, in: ZNER 2004, S. 137

⁶⁴³ Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336.

⁶⁴⁴ Die Kommission sah das 2001 noch anders: Sie ging von verpflichtenden Standards aus: “In der EU gelten für den Elektrizitäts- und Erdgassektor eine Reihe gemeinsamer gemeinwirtschaftlicher Ziele oder Standards. Im Produktionsbereich betreffen sie die Verpflichtung der Produzenten, Mindestumweltstandards einzuhalten, eine Mindestmenge an Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu erzeugen oder andere Umweltziele zu erfüllen; gelegentlich betreffen sie die Einhaltung von Mindestregeln für Primärenergieträger, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.“ KOM (2001) 125 final, 2.1.8. Solche „Mindestnormen“ werden auch in Erwägungsgrund 26 angesprochen.

⁶⁴⁵ Schalast, in: ZNER 2004, S. 137.

⁶⁴⁶ Schalast, in: ZNER 2004, S. 137.

mungen in Art. 2 der Richtlinie unter Nr. 29 vor. Zum einen ist allerdings nicht klar, in welchem Verhältnis wiederum die Energieeffizienz zum Umweltschutz steht. Die Formulierung – „Umweltschutz einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz“ – legt nahe, dass die Energieeffizienz so wie auch der in diesem Fall sprachlich gleichgestellte Klimaschutz Unterbereiche des Umweltschutzes darstellen sollen. Dem widerspricht aber ein Blick auf Art. 6 Abs. 2, wo unter lit f) die Energieeffizienz getrennt vom Umweltschutz unter lit c) aufgeführt ist.

Zum anderen stellt die Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 29 der Richtlinie auch keine Definition des Begriffs Energieeffizienz in dem Sinne dar, dass dieser Begriff für sich von anderen Begriffen klar abgegrenzt wird. Denn Energieeffizienz wird allgemein lediglich als Verhältnis der eingesetzten Brennstoffe zur erzielten Leistung bezeichnet.⁶⁴⁷ Demgegenüber wird in Art. 2 Nr. 29 eine allgemeine Erklärung abgeben, was unter den beiden Begriffen „Energieeffizienz/Nachfragesteuerung“ zusammen⁶⁴⁸ verstanden werden soll. Darunter soll ein globales oder integriertes Konzept⁶⁴⁹ zur Steuerung der Höhe und des Zeitpunkts des Elektrizitätsverbrauchs verstanden werden, das den Primärenergieverbrauch senken und Spitzenlasten verringern soll, indem Investitionen zur Steigerung der Energieeffizienz oder andere Maßnahmen, wie unterbrechbaren Lieferverträgen, Vorrang vor Investitionen zur Steigerung der Erzeugungskapazität eingeräumt wird. Wichtig ist dabei der Zusatz am Ende der Nummer 29: „wenn sie unter Berücksichtigung der positiven Auswirkungen eines geringeren Energieverbrauchs auf die Umwelt und der damit verbundenen Aspekte einer größeren Versorgungssicherheit und geringerer Verteilungskosten die wirksamste und wirtschaftlichste Option darstellen“. Hier erscheinen die positiven Auswirkungen auf die Umwelt nur als ein Nebenprodukt, welches in Verbindung mit den nicht-umweltorientierten Aspekten, wie der größeren Versorgungssicherheit und der niedrigeren Verteilungskosten, doch wieder der Wirtschaftlichkeit untergeordnet ist. Energieeffizienz zusammen mit Nachfragesteuerung ist daher eher nicht als der gleiche Begriff wie in Art. 3 Abs. 2 anzusehen.

Das stromtypische Umweltthema der erneuerbaren Energiequellen wird wie in der alten Richtlinie angesprochen, ohne dass die Richtlinien ein eigenes Konzept zu diesem Thema aufweisen.⁶⁵⁰ Beschränkt hilfreich ist in diesem Zusammenhang vielleicht die verbindliche Einführung der Stromkennzeichnungspflicht in Art. 3 Abs. 6 in der neuen Strom-Richtlinie.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 405.

⁶⁴⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 3 sowie Art. 7 Abs. 1 bis 2 und Art. 14 Abs. 7 der neuen Strom-Richtlinie.

⁶⁴⁹ Dieses „Konzept“ der Energieeffizienz/Nachfragesteuerung kam in der alten Stromlinie noch nicht vor.

⁶⁵⁰ Vgl. auch die Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen aus dem Jahre 2001, vom 27.09.2001, Amtsblatt der EG Nr. L 283, S. 33ff, welche ebenfalls keine verbindlichen Umweltziele enthält und in erster Linie auf Berichts- und Informationspflichten der Mitgliedstaaten setzt, *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 134

⁶⁵¹ Vgl. dazu ausführlich, D.II.1.h).

Da die erneuerbaren Energien aufgrund der schlechten Startbedingung und wegen der fehlenden Internalisierung der externen Kosten der konventionellen Energiequellen weiterhin nicht wettbewerbsfähig sind, wäre eine gestaltende Einflussnahme auf die rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen nötig – um quasi die Wettbewerbsfähigkeit wieder herzustellen, die die erneuerbaren Energien eigentlich hätten. Um diese Barrieren zu überwinden, ist eine umweltpolitische Flankierung des liberalisierten Marktes erforderlich.⁶⁵² Eine solche Gestaltung müsste eigentlich – schon vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes – auf europäischer Ebene erfolgen. Zwar kommt das Thema Umweltschutz nun in den neuen Richtlinien häufiger vor, jedoch ist fraglich, ob deshalb von einer wirklichen umweltpolitischen Konzeption oder Strategie in den neuen Richtlinien gesprochen werden kann.

Somit wurde mit dem Energiebinnenmarktpaket 2003⁶⁵³ zum wiederholten Mal die Chance verpasst, den umweltpolitischen Rahmen der Gemeinschaft zu harmonisieren. Damit bleibt die Stellung des Umweltschutzes im Energiebinnenmarkt im Ungewissen.⁶⁵⁴

(d) Abschließende Liste in Art. 3 Abs. 2 und Verbraucherschutz

Möglicherweise ist auch der an vielen Stellen aufgeführte Verbraucherschutz⁶⁵⁵ einer der Aspekte, auf die sich gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie beziehen können. So bezieht z.B. *Rapp-Jung*⁶⁵⁶ den Schutz der Verbraucher als „vertragskonformes Ziel“ in die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen mit ein, ohne auf die ausdrückliche Auflistung der Aspekte in Art. 3 Abs. 2 einzugehen. *Börner*⁶⁵⁷ geht sogar davon aus, dass aufgrund der neuen Wertigkeiten innerhalb der Richtlinie die zeitlichen und sachlichen Wettbewerbseinschränkungen nicht mehr exklusiv sind, sondern nun auch andere begründete Einschränkungen möglich seien

Der Verbraucherschutz ist im Gegensatz z.B. zur Versorgungssicherheit und dem Umweltschutz nicht explizit aufgeführt. Auch Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung, wie in Abs. 2 aufgeführt, können alleine nicht mit dem Verbraucherschutz gleichgesetzt werden, da sich schon aus Art. 3 Abs. 5 ergibt, dass zum Verbraucherschutz auf jeden Fall⁶⁵⁸ auch die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren gehören, die im Gegensatz

⁶⁵² *Ringel*, in: ZfE 2003, S. 134; vgl. auch *Ekardt*, in: ZUR Sonderheft 2004, S. 406.

⁶⁵³ Die Netzzugangsverordnung als dritter und wesentlicher Bestandteil des Energiebinnenmarktpakets enthält sogar gar keine Bestimmungen im Hinblick auf Umweltschutzbelange.

⁶⁵⁴ *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 137.

⁶⁵⁵ Grundsätzlich soll natürlich der Wettbewerb als solches den Verbraucherinteressen schon alleine dadurch dienen, dass im Wettbewerb die für den Verbraucher günstigsten Preise erzielt werden sollen. Maßnahmen, die auch zum Verbraucherschutz gehören sind, die Stromkennzeichnungspflicht in Art. 3 Abs. 6, die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 sowie sonstige Schutzbestimmungen in Art. 3 Abs. 5.

⁶⁵⁶ *Rapp-Jung*, in: RdE 1997, S. 136.

⁶⁵⁷ *Börner*, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 270.

⁶⁵⁸ „Insbesondere“.....

zu Qualität und Preis der Versorgung externe Faktoren sind, nicht direkt am Produkt anknüpfen. Der Verbraucherschutz könnte aber trotzdem von Art. 3 Abs. 2 umfasst sein, wenn die Liste dort nicht abschließend ist. Der Wortlaut lässt dies dahinstehen.⁶⁵⁹ Im Hinblick auf den gleichlautenden Art. 3 Abs. 2 der alten Richtlinie wurde allgemein von einer abschließenden Auflistung⁶⁶⁰ ausgegangen, zumal der Begriff Verbraucherschutz in den alten Richtlinien nur in den Erwägungsgründen auftaucht: Nach Erwägungsgrund 13 der alten Strom-Richtlinie könne die Auflage gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in einigen Mitgliedstaaten erforderlich sein, um Versorgungssicherheit sowie Verbraucher- und Umweltschutz zu gewährleisten, die der freie Wettbewerb nach Ansicht der Mitgliedstaaten allein nicht unbedingt gewährleisten kann.

Ob sich diese Auffassung hinsichtlich der alten Richtlinie allerdings auch auf die neue Richtlinie übertragen lassen kann, ist nicht ganz klar. Schließlich kam der Begriff Verbraucherschutz in den Artikeln der alten Richtlinien nicht vor, während der Verbraucherschutz in der neuen Richtlinie an prominenter Stelle gleich mehrfach genannt wird.⁶⁶¹

Folgende Formulierungen könnten für die Überlegung, dass der Verbraucherschutz doch in Art. 3 Abs. 2 angesprochen wird, herangezogen werden: So heißt es in Art. 3 Abs. 2, dass Verpflichtungen auferlegt werden können, „die sich auf Sicherheit [...] beziehen können“. Die erneute Verwendung des Wortes „können“ legt nahe, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht notwendiger Weise völlig deckungsgleich mit den in Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich aufgezählten Aspekten sein müssen.

Auch der Erwägungsgrund 26 der neuen Strom-Richtlinie impliziert, dass der Verbraucherschutz zu den möglichen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gehört. Da die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eine grundlegende Anforderung der Richtlinie sei, sei es wichtig, dass diese Richtlinie von allen Mitgliedstaaten einzuhaltende Mindeststandards festlegt, die nicht nur der ausdrücklich in Art. 3 Abs. 2 genannten Versorgungssicherheit und dem Umweltschutz Rech-

⁶⁵⁹ Vgl. *Jarass*, Europäisches Energierecht, S. 35.

⁶⁶⁰ *Bausch*, Netzzugangsregeln im liberalisierten Strommarkt, S. 178; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 253; *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 136; *Jarass*, Europäisches Energierecht, S. 35; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 154; dennoch zählten auch einige Autoren ohne weitere Diskussion des Art. 3 Abs. 2 der alten Richtlinie Verbraucherschutz mit hinzu. So zählt *Rapp-Jung*, in: RdE 1997, S. 136 den Schutz der Verbraucher zu den vertragskonformen Zielen der (alten) Richtlinie, die mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verfolgt werden können. Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss, Amtsblatt der EG C36/12 vom 8.2.2002, 3.3.1., geht in seiner Stellungnahme zu den Beschleunigungsrichtlinien davon aus, dass Verbraucherschutz zu den Aspekten gehört, auf die sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beziehen können. So heißt es dort sogar, dass auch der Verbraucherschutz „eindeutig“ zu den Aspekten dazu gehören würde. Eine offenere Fassung des Art. 3 Abs. 2 sehen *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336 und *Börner*, in: Brede (Hrsg), S. 106, der diese Annahme auf das „neue Verständnis von Art. 86 EGV“ stützt, dabei aber nicht auf die Tatsache eingeht, dass die relevanten Urteile aus der Zeit vor den Binnenmarktrichtlinien stammen.

⁶⁶¹ In diese Richtung auch *Börner*, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 270.

nung tragen, sondern neben der gleichwertigen Wettbewerbsintensität eben auch dem Verbraucherschutz, der sogar als erstes in dieser Auflistung genannt wird. Schließlich könnte auch Art. 3 Abs. 9 der Strom-Richtlinie, in dem die Berichtspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission festgelegt werden, so verstanden werden, dass der Verbraucherschutz nicht von der Auflistung in Art. 3 Abs. 2 ausgeschlossen sein soll. Nach dieser Norm müssen die Mitgliedstaaten die Kommission über alle Maßnahmen unterrichten, die sie zur Gewährleistung der Grundversorgung und Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, einschließlich des Verbraucher- und des Umweltschutzes, getroffen haben. Aufschlussreich ist allerdings der Zusatz, dass die „Maßnahmen“ gemeldet werden müssen, „unabhängig davon, ob für diese Maßnahmen eine Ausnahme von dieser Richtlinie erforderlich ist oder nicht.“ Daher geht Art. 3 Abs. 9 von Maßnahmen des Verbraucherschutzes aus, die überhaupt gar keine Ausnahme gemäß Art. 3 Abs. 2 erforderlich machen.

Letztlich ist davon auszugehen, dass der Verbraucherschutz nicht zu den in Art. 3 Abs. 2 genannten Aspekten gehört. Zunächst spricht die Tatsache, dass es sich bei Art. 3 Abs. 2 um die Möglichkeit eines Service-public-Vorbehaltes handelt, dafür, dass die Aspekte, auf die sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beziehen können, restriktiv aufgefasst werden müssen. Denn ein solcher Vorbehalt steht dem Ziel der Vollendung des Energiebinnenmarktes entgegen und etwaige Einschränkungsmöglichkeiten müssen begrenzt werden.⁶⁶² Auch die Tatsache, dass nicht nur allgemein der Umweltschutz aufgezählt wird, sondern zusätzlich noch festgestellt wird, dass dieser auch „einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz“ verstanden werden soll, spricht für eine abschließende Auflistung. Denn ansonsten wäre eine so detaillierte Auflistung gar nicht wirklich erforderlich. Darüber hinaus ist das Konzept des Verbraucherschutzes so unklar und uferlos⁶⁶³, dass es kaum als greifbares Konzept für etwaige Ausnahmen von der Richtlinie geeignet ist.

Auch wenn in einigen Formulierungen der Eindruck entsteht, Verbraucherschutz wäre ein Unterpunkt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, heißt das lediglich, dass es im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auch solche Verpflichtungen gibt, die den Verbraucherschutz betreffen. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass sich deshalb auch im Rahmen des entscheidenden Art. 3 Abs. 2 Ausnahmen von der Richtlinie auf den Verbraucherschutz beziehen dürfen, wie auch ein Blick in Art. 3 Abs. 9 Satz 1 aE zeigt. Deshalb ist im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie von einer abschließenden Liste auszugehen.

(4) Allgemeine Anforderungen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Art. 3 Abs. 2 der alten wie der neuen Richtlinie enthält bestimmte Anforderungen an die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.⁶⁶⁴ Solche Verpflichtungen müssen nach

⁶⁶² Jarass, Europäisches Energierecht, S. 35.

⁶⁶³ Vgl. unten D.II.5.

⁶⁶⁴ Diese Anforderungen sind auch in der Lage Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu konkretisieren, vgl. unten D.II.1.e); Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 155f. Die Notifizierungspflicht, die in der alten Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 enthalten war, findet sich jetzt in einer ausführlicheren Variante in Art. 3 Abs. 9, vgl. unten

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen. Dieser letzte Zusatz hinsichtlich des gleichberechtigten Zugangs ist neu und kam im Art. 3 Abs. 2 der alten Strom-Richtlinie nicht vor.

Zur Klärung des Kriteriums der Transparenz hat die Kommission in ihrem Vermerk⁶⁶⁵ die Anforderungen genauer beschrieben. Zunächst ist die Kommission der Auffassung, dass der Versorgungsauftrag für die Erbringung einer öffentlichen Dienstleistung durch einen öffentlichen Rechtsakt übertragen werden muss, d. h. per Gesetz oder im Wege einer vertraglichen Vereinbarung oder der Erteilung eines Mandats. Er muss folgende Angaben enthalten: die Art des zu erfüllenden öffentlichen Versorgungsauftrages, die Nennung des mit der Erfüllung des Auftrages betrauten Unternehmens; weiter den geografischen Geltungsbereich, die Zuständigkeit für die Festsetzung der Verkaufspreise und die Bedingungen, unter denen die Preise geändert werden dürfen, die Art der den Unternehmen gegebenenfalls gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechte sowie gegebenenfalls die Höhe der Zuwendungen, die die Unternehmen als Ausgleich für die Erfüllung des öffentlichen Versorgungsauftrages erhalten sowie etwaige Anpassungsbestimmungen und die Geltungsdauer der Verpflichtungen. Die Kommission betont, dass die Art der Umsetzung gemäß dem Subsidiaritätsprinzip den Mitgliedstaaten freigestellt ist und es so den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt zwischen einer Umsetzung per Gesetz, Vorschrift oder Konzession zu wählen. Dennoch ist dies kein Grund für mangelnde Transparenz.

Wie in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie⁶⁶⁶ wird auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 das Prinzip der Nichtdiskriminierung genannt. Abgesehen vom Sonderfall der Übertragungsnetzbetreiber und den ihnen übertragenen Verpflichtungen, die ein naturgegebenes Monopol betreffen und so die Einführung von Wettbewerb kein gangbarer Weg ist⁶⁶⁷, ist die Kommission der Auffassung, dass sich eine im Sinne von Art. 3 wirksame und nichtdiskriminierende Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nur auf dem Wege von Ausschreibungen sicherstellen lässt.⁶⁶⁸

Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen auch überprüfbar sein. Für die Kontrolle der Verpflichtungen legt die Kommission⁶⁶⁹ die folgenden Prinzipien zugrunde: Die gewählte Maßnahme darf den Wettbewerb und den Handel zwischen

D.II.1.j).

⁶⁶⁵ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.) S. 5.

⁶⁶⁶ Vgl. oben D.II.1.a).

⁶⁶⁷ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.) S. 5.

⁶⁶⁸ Diese Ausschreibung ist im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen. Dabei ist eine getrennte Rechnungslegung erforderlich, um eine Überkompensation der mit den entsprechenden Verpflichtung verbundenen Kosten zu vermeiden, vgl. ausführlicher zur Frage des finanziellen Ausgleichs Art. 3 Abs. 4 der Strom-Richtlinie, unten D.II.1.c)(2).

⁶⁶⁹ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, S. 6f.

den Mitgliedstaaten nur so wenig wie möglich einschränken und muss für die legitimen Ziele von allgemeinem Interesse notwendig sein. Die Beweislast⁶⁷⁰ liegt nach Auffassung der Kommission bei der öffentlichen Hand, die die Maßnahme vorschreibt oder bei dem Unternehmen, wenn dieses im Rahmen der internen Subsidiarität eines Mitgliedstaats die Maßnahme auswählen kann, mit der das auferlegte Ziel erreicht werden soll. Bei ihrer Kontrolle bewertet die Kommission die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme und führt erforderlichenfalls einen Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten durch.

Dabei sollen folgende Schritte unternommen werden: die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und ihre Vereinbarkeit mit den in der Richtlinie genannten Anforderungen und mit Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sollen geprüft werden. Dabei soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob es sich bei der Erfüllung dieser Verpflichtung um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt. Weiter soll untersucht werden, inwieweit die vorgeschlagene Maßnahme geeignet ist, die genannten Ziele zu erreichen, ohne die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu behindern. Im Rahmen einer Prüfung alternativer Maßnahmen sollen die Notwendigkeit und das Ausmaß der vorgeschlagenen Maßnahme überprüft werden. Dabei möchte sich die Kommission im Zweifelsfalle das Recht vorbehalten, die Mitgliedstaaten insgesamt anzuhören.⁶⁷¹

Zusätzlich bestimmt Art. 3 Abs. 4, dass die Gewährung von finanziellem Ausgleich, bzw. anderer Arten von Gegenleistungen und Alleinrechten für die Erfüllung der Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 2 auf nichtdiskriminierende und transparente Weise geschehen muss.⁶⁷²

c) **Mögliche Wege der Erreichung der Ziele**

Die Strom-Richtlinie zeigt einige mögliche Wege auf, wie die Mitgliedstaaten die gemeinwirtschaftlichen Ziele erreichen können.

(1) **Instrumentelle Optionen**

Ausdrücklich in den Richtlinien genannt sind instrumentelle Optionen.⁶⁷³ Zunächst wird dazu in Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie die Möglichkeit der langfristigen Planung genannt, wobei diese laut Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 25 der neuen Richtlinie die langfristige Planung des Bedarfs an Investitionen in Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungskapazität zur Deckung der Elektrizitätsnachfrage des Netzes und zur Sicherung der Versorgung der Kunden darstellt. In der alten Richtlinie bezog sich die langfristige Planung gemäß Art. 2 Nr. 23 noch nicht auf den Bedarf an Investitionen in Verteilungskapazitäten. In Bezug auf die Versorgungssicherheit, die Energieeffizienz/Nachfragesteuerung sowie zur Erreichung der Umweltziele

⁶⁷⁰ Zur Beweislast im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie siehe unten D.II.d)(1)(e); entsprechendes gilt für die Beweislastverteilung im Gasbereich nach Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie.

⁶⁷¹ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, S. 7.

⁶⁷² Ausführlicher zu Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie, siehe unten D.II.1c)(2).

⁶⁷³ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.) § 2, Tz. 44.

im Sinne dieses Absatzes können die Mitgliedstaaten eine langfristige Planung vorsehen, wobei die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, dass Dritte Zugang zum Netz erhalten wollen. Die neue Fassung ist dabei etwas strenger als die der alten Strom-Richtlinie.⁶⁷⁴

(2) Finanzieller Ausgleich, Art. 3 Abs. 4 der Strom-Richtlinie

Zudem spricht Art. 3 Abs. 4 die Möglichkeit des finanziellen Ausgleichs an. Wenn ein Mitgliedstaat für die Erfüllung der Verpflichtungen nach den Absätzen 2 und 3 des Art. 3 einen finanziellen Ausgleich, andere Arten von Gegenleistungen oder Alleinrechte gewährt, muss dies auf nichtdiskriminierende, transparente Weise geschehen. Die Frage des Ausgleichs durch direkte oder indirekte Subventionen sowie Alleinrechte betrifft alle Infrastrukturmärkte in der Gemeinschaft.⁶⁷⁵

Aus Art. 3 Abs. 4 der Strom-Richtlinie ergibt sich zunächst, dass zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ein finanzieller Ausgleich gewährt werden darf.⁶⁷⁶ Es können jedoch wettbewerbliche Probleme auftreten, wenn die mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen Vergünstigungen erhalten, die über das zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe erforderliche Maß hinausgehen. Dann muss der Gefahr entgegen gewirkt werden, dass die Vergünstigungen ganz oder teilweise so umgelenkt werden, so dass tatsächlich nicht gemeinwirtschaftliche Tätigkeitsbereiche davon profitieren.

Die Unternehmen, denen für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu Recht Vergünstigungen eingeräumt wurden⁶⁷⁷, dürfen diese nicht dazu missbrauchen, um in den wirtschaftlich einträglichsten liberalisierten Bereichen unlauteren Wettbewerb zu betreiben.⁶⁷⁸ Zwar können diese Unternehmen natürlich auch auf einträglichen Märkten oder Marktsegmenten tätig werden, doch muss für sie die Ausgangssituation die Gleiche sein wie für die anderen Unternehmen auch.

Die Kommission⁶⁷⁹ ist in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass ein Großteil der Schwierigkeiten durch mehr Transparenz bei der Vergabe eines öffentlichen Ver-

⁶⁷⁴ Die alte Fassung des Art. 3 Abs. 2 Satz 3 lautet: Als Mittel zur Erfüllung der genannten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können die Mitgliedstaaten, die dies wünschen, eine langfristige Planung vorsehen.

⁶⁷⁵ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 3.1.), S. 7.

⁶⁷⁶ In der Gas-Richtlinie fehlt eine entsprechende Bestimmung. Eine solche Regelung ist mangels Grundversorgungspflicht im Gassektor nicht angezeigt, da für den sonstigen finanziellen Ausgleich die allgemeinen Vorschriften zur Nichtdiskriminierung etc in Art. 3 Abs. 1 der Gas-Richtlinie sowie die Beihilfebestimmungen in Art. 87 EG-Vertrag gelten, vgl. auch *Jones*, EU Energy Law, S. 136.

⁶⁷⁷ Das betreffende Unternehmen muss seinen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen nachkommen können. Dazu gehört auch der Anspruch auf eine normale Rendite.

⁶⁷⁸ Vgl. auch die Ausführungen der Kommission in dem Non-Paper der Kommission, GD Wettbewerb vom 12. November 2002, Staatliche Beihilfen/ Politik im Bereich der staatlichen Beihilfen, COMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00.

⁶⁷⁹ Vgl. auch die Ausführungen der Kommission in dem Non-Paper der Kommission, GD Wettbewerb vom 12. November 2002, Staatliche Beihilfen/ Politik im Bereich der staatlichen Beihil-

sorgungsauftrages sowie im Verhältnis zwischen den Unternehmen, die die öffentlichen Dienste erbringen, und dem Staat vermieden werden könnten.

Zu unterscheiden ist, ob der öffentliche Versorgungsauftrag im Rahmen einer Ausschreibung vergeben wird oder nicht.

(a) Bestimmung der Höhe des Ausgleichs im Wege einer Ausschreibung

Das Ausschreibungsverfahren bietet die bessere Gewähr dafür, dass die finanziellen Kompensationen wettbewerblich angemessen sind.⁶⁸⁰ Dazu müssen die interessierten Unternehmen die gleiche Ausgangslage in Bezug auf die gestellten Anforderungen und sonstigen Information haben.⁶⁸¹

In diesem Zusammenhang hat die Kommission einen Katalog⁶⁸² derjenigen Informationen zusammengestellt, die zur Verfügung gestellt werden müssen: die im Zuge der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung einzuhaltenden Normen, die von der Vergabebehörde angewandten Auswahlkriterien, vor allem dann, wenn diese sich vorbehält, nicht dem Angebot den Zuschlag zu erteilen, das in Bezug auf die verlangten Ausgleichsleistungen das günstigste ist, die Bedingungen, unter denen der Vertrag bzw. der öffentliche Versorgungsauftrag im Falle unvorhersehbarer Ereignisse geändert oder gekündigt werden kann, die Laufzeit des Vertrags bzw. die Dauer des öffentlichen Versorgungsauftrags, die Vertragsstrafen bei Nichteinhaltung der Bedingungen, unter denen die gemeinwirtschaftliche Leistung zu erbringen ist, die Tarife, die für die gemeinwirtschaftliche Leistung in Rechnung gestellt werden dürfen.

Die Höhe des Ausgleichs soll dem Marktpreis entsprechen und führt dann nicht zu einer Überkompensierung, wenn der betreffende Markt tatsächlich umkämpft ist, das Ausschreibungsverfahren zu einem echten Wettbewerb geführt hat und der Zuschlag demjenigen Unternehmen erteilt wurde, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, während die übrigen Vergabebedingungen⁶⁸³ nur in Form von Mindestanforderungen formuliert sind.⁶⁸⁴

fen, COMP-2002-01759-01-00-DE-TRA-00.

⁶⁸⁰ Vgl. auch die Ausführungen von *Jones*, EU Energy Law, S. 135ff.

⁶⁸¹ Sämtliche Unternehmen, die an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmen möchten, müssen deshalb die genauen Bedingungen kennen, unter denen die betreffende gemeinwirtschaftliche Leistung erbracht werden soll. Will der Staat diese Bedingungen ändern, müssen alle betreffenden Unternehmen über die neuen Bedingungen unterrichtet werden. Geht dem Ausschreibungsverfahren eine Vorauswahl und/oder ein Verfahren zur Überprüfung der Erfüllung der Teilnahmebedingungen voraus, muss der Mitgliedstaat dabei angemessene, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien anwenden, vgl. das Non-Paper der Kommission vom 12. November 2002, Tz. 85ff.

⁶⁸² Non-Paper der Kommission vom 12. November 2002, Tz. 86ff.

⁶⁸³ Die Qualität der Dienste, Beschäftigung, Investitionen usw.

⁶⁸⁴ Wurde ein Ausschreibungsverfahren auf einem wirtschaftlich nicht wirklich umkämpften Markt durchgeführt oder wurde der Zuschlag nicht dem Unternehmen erteilt, das die geringste Ausgleichsleistung verlangt, oder erhält ein Unternehmen den Zuschlag, das eine andere Dienstleistung anbietet als die, die Gegenstand der Bekanntmachung war, so ist davon auszugehen, dass die Höhe der Ausgleichsleistung nicht dem Marktpreis entspricht, vgl. das Non-Paper der Kommission, Tz. 88.

(b) Bestimmung der Höhe des Ausgleichs ohne Ausschreibungsverfahren

Auch wenn die Variante ohne Ausschreibungsverfahren unter Transparenzgesichtspunkten nicht die vorteilhafteste ist, kann die Höhe des Ausgleichs auch im Voraus festgelegt werden und somit nicht das Ergebnis einer Ausschreibung sein. In diesem Fall darf die Entschädigung die Differenz zwischen den dem Unternehmen durch die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung entstehenden Kosten und den mit dieser Tätigkeit erwirtschafteten Einnahmen unter Einbeziehung der in dem betreffenden Sektor von den Unternehmen üblicherweise einkalkulierten Rendite nicht überschreiten.⁶⁸⁵ In die Kalkulation mit einzubeziehen sind sämtliche Kosten, die anfallen, damit die betreffende gemeinwirtschaftliche Leistung ordentlich erbracht werden kann. Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung, bilden dessen Gesamtkosten die Bemessungsgrundlage. Verfügt das Unternehmen hingegen noch über andere Tätigkeitsfelder, muss es die mit der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung verbundenen Kosten und Einnahmen getrennt von den sich aus den anderen Tätigkeiten ergebenden Kosten und Einnahmen ausweisen.⁶⁸⁶

Ein Unternehmen kann mehrere gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringen, mit denen es teils Verluste, teils Gewinne erwirtschaftet. Auch wenn das Unternehmen nichtgemeinwirtschaftliche Leistungen erbringt, darf eine Quersubventionierung zwischen den gemeinwirtschaftlichen Leistungen erfolgen, doch müssen diese Finanzströme in den Büchern deutlich ausgewiesen werden. Weiter müssen auf der Einnahmenseite auch alle Einkünfte berücksichtigt werden, die mit Hilfe der gemeinwirtschaftlichen Leistung erwirtschaftet wurden.⁶⁸⁷

Der Ausgleich umfasst sämtliche vom Staat aus staatlichen Mitteln gewährten Vergünstigungen.⁶⁸⁸ Ob die Ausgleichsleistung erforderlich ist, hängt von der Bewertung

⁶⁸⁵ Eine solche übliche Rendite festzulegen ist schwierig. Die Kommission schlägt dabei vor, zur Bestimmung der Rendite zum Vergleich die Gewinnmargen von Unternehmen heranzuziehen, die ähnliche Tätigkeiten mit einem vergleichbaren Risiko ausführen, und weist in diesem Zusammenhang aber zu Recht darauf hin, dass das Risiko aufgrund der Zuschüsse bzw. ausschließlichen oder besonderen Rechte, in deren Genuss der Erbringer der gemeinwirtschaftlichen Leistung kommt, beschränkt ist.

⁶⁸⁶ Im Rahmen der internen Buchführung muss eine Aufschlüsselung der Fixkosten nach gemeinwirtschaftlichen und nichtgemeinwirtschaftlichen Leistungen erfolgen, wobei auf eine kohärente Anwendung derjenigen Rechnungslegungskriterien geachtet werden muss, die sich objektiv rechtfertigen lassen. Die Kosten der nicht-gemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten müssen eindeutig ermittelt und dürfen weder ganz noch teilweise den Kosten für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen zugerechnet werden. Wenn für die beiden Arten von Tätigkeiten dieselben Ressourcen wie z.B. Personal, Ausrüstung, ortsfeste Anlagen eingesetzt werden, müssen deren Kosten außerdem nach objektiv gerechtfertigten Kriterien aufgeschlüsselt werden.

⁶⁸⁷ Die Kommission weist in ihrem Non-Paper auch darauf hin, dass die Mitgliedstaaten anordnen können, dass die mit anderen Tätigkeiten erzielten Gewinne zur Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Leistung herangezogen werden. Umgekehrt können sie auch anordnen, dass diese Gewinne nicht zur Finanzierung der gemeinwirtschaftlichen Leistung eingesetzt werden dürfen, vgl. Non-Paper der Kommission vom 12. November 2002, Tz. 92.

⁶⁸⁸ Bei Sachleistungen, beispielsweise in Form der Überlassung von Grundstücken oder Gebäuden, wird davon ausgegangen, dass dadurch Kosten aufgefangen werden, die ansonsten auf andere Weise hätten finanziert werden müssen. Kommen diese Sachzuwendungen gleichzeitig auch

der wirtschaftlichen Gesamtsituation des betreffenden Unternehmens ab. Zu diesem Zweck müssen sämtliche Einkünfte miteinbezogen werden, die dem Unternehmen aufgrund der Erbringung der öffentlichen Dienstleistung zufließen, gleich, ob sie als staatliche Beihilfe oder als Ausgleich eingestuft werden oder nicht.⁶⁸⁹

(c) **Überkompensierung und Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag**

In diesem Zusammenhang ergibt sich auch das Problem der Überkompensierung durch Ausgleichszahlungen, wobei eine etwaige Überkompensierung eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ist.⁶⁹⁰ Da sie als zu hoher Ausgleich für die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung per definitionem eben nicht unerlässlich ist, kann sie auch nicht gemäß Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden. Der über das erforderliche Maß hinausgehende Betrag muss in der Regel an den Staat zurückgezahlt werden. Wenn jedoch die Überkompensierung nur geringfügig über das Normalmaß hinausgeht, ist eine Rückerstattung an den Staat nach Meinung der Kommission nicht unbedingt erforderlich; vielmehr kann der zu viel gezahlte Betrag im darauf folgenden Jahr von der geplanten Ausgleichszahlung abgezogen werden. Eine systematische Überkompensierung sollte allerdings vermieden werden; deshalb muss in regelmäßigen Abständen Bilanz gezogen und anschließend eventuell zuviel gezahlte Beträge zurückgefordert werden.⁶⁹¹

den kommerziellen, nichtgemeinwirtschaftlichen Tätigkeiten zugute, muss das Bruttosubventionsäquivalent dieser Vergünstigungen errechnet und bei der Kalkulation der Höhe des Ausgleichs mit berücksichtigt werden.

⁶⁸⁹ Nach Auffassung der Kommission ist es Sache der Mitgliedstaaten zu bestimmen, in welchem Rhythmus der Ausgleich gewährt wird. Die Behörden müssen jedoch eine Jahresabschlussprüfung vornehmen, um sicherzugehen, dass keine Überkompensation stattgefunden hat. Ist die Höhe der Kosten und damit auch die Höhe der Ausgleichsleistung nicht im voraus bekannt, müssen sich die Behörden am Ende eines jeden Jahres vergewissern, dass der gezahlte Ausgleich gemessen an den tatsächlich angefallenen Kosten nicht zu hoch bemessen wurde, Non-Paper der Kommission vom 12. November 2002, Tz. 95f.

⁶⁹⁰ Vgl. auch Erwägungsgrund 2 der RL 2000/52 der Kommission vom 26. Juli 2000 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen: „Bestimmte Wirtschaftssektoren, die sich in der Vergangenheit durch das Vorhandensein nationaler, regionaler oder örtlicher Monopole auszeichneten, wurden oder werden in Anwendung der Vertragsbestimmungen oder von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft erlassener Regeln teilweise oder vollständig dem Wettbewerb geöffnet. Dabei hat sich gezeigt, wie wichtig es ist, für eine angemessene und wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages in diesen Sektoren zu sorgen, damit insbesondere der Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag verhindert wird und nur solche staatlichen Beihilfen gewährt werden, die im Sinne von Art. 87 EG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, unbeschadet einer möglichen Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.“

⁶⁹¹ Die Kommission weist darauf hin, dass bei einigen gemeinwirtschaftlichen Leistungen die Kosten von Jahr zu Jahr erheblich variieren können. In diesem Fall kann es sein, dass die ordentliche Erbringung der Leistung nur bei einer mehrjährigen Überkompensierung größeren Ausmaßes möglich ist. Wie schon in dem zuvor geschilderten Fall sollte jedoch in regelmäßigen Abständen eine Endabrechnung erfolgen, auf die die Rückzahlung der über das erforderliche Maß hinausgehenden Beträge folgt, Non-Paper, Tz. 98.

Auch zur Finanzierung einer anderen von demselben Unternehmen erbrachten gemeinwirtschaftlichen Leistung kann eine etwaige Überkompensierung verwendet werden. Allerdings muss eine solche Mittelübertragung in den Büchern des betreffenden Unternehmens ausgewiesen werden.

Erfolgt die Überkompensierung zugunsten eines öffentlichen Unternehmens, darf der Staat in seiner Eigenschaft als Anteilseigner das Produkt der Überkompensierung als Kapital in das Unternehmen einbringen, wenn das Kriterium des privaten Investors erfüllt ist. Er muss dabei jedoch so verfahren, als handelte es sich um ein privatwirtschaftliches Unternehmen, d.h. er muss entweder das Gesellschaftskapital aufstocken oder den Betrag als Darlehen vergeben und dabei die einschlägigen nationalen Vorschriften - vor allem im Handels- und Steuerrecht - einhalten.⁶⁹² Hingegen darf der zuviel gezahlte Betrag dem mit der gemeinwirtschaftlichen Leistung betrauten Unternehmen nicht mit dem Argument überlassen werden, dass es sich um eine mit dem Vertrag vereinbarte staatliche Beihilfe⁶⁹³ handle.⁶⁹⁴

(d) Erfassung in den Unternehmenskonten

Von großer Bedeutung ist eine korrekte buchhalterische Erfassung der entsprechenden Belastungen in den Unternehmenskonten.⁶⁹⁵ Dazu ist ein anerkanntes System einzuführen, das sicherstellt, dass der subventionierte Teil des Sektors keinem ruinösen Wettbewerb auf dem vollständig liberalisierten Sektor oder auf einem Sektor, der keinen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegt, Vorschub leistet.⁶⁹⁶ Bei einem Unternehmen, das eine marktbeherrschende Stellung hat und sowohl Aktivitäten von allgemeinem Interesse als auch Aktivitäten, die dem Wettbewerb unterliegen, ausübt, ist es für die Überprüfung der Einhaltung der Wettbewerbsregeln notwendig, dass diese beiden Arten von Aktivitäten klar getrennt werden, so dass die dem Wettbewerb unterliegenden Aktivitäten nicht von den für die Wahrnehmung der Aufgaben von allgemeinem Interesse gedachten Bedingungen profitieren und damit den auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen schaden können. Außerdem hat die Kommission mit der Verabschiedung der Richtlinie 2000/52/EG⁶⁹⁷ über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen beabsichtigt, diese Zusammenhänge angesichts der Öffnung der Märkte zu klären.

⁶⁹² Der Kapitaltransfer muss in der Bilanz der begünstigten Unternehmen ausgewiesen werden und das Ergebnis einer formellen Entscheidung des Staates sein, aus der der Verwendungszweck der Kapitaleinlagen genau hervorgehen muss. 102.

⁶⁹³ Z.B. Umweltschutz-, Beschäftigungs-, Regionalbeihilfe.

⁶⁹⁴ Die Kommission stellt in dem Non-Paper klar, dass diese gemäß dem in Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag vorgesehenen Verfahren im voraus notifiziert werden müssen, sollen derartige Beihilfen gewährt werden. Die Auszahlung kann erst erfolgen, nachdem die Kommission eine Positiventscheidung erlassen hat.

⁶⁹⁵ Vermerk der Kommission vom 16. Januar 2004, S. 8ff.

⁶⁹⁶ Vermerk der Kommission vom 16. Januar 2004, S. 8.

⁶⁹⁷ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen.

Nach Art. 1 der Richtlinie 2000/52 gewährleisten die Mitgliedstaaten unter den in dieser Richtlinie vorgesehenen Bedingungen die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen, indem sie Folgendes offen legen: die unmittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand für öffentliche Unternehmen, die Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand über öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute sowie die tatsächliche Verwendung dieser öffentlichen Mittel.

Nach Abs. 2 gewährleisten die Mitgliedstaaten unbeschadet besonderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, dass die Finanz- und Organisationsstruktur der Unternehmen, die zur Erstellung einer getrennten Buchführung verpflichtet sind, sich in den getrennten Büchern genau widerspiegelt, so dass eine nach den verschiedenen Geschäftsbereichen getrennte Aufstellung der Kosten und Erlöse, sowie eine genaue Angabe der Methode, nach der die Kosten und Erlöse den verschiedenen Geschäftsbereichen zugeordnet und zugewiesen werden, klar ersichtlich wird.⁶⁹⁸

(3) Möglichkeit der Ausnahme von den zentralen Vorschriften der Richtlinie

Weitgehender als Art. 3 Abs. 2 ist Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie, da dieser Ausnahmen von den zentralen Bestimmungen der Richtlinie zulässt.⁶⁹⁹ Diese Möglichkeit soll im Folgenden ausführlich behandelt werden.

d) Nichtanwendung der Art. 6, 7, 20 und 22, in Art. 3 Abs. 8 Strom-Richtlinie

Von ganz besonderer Bedeutung im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sind die Ausnahmemöglichkeiten in Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie.⁷⁰⁰ Nach dieser Norm können die Mitgliedstaaten beschließen, die Art. 6, 7, 20 und 22 nicht anzuwenden, soweit ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft. In Art. 3 Abs. 8 Satz 2 soll das Gemeinschaftsinteresse dahingehend präzisiert werden, dass insbesondere der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und Art. 86 des EG-Vertrags im Gemeinschaftsinteresse liegt.

Diese Norm war im Wesentlichen⁷⁰¹ schon in der alten Strom-Richtlinie enthalten. Die Vorschrift war auf Betreiben des Europäischen Parlamentes eingefügt worden, welches eine Stärkung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung im Verhältnis

⁶⁹⁸ Art. 2 Abs. 3 dieser Richtlinie legt den Begriff der verschiedenen Geschäftstätigkeiten fest, wie „auf der einen Seite alle Produkte oder Dienstleistungen, für die ein Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte erhalten hat, oder alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen ein Unternehmen betraut worden ist, sowie auf der anderen Seite jedes andere getrennte Produkt oder jede andere Dienstleistung des Unternehmens“.

⁶⁹⁹ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.) § 2, Tz. 45; Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie, unten D.III.1.e).

⁷⁰⁰ Vgl. ausführlicher zu den Besonderheiten des Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie, D.III.1.e).

⁷⁰¹ Zu den Vorschriften, auf die hier verwiesen wird, gehörte in der alten Richtlinie noch zusätzlich der damalige Art. 18, welcher das so genannte Alleinabnehmersystem enthielt. Dieses wurde aber in der neuen Richtlinie abgeschafft.

zum Wettbewerbsrecht als dringend erforderlich angesehen hat und in diesem Zusammenhang ausdrücklich betonte, dass Strom eben nicht eine „beliebige Ware“, sondern ein „lebensnotwendiges Gut“ ist. Tatsächlich gingen die Vorstellungen des Europäischen Parlamentes diesbezüglich sogar noch deutlich weiter, da dieses schon damals einen „gemeinsamen Mindestgrundstock“ an gemeinwirtschaftlichen Auflagen für jeden Mitgliedstaat verbindlich forderte.⁷⁰²

Die Vorschriften, von denen hier Ausnahmen zugelassen werden, gehören zu den zentralen Vorschriften⁷⁰³ dieser Richtlinie, welche die Einführung des Wettbewerbs im Strommarkt ermöglichen sollen. Insofern ist diese Ausnahmemöglichkeit eine sehr weitgehende. Durch diesen extensiven Service-public-Vorbehalt büßen die Liberalisierungsvorgaben der Richtlinien erheblich an Verbindlichkeit ein.⁷⁰⁴ Damit ist Art. 3 Abs. 8 auch gegenüber Abs. 2 die einschneidendere Norm.⁷⁰⁵ Der Wortlaut ist deutlich⁷⁰⁶ an der Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag angelehnt. Während die Formulierung des Vertrags allerdings darauf abzielt, dass die Wettbewerbsregeln grundsätzlich auch für Unternehmen gelten, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, heißt es in Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie, dass die Nichtanwendung der zentralen Normen möglich ist, soweit nicht das Gemeinschaftsrecht verletzt wird.⁷⁰⁷ Zwar stellt insofern Art. 3 Abs. 8 noch immer eine Ausnahmenvorschrift wie bei Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag dar, allerdings steht die Formulierung des Art. 3 Abs. 8 der Möglichkeit von Ausnahmen offener gegenüber.⁷⁰⁸ Die entsprechende Regelung im Gasbereich ist strukturell ebenfalls ähnlich, allerdings weist sie insofern eine Besonderheit auf, als dass Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie lediglich hinsichtlich der Verteilerunternehmen gilt.⁷⁰⁹

Es ist die Entscheidung der Mitgliedstaaten, diese Ausnahmemöglichkeit anzuwenden.⁷¹⁰ Im Vergleich zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag stellt Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie eine umgekehrte Formulierung dar.⁷¹¹ Sollte sich ein Mitgliedstaat ent-

⁷⁰² *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 246.

⁷⁰³ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 149; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 334; *Lagondet*, in: Europe 1997, S. 7, der von den „éléments primordiaux de la directive“ spricht.

⁷⁰⁴ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 327.

⁷⁰⁵ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 150.

⁷⁰⁶ *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574.

⁷⁰⁷ *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 122.

⁷⁰⁸ Vgl. auch *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 122, der hierin sogar die erste positive Referenz der Gemeinwohlverpflichtungen in einer Norm des Gemeinschaftsrechts sehen will.

⁷⁰⁹ Siehe unten D.III.1.e).

⁷¹⁰ Kommission, Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 4.); *Lagondet*, in: Europe 1997, S. 7, sieht hierin eine bedeutsame „récupération de compétence au profit des États“.

⁷¹¹ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 337; *Lagondet*, in: Europe 1997, S. 7, der eine umgekehrte Logik der Ausnahmemöglichkeit in der Richtlinie sieht: „La formulation retenue par la directive ne demande plus en premier lieu l'application des règles générales pour, en second, admettre une possibilité d'exemption encadrée, mais pose dès le dé-

scheiden, eine solche Freistellung einzuführen, ist die allgemeine Kommunikationspflicht nach Art. 3 Abs. 9 anzuwenden.⁷¹² Insgesamt ist eine restriktive Handhabung angebracht, um die wettbewerblichen Vorgaben der Richtlinien nicht zu leicht auszuhöheln.⁷¹³

(1) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 Abs. 8

Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie sind geprägt durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag,⁷¹⁴ jedoch weisen sie einige Abweichungen bzw. Besonderheiten auf.

(a) Welche gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen?

Dem Unternehmen muss eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung übertragen worden sein. Dieser Begriff steht an Stelle der besonderen Aufgaben in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie sieht die Möglichkeit von Ausnahmetatbeständen vor, ohne jedoch selbst mögliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuzählen. Daher ist zu fragen, ob es sich bei den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Abs. 2 und 8 um die gleichen handelt oder nicht. Dabei könnten sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 8 der neuen Strom-Richtlinie nur an den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, wie sie in Art. 3 Abs. 2 aufgezählt sind, orientieren⁷¹⁵, könnten aber auch völlig deckungsgleich⁷¹⁶ sein.

Zunächst fällt auf, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Abs. 8 „übertragen“ werden, während die Mitgliedstaaten nach Abs. 2 den Elektrizitätsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen „auferlegen“⁷¹⁷ können. Dies würde zunächst gegen eine Deckungsgleichheit sprechen. Allerdings zeigt ein Blick in die französische und englische Textfassung, dass dort jeweils in beiden Fällen der Übertragungsvorgang mit „imposer“ bzw. „impose“ bezeichnet wird. Für eine komplette Deckungsgleichheit spricht darüber hinaus der systematische Zusammenhang zwischen Abs. 2 und 8.⁷¹⁸ Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

part le principe de la sauvegarde du service public“.

⁷¹² Mehr dazu siehe unten D.II.1.j).

⁷¹³ Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 67.

⁷¹⁴ Jarass, Europäisches Energierecht, S. 35.

⁷¹⁵ So die offenere Formulierung bei Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 122.

⁷¹⁶ Britz, in: RdE 1998, S. 92; Baur, in: RdE 1999, S. 88; Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 154, der an anderer Stelle jedoch auch wieder von Orientierung spricht, vgl. Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 151, Fn. 488.

⁷¹⁷ Zusammen mit der „Betrachtung“ in Art. 86 Abs. 2 der EG-Vertrages sind es also schon drei verschiedene Formulierungen.

⁷¹⁸ Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 154 – für die damaligen Absätze Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 der alten Strom-Richtlinie. Nach Auffassung von Ostendorf folgt dies aus dem damaligen Art. 17 Abs. 1 – jetzt Art. 21 Abs. 2 – der Gas-Richtlinie, der auf die in Art. 3 Abs. 2 auferlegten Pflichten ausdrücklich Bezug nimmt.

können sich also im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz beziehen können. Diese Liste ist, wie oben gesehen, abschließend.⁷¹⁹ Die gemeinwirtschaftlichen Pflichten müssen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 klar definiert, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein.⁷²⁰

(b) Qualität des „Übertragungsaktes“

Der Mitgliedstaat muss beschließen, eine der vier in Art. 3 Abs. 8 genannten Normen nicht anzuwenden. Darin unterscheidet sich Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Während letztere eine Legalausnahme von den wettbewerblichen Anforderungen darstellt, tritt die Freistellung nach Art. 3 Abs. 8 nicht automatisch bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale ein. Stattdessen sind die Mitgliedstaaten selbst befugt, die Nichtanwendung von Liberalisierungsvorgaben der Richtlinie zu beschließen. Damit ist ein mitgliedstaatlicher Hoheitsakt konstitutiv für die Nichtgeltung des Gemeinschaftsrechts.⁷²¹ Diese mitgliedstaatliche Entscheidung ist zwar weiterhin gerichtlich überprüfbar; bis dahin wäre allerdings die Anwendung der entsprechenden Richtlinienvorschriften ausgesetzt. Insofern läge hierin eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.⁷²² Damit kommt den Mitgliedstaaten auch ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum⁷²³ zu. Insgesamt sieht Schweitzer⁷²⁴ hierin eine Vollendung des Umwandlungsprozesses von einer einst restriktiv verstandenen Norm zu einer von der Rechtsprechung immer weiter verstandenen Ausnahmemöglichkeit.

Unklarheiten in Bezug auf die Qualität dieser hoheitlichen Entscheidung resultieren aus der Tatsache, dass die Richtlinie hier zusätzlich zum „Auferlegen“ in Art. 3 Abs. 2 einen Begriff benutzt, der eben nicht der Wortwahl des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag trotz aller Ähnlichkeit entspricht. Die Frage lautet, ob die „auferlegten“ bzw. „übertragenen“ Aufgaben weniger hohe Anforderungen als die Betrauung in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag stellen. So argumentiert Britz⁷²⁵ zunächst, dass Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie leichter zu erfüllen ist und damit Unternehmen nach dieser Vorschrift leichter von den Wettbewerbsvorschriften der Richtlinie freizustellen sind als nach Art. 86 Abs. 2 EG, da es keiner Betrauung bedarf. Der Begriff der Betrauung in Art.

Dieses Argument ist aber nicht sehr überzeugend, da der Umkehrschluss auch möglich ist: weil gerade der Art. 3 Abs. 8 im Gegensatz zum damaligen Art. 17 keinen ausdrücklichen und damit abschließenden Bezug auf Abs. 2 nimmt, läge eine entsprechende Deckungsgleichheit nicht vor.

⁷¹⁹ Vgl. oben unter D.II.1.b)(3)(d).

⁷²⁰ Vgl. oben unter D.II.1.b)(4).

⁷²¹ Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 335.

⁷²² Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 335.

⁷²³ Baur, in: RdE 1999, S. 88; Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 335; Baur geht von einem „erheblichen Beurteilungsspielraum aus“; aA Britz, in: RdE 1998, S. 91 mit Verweis auf die unmittelbare Wirkung des damaligen Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag.

⁷²⁴ Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 335.

⁷²⁵ Britz, in: RdE 1998, S. 92; ebenso Seeger, Durchleitung elektrischer Energie, S. 136.

86 Abs. 2 EG-Vertrag stelle schließlich hohe Anforderungen. Ein Elektrizitätsunternehmen könne demnach nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie eher von den Marktverpflichtungen freigestellt werden als nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Wenn nun in der Richtlinie der Begriff „übertragen“ verwendet wird, müsse dies dahingehend verstanden werden, dass der Gesetzgeber sich von dem vom EuGH mit besonderer Bedeutung aufgefüllter Begriff bewusst distanzieren wollte, sonst hätte er auf den schon bekannten Begriff zurückgreifen können. Insgesamt wird nicht klar, warum denn eine solche inhaltliche Bedeutungsabweichung intendiert gewesen sein soll. Tatsächlich entsprechen die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie aufgeführten Anforderungen „klar definiert, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar“ an die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen den inhaltlichen Anforderungen an eine Betrauung.⁷²⁶

Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Bedeutung. Ganz im Gegenteil: Während sich in der alten Richtlinie noch mehrere Erwägungsgründe mit dem damaligen Art. 90 Abs. 2 befassen, belässt es die neue Richtlinie bei den beiden allgemeinen Verweisen auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag in Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 8 Satz 2. Gemäß Erwägungsgrund 17 der alten Richtlinie unterwirft der damalige Art. 90 Abs. 2 des Vertrags Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, diesen Vorschriften, wenn besondere Bedingungen erfüllt sind. Diese Formulierung legt einen Gleichschritt zwischen Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrages und Art. 3 der Richtlinie nahe. In dieselbe Richtung geht Erwägungsgrund 19 der alten Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten, wenn sie den Unternehmen des Elektrizitätssektors gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen, die einschlägigen Vertragsbestimmungen in der Auslegung durch den Gerichtshof einhalten müssen. Auch hier korrespondiert das Auferlegen im Rahmen der Richtlinie mit den Vorschriften des Vertrages, also dem Betrauen. Wäre mit der Wortwahl der Richtlinie tatsächlich eine andere Bedeutung intendiert gewesen, hätte die Neufassung nach dem Meinungsstreit, der von Britz schon 1997 angeregt wurde, Gelegenheit gegeben, auf diese Diskrepanz deutlicher einzugehen. Dies ist eben nicht geschehen.

Systematisch gibt es ebenfalls keinen Grund, von einem Unterschied zwischen dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie auszugehen. Schließlich wird auch sonst in dem Art. 3 der Richtlinie der Begriff „betrauen“ nicht verwendet, was durchaus eine eigenständige Bedeutung impliziert hätte. Tatsächlich werden in der Richtlinie selbst unterschiedliche Begriffe verwendet. So heißt es in Art. 3 Abs. 2 „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen“. In Art. 3 Abs. 8 sind es dann die „übertragenen“ gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen. Obwohl es sich hier um die gleichen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben handelt, werden die einen auferlegt, die anderen sind übertragen. Statt also hier auch wieder von unterschiedlichen Bedeutungen aufgrund anderer Begrifflichkeiten auszugehen, liegt es näher, von einem wie auch immer gearteten Übertragungsakt auszugehen.

⁷²⁶ Vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 335.

So wird argumentiert, der Begriff „Auferlegen“ sei nur ein Synonym⁷²⁷ für Betrauung. Tatsächlich gebe es keinen Unterschied zwischen den beiden Begriffen.⁷²⁸ Einen tatsächlichen Unterschied zwischen diesen beiden Übertragungsbegriffen zu sehen, wäre eine „Überbewertung der Wortwahl“.⁷²⁹ Letzteres Argument ist vermutlich ebenso zutreffend wie bemerkenswert: „Überbewertung der Wortwahl“ – das dürfte eigentlich keine Vorwurf für ein Regelwerk sein, dessen Formulierung gerade nicht in Hast vorgenommen wurde, sondern immerhin über fünf Jahre in Anspruch genommen hat. Faktisch liegt hier wohl eine von vielen terminologischen und inhaltlichen Unschlüssigkeiten vor.⁷³⁰ Schließlich, so räumt auch Britz⁷³¹ ein, sehe es so aus, als ob die Verfasser der Richtlinie selbst keine Diskrepanz gesehen haben.

(c) De jure oder de facto Erfüllungsverhinderung

Die Freistellungsmöglichkeit des Art. 3 Abs. 8 setzt weiter voraus, dass die Anwendung der vier Normen die Erfüllung der übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindert. Umgekehrt geht es um die Frage, welche Ausnahmen erforderlich sind, um die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sicherzustellen.⁷³²

Umstritten ist, welche Anforderungen an die de jure oder de facto Verhinderung zu stellen sind. Diese Voraussetzung entspricht zunächst dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Insgesamt ist es vom Wortlaut her möglich, dass sich der Begriff „Verhinderung“ auf eine ganze Bandbreite beziehen kann - von einer absoluten Wirkung hin zu einer relativen oder relativierten Wirkung im Sinne einer wirtschaftlichen Gefährdung, derart, dass eine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit einfach nicht lukrativ genug ist. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob man die Interpretation des EuGH zu diesem Tatbestandsmerkmal auch für Art. 3 Abs. 8 übernehmen kann. Insofern sollen entsprechende wirtschaftliche Zwänge berücksichtigt werden, die zunächst im Gemeinschaftsrecht etwas vernachlässigt wurden.⁷³³

Diese Frage ist zu trennen von der Frage, ob bei der Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag selbst Sekundärrecht bei der Beurteilung der einzelnen Tatbestandsmerkmale eine Rolle spielen muss.⁷³⁴

⁷²⁷ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 252; Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 100; Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 124; Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 68; so wohl auch Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336; Schneider/Theobald, § 2 Tz. 45; Jarass, Europäisches Energierecht, S. 35 geht von einer ähnlichen Bedeutung aus und bietet darüber hinaus auch keine sonstigen Unterschiede an.

⁷²⁸ Schneider, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 2 Fn. 5; Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 100; Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 124.

⁷²⁹ Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 100.

⁷³⁰ Vgl. unten D.VI.4.

⁷³¹ Britz, in: RdE 1998, S. 91.

⁷³² Vgl. Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 97.

⁷³³ Vgl. Ehrlicke, in: EuZW 1998, S. 745.

⁷³⁴ Vgl. dazu mehr unten, D.II.1.e)(3).

Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 8 spricht zunächst ganz klar dafür, die Auslegung und Anwendung des EuGH zum Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zugrunde zu legen. Dabei ist unerheblich, dass der Vertrag selbst von „rechtlicher“ und „tatsächlicher“ Verhinderung spricht. Dass dieser sprachliche Unterschied bedeutungslos ist, lässt sich leicht anhand der englischen und französischen Fassung sehen, die jeweils lediglich von einer „in law or in fact“ bzw. „en droit ou en fait“ Verhinderung ausgehen und somit im Primär- und Sekundärrecht gleichlauten. Schließlich wurde der gleich lautende damalige Art. 3 Abs. 3 nach dem in Bezug auf die Aufgabenerfüllung richtungsweisenden Urteils in der Sache *Corbeau*⁷³⁵ verabschiedet.⁷³⁶ Damals fragte der EuGH danach, ob es dem Unternehmen möglich ist, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.⁷³⁷ In Erwägungsgrund 19 heißt es dann auch ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie den Unternehmen des Elektrizitätssektors gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen, die einschlägigen Vertragsbestimmungen in der Auslegung durch den Gerichtshof einhalten müssen. Dass dieser Erwägungsgrund in den Beschleunigungsrichtlinien nicht übernommen wurde, ist dabei nicht von großer Bedeutung. Daraus kann man deshalb keinen Umkehrschluss ziehen, weil es sich nicht um eine Norm handelt, die weggelassen wird, sondern nur um ein Art Erklärung der folgenden Normen, die insofern nicht wiederholt werden muss, wenn dieser Aspekt, nämlich die Beachtung des Primärrechts in der Auslegung durch den Gerichtshof, schon ausreichend geklärt ist. Grundsätzlich muss man also diese Anwendungshürde aufgrund des gleichen Wortlauts ähnlich verstehen wie bei Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, so dass auf die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH grundsätzlich zurückgegriffen werden kann.⁷³⁸

Allerdings herrscht bei Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag aufgrund erheblicher Akzentverschiebungen in der Rechtsprechung des EuGH auch keine Klarheit. Grundsätzlich ist die Auslegung durch den EuGH unbestritten weniger restriktiv geworden.⁷³⁹ Eine Gefährdung der Erfüllung der dem Unternehmen obliegenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen genügt also. Das Erfordernis einer Existenzgefährdung ist insofern

⁷³⁵ EuGH, Rs. C-320/91 - *Corbeau* Slg. 1993 I-2533.

⁷³⁶ Auch das Urteil des EuGH in der Rs. C-393/92 – *Almelo*, Slg. 1994, I-1477 war schon erlassen. Die Energiemonopolentscheidungen des EuGH fielen kurz nach der Verabschiedung der ersten Strom-Richtlinie. Dass auch diese Auslegung durch den EuGH durch den Richtliniengeber akzeptiert wurde, zeigt sich daran, dass die Artikel und Erwägungsgründe mit Bezug auf den damaligen Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag wortgleich in die Gas-Richtlinie aufgenommen wurden, die nach dem Energiemonopolurteil verabschiedet wurde.

⁷³⁷ EuGH, Rs. C-320/91 - *Corbeau* Slg. 1993 I-2533, Tz. 16.

⁷³⁸ So allgemein *Baur*, in: RdE 1999, S. 89; *Britz*, in: RdE 1998, S. 92; *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 136; Art. 3 Abs. 3 der alten Strom-Richtlinie war bisher erst einmal Gegenstand eines Verfahrens vor dem EuGH – EuGH, Rs. C-17/03 - *VEMW*. In diesem Verfahren löste der Gerichtshof jedoch im Gegensatz zur Generalanwältin *Stix-Hackl* ohne jeden Bezug auf den damaligen Art. 3 Abs. 2 und 3 lediglich anhand der Übergangsregeln in Art. 24 der alten Strom-Richtlinie.

⁷³⁹ *Knauff*, in: VR 2004, S. 301; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 21; *Pielow*, Die Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 102.

nicht angemessen. Es kommt also auf die „wirtschaftlich tragbaren“ Bedingungen⁷⁴⁰ an. Eine Erschwerung der Aufgabenerfüllung reicht somit aus.⁷⁴¹ Schließlich führt gerade die im Strombereich vielbeschworene Gefahr des „Rosinenpickens“ oder „creaming-off“⁷⁴² zu einer Verhinderung der Aufgabenerfüllung.⁷⁴³

Insgesamt können die Mitgliedstaaten die Art. 6, 7, 20 und 22 nach Art. 3 Abs. 8 völlig unangewendet lassen. Dabei legt der Begriff „soweit“ nahe, dass auch eine teilweise Nichtanwendung dieser Bestimmungen möglich ist.⁷⁴⁴ In der alten Richtlinie hieß es tatsächlich anstelle von „soweit“ noch „sowie“. Die englische Fassung entspricht dabei dem Wortlaut der neuen deutschen Richtlinie. Danach können die Mitgliedstaaten entscheiden, die Normen nicht anzuwenden „insofar as their application would obstruct the performance“. In der französischen Version allerdings heißt es ganz schlicht „si leur application risque d`entraver...“⁷⁴⁵. Dass die englische Fassung und die neue deutsche Fassung aber dem Sinn und Zweck des Art. 3 und der gesamten Richtlinie eher entsprechen, zeigen folgenden Überlegungen: Zum einen legt der Art. 6 Abs. 2 lit i eine Abstufungsmöglichkeit nahe. Danach haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, im Rahmen des Art. 6 etwaige Kriterien dergestalt schon so festzulegen, dass über die Kriterienauswahl selbst die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen berücksichtigt werden. Wenn schon eine Ausnahme von dem ganzen Art. 6 möglich sein soll, dann im Sinne eines a maiore ad minus Schlusses auch nur von Teilen dieser Regelung.

Zum anderen entspricht es dem Ziel der Richtlinie, Wettbewerb zu schaffen, eher, wenn die Ausnahmen so eng wie möglich aufgefasst werden, so dass auch Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 8 nur soweit eben nötig möglich sind.

(d) Keine übermäßige Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs - Interesse der Gemeinschaft

Die Nichtanwendung der Art. 6, 7, 20 und 22 darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft. Dies bedeutet zunächst, dass eine Beeinträchtigung des Handelsverkehrs tatsächlich zulässig ist; die Zulässigkeit der konkreten Beeinträchtigung ist eine Frage des Ausmaßes. Auch an dieser Stelle stellt sich wie iRd Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag⁷⁴⁶ die Frage, ob der Handelsverkehr insgesamt oder nur die Energiemärkte gemeint sind: Auch hier gilt aber, dass das Argument, dass eine Schranke für eine Ausnahmeregelung von Verboten nicht schon dann greifen kann, wenn nur die Voraussetzungen des Verbots erfüllt sind, mangels Deckungsgleichheit auf das Verhält-

⁷⁴⁰ EuGH, Rs. C-320/91 - Corbeau Slg. 1993 I-2533, Tz. 16; aA wohl *Mombaur*, in: DÖV 1997, S. 575.

⁷⁴¹ *Seeger*, Durchleitung elektrischer Energie, S. 137.

⁷⁴² *Edward/Hoskins*, in: CMLR 32 (1995), S. 178.

⁷⁴³ *Seeger*, Durchleitung elektrischer Energie, S. 137 mwNw.

⁷⁴⁴ Vgl. auch *Däuper*, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, S. 202.

⁷⁴⁵ Auch hier hatte es in der alten Version „dans la mesure où l`application de ces dispositions entraverait l`accomplissement...“ geheißen.

⁷⁴⁶ Vgl. oben, C.I.3.d).

nis zwischen Art. 86 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EG-Vertrag nicht überzeugend ist.⁷⁴⁷ Denn Art. 86 Abs. 2 Satz 2 erfordert zusätzlich eine Bewertung anhand des Gemeinschaftsinteresses. Wenn schon im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag lediglich von bestimmte Produkten, bzw. Märkten ausgegangen werden kann⁷⁴⁸, dann gilt das erst recht im Rahmen der Energiebinnenmarktrichtlinien.⁷⁴⁹ Zusätzlich ist daran zu erinnern⁷⁵⁰, dass es im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag vom Wortlaut her nicht um die Beeinträchtigung des Handelsverkehrs geht,⁷⁵¹ sondern um die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs. Damit setzt die Prüfung in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag voraus, dass ein angestrebter Level der Handelsentwicklungen für einen bestimmten Markt bestimmt werden kann, der im Interesse der Gemeinschaft liegt.⁷⁵²

Insgesamt kann bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses auf die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH zum Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag grundsätzlich zurückgegriffen werden.⁷⁵³ Wichtig ist jedoch die in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie intendierte Präzisierung des Interesses der Gemeinschaft: dieses liegt gemäß Art. 3 Abs. 8 Satz 2 insbesondere im Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und Art. 86 des Vertrags.

Mit dem Wortlaut der neuen Richtlinie wurde die Definition des Interesses der Gemeinschaft im Hinblick auf den Wettbewerb im Vergleich zur alten Richtlinie nicht verändert. Der einzige Unterschied liegt zunächst darin, dass dieses Interesse auf die zugelassenen Kunden eingegrenzt wird, wobei ab 2007 alle Verbraucher zugelassen werden. Dabei ist der Wettbewerb um zugelassene Kunden noch enger als der Wettbewerb als solcher, da zugelassene Kunden nach der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 12 lediglich die Kunden sind, denen es gemäß Art. 21 freisteht, Elektrizität von einem Lieferanten ihrer Wahl zu kaufen, wobei einige Länder – so auch Deutschland – die Marktöffnung vorgezogen haben. Nach Art. 21 Abs. 1 lit c) sind ab dem 1. Juli 2007 alle Kunden zugelassen.

Damit kann Art. 3 Abs. 8 Satz 2 keine Bedeutung für den nichtliberalisierten Teil der Strommärkte haben: Satz 2 greift also nur dann ein, wenn die in der Richtlinie festgelegten Marktöffnungsquoten unterschritten würden.⁷⁵⁴ Insofern ergibt sich folgende Besonderheit, dass nämlich die Mitgliedstaaten, die nach dem zeitlichen Rahmen des Art. 21 selbst den Kreis der zugelassenen Kunden festlegen können, auch teilweise den Umfang des Gemeinschaftsinteresses festlegen können, welches ja gerade ein Gegenstück zu den mitgliedstaatlichen Interessen darstellen soll.⁷⁵⁵

⁷⁴⁷ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁷⁴⁸ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁷⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang jeweils den Art. 1 der Strom- und Gas-Richtlinien.

⁷⁵⁰ Vgl. schon oben unter C.I.3.d).

⁷⁵¹ So jedoch in Art. 81 Abs. 1, Art. 82 und Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag.

⁷⁵² Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁷⁵³ Baur, in: RdE 1999, S. 89; Britz, in: RdE 1998, S. 92; Seeger, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 136; Lecheler/Gundel, in: RdE 1998, S. 100.

⁷⁵⁴ Schweitzer, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 337.

⁷⁵⁵ Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 157.

Hierbei ist aber insbesondere fraglich, inwieweit dieser Zusatz, der sich in dem ansonsten sehr ähnlich lautenden Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht findet, das Gemeinschaftsinteresse als Grenze einer Ausnahme von der Richtlinie zu konkretisieren vermag.⁷⁵⁶ Der Wortlaut „insbesondere“ zeigt zunächst schon, dass es prioritär auf den Wettbewerb um zugelassene Kunden ankommen soll, aber nicht exklusiv, so dass vom Wortlaut her das Gemeinschaftsinteresse nicht abschließend geregelt wird.⁷⁵⁷

Satz 2 bewirke nach verbreiteter Auffassung eine weitere Betonung des Wettbewerbsgedanken.⁷⁵⁸ Der Zusatz sei quasi als Zweifelsregelung zu verstehen und stelle eine Grenze für die Freistellungsmöglichkeit des Art. 3 Abs. 8 dar.⁷⁵⁹ Deshalb wird u.a. eine Verschärfung⁷⁶⁰ der Anforderungen hinsichtlich der „Beeinträchtigung des Handelsverkehrs“ in den Richtlinien gesehen, da der Richtliniengeber in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie die Interessen der Gemeinschaft definiert habe.

So wird davon ausgegangen, dass das Gemeinschaftsinteresse zunächst im Schutz des Wettbewerbs als beachtliches Gegengewicht zu gemeinwirtschaftlichen Ausnahmen von der Richtlinie bestehe und insofern eine Anlehnung an das traditionelle primärrechtliche Verständnis des Gemeinschaftsinteresses in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag darstelle.⁷⁶¹ Während das primärrechtliche Verständnis des Gemeinschaftsinteresses in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch den Art. 16 EG-Vertrag gewisse Modifikationen⁷⁶² erfahren habe, sei das in den Energierichtlinien artikulierte Gemeinschaftsinteresse von solchen Einflüssen frei.⁷⁶³

⁷⁵⁶ Vgl. *Rinne*, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 172; auch *Rottmann*, *Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik* (im Erscheinen). vermag nur eine „ansatzweise“ Konkretisierung zu erkennen und stellt den tautologischen Charakter dieses Zusatzes fest; zu der Frage, inwieweit auch das Gemeinschaftsinteresse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch die Richtlinien konkretisiert werden kann, siehe unten D.II.1.e)(3)(b).

⁷⁵⁷ Vgl. auch *Schweitzer*, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 337.

⁷⁵⁸ So ohne ausführliche Begründung *Herrmann*, *Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze*, S. 256f; *Litpher*, in: *RdE* 1998, S. 73; so wohl auch *Mombaur*, in: *DÖV* 1997, S. 575; Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.3.).

⁷⁵⁹ Diese Präzisierung hätte allerdings auch nur Auswirkungen auf das Segment der zugelassenen Kunden, da sich das sekundärrechtliche Interesse von vorneherein nur auf den Wettbewerbsbereich beschränkt, der bislang aufgrund der verbindlichen Vorgaben für den Markt geöffnet worden ist, vgl. auch *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 157.

⁷⁶⁰ *Seeger*, *Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht*, S. 137.

⁷⁶¹ *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 156.

⁷⁶² Vgl. ausführlicher zur rechtlichen Bedeutung von Art. 16 EG-Vertrag oben unter C.II.4.

⁷⁶³ *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 156f, der diese Auffassung allerdings ausdrücklich auf die Rechtslage der alten Strom-Richtlinie stützt, in der noch keine Universaldienstverpflichtung vorgesehen war und deshalb sämtliche gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausschließlich im Ermessen der einzelnen Mitgliedstaaten standen.

Dieses Argument, dass Art. 16 EG-Vertrag das Gemeinschaftsinteresse im Energiebereich nicht betreffe, ist aber nicht überzeugend. Nach diesem Artikel tragen die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse „im Anwendungsbereich dieses Vertrags“ dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können. Dies bedeutet auch, dass Sekundärrecht, welches ja auch im Anwendungsbereich des EG-Vertrages erlassen wird, unter Berücksichtigung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gestaltet werden muss.

Demgegenüber wird der Zusatz in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 teilweise als tautologisch bewertet.⁷⁶⁴ In Art. 3 Abs. 8 Satz 2 sei allenfalls eine politische Absichtserklärung ohne eigenen Regelungsgehalt zu sehen.⁷⁶⁵ Tatsächlich würde man sich quasi im Kreis drehen, wenn man den Wettbewerb um zugelassene Kunden als Maßstab für eine Ausnahme vom Wettbewerb um zugelassene Kunden verstünde.⁷⁶⁶ Art. 3 Abs. 8 Satz 2 kann ja nicht die Funktion haben, noch einmal dem Wettbewerbsgedanken Geltung im Rahmen eines nochmaligen Konfliktes der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe mit dem Wettbewerbsprinzip zu verschaffen. Es wurde schließlich schon im Rahmen der Aufgabenverhinderung geprüft, ob eine Ausnahme von der Richtlinie nicht zu unbegründeten Wettbewerbsbeschränkungen missbraucht wird, so dass eine Zweifelsregelung, die den Wettbewerb um die zugelassenen Kunden zum Thema hat, zu keinem anderen Resultat führen würde. Eine solche „Rückkoppelung“ könne demnach keine klareren Ergebnissen zu Tage fördern.⁷⁶⁷

Auch Tettinger⁷⁶⁸ sieht eine klare Abschwächung des 2. Satzes darin, dass dieser nicht nur in Übereinstimmung mit der Richtlinie, sondern auch in Übereinstimmung mit Art. 86 EG-Vertrag gelten soll. Insgesamt verringert seiner Meinung nach Satz 2 „den Abstraktionsgrad des Art. 86 nicht entscheidend“. Auch Schweitzer meldet Zweifel an, ob die Konkretisierung durch den Zusatz in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 gelungen ist.⁷⁶⁹

Wenn Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie zum einen als niederes Recht den Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht bricht und zum anderen noch nicht mal in der Lage ist, dessen Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren, wäre allerdings die Schlussfolgerung unvermeidlich, dass Art. 3 Abs. 8 Satz 2 überflüssig ist. Diese Schlussfolgerung wird auch ausdrücklich von Britz⁷⁷⁰ und Rinne⁷⁷¹ gezogen. Demnach wäre dann tatsächlich

⁷⁶⁴ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 173; Tettinger, *CEDEC-Rechtsgutachten*, S. 21f; vgl. auch die Zweifel bei So Schweitzer, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 342 und Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 157.

⁷⁶⁵ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 173.

⁷⁶⁶ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 173.

⁷⁶⁷ Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 157, der das Gemeinschaftsinteresse offensichtlich nicht auf Art. 3 Abs. 8 Satz 2 begrenzt verstanden wissen möchte, wenn er vorschlägt, eine wirkungsvollere Präzisierung des Gemeinschaftsinteresses aus Art. 11 Abs. 4 der Strom-Richtlinie herauszukristallisieren.

⁷⁶⁸ Tettinger, *CEDEC-Rechtsgutachten*, S. 21f.

⁷⁶⁹ So Schweitzer, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 342.

⁷⁷⁰ Britz, in: *RdE* 1998, S. 92.

der Versuch, über Art. 3 Abs. 8 der Auslegung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vorzugreifen, gescheitert.⁷⁷²

Aber auch eine wenig überzeugende Zweifelsregelung wie der Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Richtlinie, sei sie nun politisch oder nicht, darf nicht ohne weiteres ignoriert werden. Schon allein der Respekt vor dem Gemeinschaftsgesetzgeber gebietet, dass der Zusatz – im Zweifel für den Wettbewerb um zugelassene Kunden – beachtet wird. Angesichts der Formulierung, dass es um den Wettbewerb in Übereinstimmung mit der Richtlinie und Art. 86 des EG-Vertrages gehen soll, bietet sich an, den Wettbewerb um zugelassene Kunden auch dementsprechend zu modifizieren. Anhaltspunkte bietet zum einen Art. 3 Abs. 1 der Strom-Richtlinie, wonach Unternehmen nicht nur im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten, sondern auch sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Elektrizitätsmarkts betrieben werden sollen. Zum anderen gilt folgendes: Aus dem Prinzipiencharakter des Art. 16 EG-Vertrag folgt, dass die Gemeinschaftsorgane diese Norm bei all ihren Tätigkeiten beachten müssen. Dies gilt grundsätzlich auch für alle Richtlinien.⁷⁷³ Durch die Erhebung gemeinwirtschaftlicher Leistungen zu einem Grundprinzip der Europäischen Gemeinschaft muss deren Bedeutung auch bei der Definition des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag berücksichtigt werden.⁷⁷⁴ Denn als Grundsatz ist Art. 16 EG-Vertrag nicht bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu beachten.⁷⁷⁵ Damit relativiert sich die wettbewerbsorientierte Ausrichtung dieser Norm als Grenze der mitgliedstaatlichen Freistellungsmöglichkeiten, so dass die Funktion als „gemeinschaftsrechtliche Notbremse“ des Satz 2 auch durch Art. 16 EG-Vertrag reduziert wird.⁷⁷⁶ Schließlich wird das Interesse der Gemeinschaft seit Einführung des Art. 16 EG-Vertrag nun auch dadurch definiert, dass die Funktionsbedingungen für die Unternehmen, die gemeinwirtschaftliche Aufgaben erfüllen, erhalten bleiben sollen.⁷⁷⁷

⁷⁷¹ Rinne, *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe*, S. 173.

⁷⁷² So Schweitzer, *Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst*, S. 342.

⁷⁷³ Vgl. Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen*, S. 304; unklar die Formulierung von Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 157, der meint, dass das in den Richtlinien artikulierte Gemeinschaftsinteresse bisher von Einflüssen der Modifikationen durch Art. 16 EG-Vertrag frei sei.

⁷⁷⁴ Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 63; dabei ist zu beachten, dass Art. 16 EG-Vertrag zwar nur „unbeschadet der Art. 73, 86 und 87“ zum Tragen kommen kann. Allerdings kann Art. 16 EG-Vertrag unbestimmte Rechtsbegriffe im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag prägen, Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen*, S. 308, insofern ist Art. 16 EG-Vertrag trotz mangelnder Eigenschaft als Kompetenznorm bzw. ohne subjektive Rechte zu begründen, doch in begrenztem Masse justizabel, dazu auch schon oben, C.II.4.

⁷⁷⁵ Vgl. zum sekundärrechtlichen Gemeinschaftsinteresse und Art. 16 EG-Vertrag: Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen*, S. 307: würde man Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vollständig dem Wettbewerbsrecht unterstellen, würde Art. 16 EG-Vertrag zu einer Leerformel, vgl. auch schon oben, C.II.4.

⁷⁷⁶ Tettinger, in: RdE 1999, S. 49; Ostendorf, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II*, S. 63; Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen*, S. 307.

⁷⁷⁷ Weiß, in: EuR 2003, S. 188.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Kommission vor Verabschiedung der Energiebinnenmarktrichtlinien das Gemeinschaftsinteresse in der Schaffung eines Binnenmarktes für Energie sah, in dem die Ware Energie im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ebenso frei verteilt wird, wie jede andere Ware auch.⁷⁷⁸

Nach Verabschiedung der Beschleunigungsrichtlinien ist das Gemeinschaftsinteresse im Energiebereich hingegen der Wettbewerb um zugelassene Kunden unter Beachtung der Grundsätze der sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Energieversorgung. Insofern hat sich die gewachsene Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen und Ziele auch im Gemeinschaftsinteresse im Energiesektor niedergeschlagen.

(e) Beweislast

Art. 3 Abs. 8 Strom-Richtlinie ermöglicht Ausnahmeregelungen von den zentralen Vorgaben der Richtlinie, so dass die Tatbestandsmerkmale für diese Ausnahmen von den Mitgliedstaaten nachgewiesen werden müssen.⁷⁷⁹ Der Mitgliedstaat, der eine dieser Ausnahmen in Anspruch nehmen will, muss den Beweis erbringen, dass ein Risiko im Sinne des Absatzes 8 vorliegt. Dieser Nachweis ist bei der Unterrichtung der Kommission durch den Mitgliedstaat zu erbringen.⁷⁸⁰

In den Energiemonopol-Urteilen⁷⁸¹ hatte der EuGH festgestellt, dass dem Mitgliedstaat, der sich auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beruft, der Nachweis obliegt, dass dessen Tatbestand erfüllt ist. Die Beweislast vor damals sekundärrechtslosem Hintergrund ging jedoch nicht so weit, dass dieser Mitgliedstaat auch positiv belegen müsse, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaubte, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen. Die Situation nach Erlass der ersten Binnenmarktrichtlinien ist insofern anders, als dass das Sekundärrecht Ausnahmen, Wahlmöglichkeiten und eine gestufte Marktöffnung vorsieht, so dass nun die Mitgliedstaaten beweisen müssen, dass diese (nicht mehr hypothetischen) Maßnahmen immer noch nicht ausreichen.⁷⁸² Auch nach Auffassung der Kommission liegt die Beweislast bei der öffentlichen Hand, die die Maßnahme vorschreibt⁷⁸³, mit der das auferlegte Ziel erreicht werden soll.⁷⁸⁴ Als Bei-

⁷⁷⁸ So nach Angaben von *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 571 in einem Unterstützungsschreiben im Verfahren Ruhrgas/Thyssengas vor dem Bundeskartellamt.

⁷⁷⁹ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 4.).

⁷⁸⁰ Kommission, Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 4.).

⁷⁸¹ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 101.

⁷⁸² Die Frage, ob ein ausreichendes „Alternativkonzept“ vorliegt, soll im Rahmen der Auswirkungen der Richtlinie auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, siehe unten, D.II.1.e)(3)(c), behandelt werden.

⁷⁸³ Oder bei dem Unternehmen, wenn dieses im Rahmen der internen Subsidiarität eines Mitgliedstaats die Maßnahme auswählen kann.

⁷⁸⁴ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, S. 7.

spiel führt die Kommission die Versorgungssicherheit an, für deren Sicherstellung es mehrere Techniken gibt.

Deshalb kann man auch davon ausgehen, dass sich die Beweislast im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ebenfalls dergestalt geändert hat, dass die Anforderungen an mitgliedstaatliche Ausnahmen nun höher sind.⁷⁸⁵ Insofern werden auch hier die mitgliedstaatlichen Gestaltungsräume eingeeengt.

(2) Rechtsfolge: Mögliche Ausnahmereiche

Die zentralen Regelungen, von denen nach Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie Ausnahmen gemacht werden können, beziehen sich auf Genehmigungsverfahren nach Art. 6, die Kapazitätsausschreibung nach Art. 7, sowie den Netzzugang nach Art. 20 und den Direktleitungsbau gemäß Art. 22 der Strom-Richtlinie.

(a) Genehmigungsverfahren für neue Kapazitäten nach Art. 6 der Strom-Richtlinie

Art. 6 der Strom-Richtlinie⁷⁸⁶ legt bestimmte Standards für Genehmigungsverfahren für den Bau neuer Erzeugungsanlagen fest, welche die Mitgliedstaaten zu beschließen haben. Diese können sowohl die materiellen Kriterien des Genehmigungsverfahrens sowie den Ablauf fast vollständig selbst bestimmen.⁷⁸⁷ Die aufgeführten Kriterien in Art. 6 Abs. 2 sind dabei nicht nur recht offen formuliert⁷⁸⁸, sondern für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich, da diese Aspekte, wie z.B. die Sicherheit, den Gesundheitsschutz, den Umweltschutz etc., von den mitgliedstaatlichen Regelungen erfasst werden können. Nach Art. 6 Abs. 2 lit i) können die Kriterien beim Genehmigungsverfahren auch die Einhaltung der nach Art. 3 getroffenen Maßnahmen erfassen.⁷⁸⁹ Insgesamt können die Mitgliedstaaten den Art. 6 nach Art. 3 Abs. 8 völlig unangewendet lassen, bzw. eine abgestufte teilweise Ausnahme vom Art. 6 zulassen.

(b) Ausschreibung neuer Kapazitäten nach Art. 7 der Strom-Richtlinie

Eine Ausnahme kann nach Art. 3 Abs. 8 auch vom Art. 7 gemacht werden, welcher ein Ausschreibungsverfahren für neue Kapazitäten und Energieeffizienz-/ Nachfragesteuerungsmaßnahmen⁷⁹⁰ festlegt. Die Besonderheiten im Bezug auf gemeinwirt-

⁷⁸⁵ Dazu mehr unten, D.II.1.e)(3)(c).

⁷⁸⁶ Ausführlicher zu den Genehmigungsverfahren im Rahmen des Art. 6 der Strom-Richtlinie siehe unten D.II.2.b).

⁷⁸⁷ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 279.

⁷⁸⁸ *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, S. 421.

⁷⁸⁹ Welche Maßnahmen im Einzelnen gemeint sind, ist auf den ersten Blick nicht eindeutig und soll unten im Rahmen der Erzeugung ausführlicher geklärt werden.

⁷⁹⁰ Nach Art. 2 Nr. 29 ist unter „Energieeffizienz/Nachfragesteuerung“ ein globales oder integriertes Konzept zur Steuerung der Höhe und des Zeitpunkts des Elektrizitätsverbrauchs zu verstehen, das den Primärenergieverbrauch senken und Spitzenlasten verringern soll, indem Investitionen zur Steigerung der Energieeffizienz oder andere Maßnahmen, wie unterbrechbare Lieferverträge, Vorrang vor Investitionen zur Steigerung der Erzeugungskapazität eingeräumt wird, wenn sie unter Berücksichtigung der positiven Auswirkungen eines geringeren Energieverbrauchs auf die Umwelt und der damit verbundenen Aspekte einer größeren Versorgungssicherheit und geringerer Verteilungskosten die wirksamste und wirtschaftlichste Option darstel-

schaftliche Verpflichtungen sollen ebenfalls unten im Zusammenhang mit der Erzeugung bearbeitet werden.

(c) Zugang Dritter nach Art. 20 der Strom-Richtlinie

Nach Art. 3 Abs. 8 ist auch die Nichtanwendung des Art. 20⁷⁹¹ möglich. Dieser enthält zwei Absätze, welche zwei unterschiedliche Normadressaten betreffen.⁷⁹² Nach Art. 20 Abs. 1 Satz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife; die Zugangsregelung gilt für alle zugelassenen Kunden und wird nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt. Während die Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 8 die Möglichkeit haben, Ausnahmen von dem Netzzugangssystem einzurichten, kann nach Abs. 2 der Betreiber eines Übertragungs- oder Verteilernetzes den Netzzugang verweigern, wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt. Die Fragen, die speziell den Netzzugang und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und Problemstellungen im Rahmen des Art. 20 Abs. 2 der neuen Richtlinie betreffen, werden noch ausführlich im Unterkapitel „Netzzugang und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“⁷⁹³ behandelt.

(d) Direktleitungen nach Art. 22 der Strom-Richtlinie

Auch von den Bestimmungen zu den Direktleitungen⁷⁹⁴ können die Mitgliedstaaten unter genannten Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie freistellen.⁷⁹⁵ Ausführlicher soll diese Thematik im Rahmen des Netzzugangs behandelt werden.⁷⁹⁶

e) Verhältnis des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zur Richtlinie

Das Verhältnis bzw. die Auswirkung der Richtlinie auf die Anwendung und Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist schwierig zu bestimmen und wirft dabei Fragen auf, die dabei auch relevant sind für das Verhältnis anderer sekundärrechtlicher Normen zur wettbewerblichen Legalausnahme des Primärrechts. Das Verhältnis zu dieser primärrechtlichen Norm ist auch deshalb interessant, weil die entscheidenden Urteile zum Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag den Gesetzgebungsprozess der ersten Energierichtlinie geprägt haben. Insgesamt ist das Verhältnis des Service-public-

len.

⁷⁹¹ Ausführlicher zu Fragen des Netzzugangs im Rahmen des Art. 20 der Strom-Richtlinie siehe unten unter D.II.4.b).

⁷⁹² Wobei natürlich zu beachten ist, dass Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag immer an die Mitgliedstaaten selbst gerichtet sind.

⁷⁹³ Vgl. unten D.II.4.

⁷⁹⁴ Ausführlicher unten D.II.4.c).

⁷⁹⁵ Die Definition der Direktleitung wurde durch die neue Strom-Richtlinie geändert: nach Art. 2 Nr. 12 der neuen Strom-Richtlinie ist "Direktleitung" entweder eine Leitung, die einen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, ihren Tochterunternehmen und zugelassenen Kunden verbindet. Früher hieß es einfach 12. "Direktleitung" ist eine zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Leitung.

⁷⁹⁶ Siehe unten, D.II.4.

Vorbehaltes in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie zu Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrages nicht eindeutig geklärt. Die genaue Beurteilung dieses Verhältnisses wird natürlich dadurch erschwert, dass der Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag für sich genommen schon ausreichend Probleme aufwirft.⁷⁹⁷

Auffällig ist zunächst, inwieweit Wortlaut und Struktur des Art. 3 Abs. 8 dem Wortlaut und der Struktur des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ähnelt.⁷⁹⁸ Es bestehen jedoch wesentliche Unterschiede. Zwar gleichen sich Wortlaut und Struktur⁷⁹⁹, so gibt es jedoch unterschiedliche Auffassung zur konkreten Bedeutung in der Literatur.⁸⁰⁰ Rottmann⁸⁰¹ sieht die Nennung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 auch nur als rhetorisch begründet an: diese „tautologischen Rückverweise“ zeigen möglicherweise, dass sich die Gemeinschaftsrechtsgeber selbst nicht sicher waren, inwieweit das Sekundärrecht Art. 86 Abs. 2 verdrängen kann.

Unterschieden werden muss an dieser Stelle zwischen zwei Aspekten: erstens, welchen Anwendungsbereich belässt Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie⁸⁰² dem Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag im Energiebinnenmarktsrecht. Und zweitens, welche Auswirkung hat die Richtlinie auf die Auslegung von den Tatbestandsmerkmalen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.

(1) Allgemeines

Bevor man auf das Verhältnis der Vorbehalte der Richtlinie zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und somit auf das interessante Wechselspiel⁸⁰³ zwischen Primärrecht und Sekundärrecht im Energiebereich eingeht, ist zu fragen, welches Verhältnis denn allgemein zwischen Sekundärrecht und Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag besteht. Zum allgemeinen Verhältnis Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zum Sekundärrecht, welche nicht auf Art. 86 Abs. 3,⁸⁰⁴ sondern auf andere Kompetenznormen des EG-Vertrages gestützt ist, gibt es mehrere Meinungen.

⁷⁹⁷ *Hancher*, in: ULR 1996, S. 38, der in diesem Art. einen „complex brew of political statement and attempted derogation from the principles of the Treaty“ sieht. *Ross*, in: ELRev 2000, S. 23 spricht von „abstruse case-law“.

⁷⁹⁸ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 150.

⁷⁹⁹ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 334; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S.100.

⁸⁰⁰ Vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 334.

⁸⁰¹ *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik, (im Erscheinen).

⁸⁰² Zu etwas anderen Konstellation des Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie, der nur Ausnahmen in Bezug auf die Verteilung zulässt und so per se schon mehr Raum für den Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag belässt, siehe unten D.III.1.e).

⁸⁰³ *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574.

⁸⁰⁴ Zum unterschiedlichen Verhältnis von Sekundärrecht, welches auf Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag bzw. auf andere vertragliche Kompetenznormen basiert, und Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, siehe: *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 99, die der Auffassung sind, dass Sekundärrecht aufgrund von Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag die im konkreten Fall aus Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag herzuleitenden Beschränkungen explizit berücksichtigen müsse, da solche Rechtsakte gerade dazu gedacht sind, die Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Art. 86 Abs. 2 und anderer Regelungen zu erreichen. Zu der Frage, ob die Grenzziehung an den Schnittstellen zwischen europäi-

Die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag kann nach hM durch Sekundärrecht auf der Grundlage allgemeiner Kompetenznorm (wie z.B. Art. 95 EG-Vertrag) nicht präkludiert werden.⁸⁰⁵ Sekundärrechtsnormen, welche die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 ausdrücklich ausschließen, wären schon deshalb nichtig.⁸⁰⁶ Auch andersherum können schon aufgrund der Normenhierarchie zwischen Primär- und Sekundärrecht die Binnenmarktrichtlinien weitergehende Marktöffnungen, die sich durch Anwendung des Primärrechts erreichen lassen, nicht blockieren.⁸⁰⁷

Baur⁸⁰⁸ geht demgegenüber davon aus, dass die Richtlinien quasi eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag darstellen, da dieser nur von den Vorschriften des primären Gemeinschaftsrechts freistelle, aber nicht von den Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechtes. Dieses Argument kann jedoch schon allein im Hinblick auf das normhierarchische Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärrecht nicht überzeugen. Der EuGH⁸⁰⁹ hat festgestellt, dass in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ein umfassender Rechtfertigungstatbestand zu sehen ist, welcher nicht auf die wettbewerblichen Vertragsbestimmungen der Art. 81ff EG-Vertrag beschränkt ist.⁸¹⁰ Zwar äußert sich der EuGH nicht explizit zu der Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auch von sekundärrechtlichen Normen freistellen kann. Wenn aber Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sogar von den primärrechtlichen Grundfreiheiten freistellen kann, dann muss dies erst recht im Hinblick auf niederrangiges Sekundärrecht gelten.⁸¹¹

(2) Hat Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag einen eigenen Anwendungsbereich?

Theoretisch kann dem Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auch weiterhin eine zentrale Rolle zukommen.⁸¹² Der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag ist auch im Energiebereich noch unzweifelhaft weiter als der des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie. Bei Gas besteht sowieso mehr Raum für zusätzliche denkbare Maßnahmen, da Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie von vorneherein nur Verteilerunternehmen erfasst.⁸¹³ Selbst in dem Bereich, wo Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie Regelungen

schem Wettbewerbsprinzip und den verbleibenden wirtschaftspolitischen Einschätzungsspielräumen nicht eine Entscheidung des Rates, Art. 95 EG-Vertrag, und nicht nur eine Kommissionsentscheidung nach Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag erforderlich machen: *Pielow*, in: Henneke (Hrsg.), S. 63f.

⁸⁰⁵ Vgl. nur *Bausch*, Netzzugangsregeln im liberalisierten Strommarkt, S. 156; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 96.

⁸⁰⁶ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 96: Sekundärrecht ist jedenfalls primärrechtskonform dahingehend auszulegen, dass Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auf jeden Fall eingreifen muss, sofern das Sekundärrecht diesen Vorbehalt nicht schon selbst deklaratorisch aufnimmt.

⁸⁰⁷ *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574.

⁸⁰⁸ *Baur*, in: RdE 1999, S. 88.

⁸⁰⁹ EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Tz. 49, Slg. 1997, I-5815.

⁸¹⁰ *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, S. 83; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 96.

⁸¹¹ So auch *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 96; *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574.

⁸¹² *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 360.

⁸¹³ Dazu mehr unten D.III.1.e).

trifft, z.B. hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens, sind theoretisch andere Möglichkeiten aufgrund der Normenhierarchie über Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag denkbar, da Sekundärrecht Primärrecht nicht brechen kann. Insofern sind Maßnahmen zum Beispiel im Bereich des Verbraucherschutzes⁸¹⁴ oder der Raumordnungspolitik⁸¹⁵, die über Art. 3 Abs. 8 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie hinausgehen, im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, weiterhin möglich. Die Richtlinie entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber anderslautenden Maßnahmen, die auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag gestützt werden.⁸¹⁶ Praktisch gesehen bleibt für diese Konstellation aber aufgrund der relativen Weite des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie kaum Raum.⁸¹⁷

(3) Konkretisierung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch Strom-Richtlinie

Von der Frage, ob neben Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie noch ein Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bleibt, ist aber die Frage zu trennen, welche Auswirkung die Richtlinie auf die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag hat.

Wenn man davon ausgeht, dass die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 durch Sekundärrecht auf der Grundlage allgemeiner Kompetenznorm (wie z.B. Art. 95 EG-Vertrag) nicht präkludiert werden kann, ist nach einer anderen Art der Auswirkung des Sekundärrechts auf das Primärrecht zu schauen. Mehrere Autoren⁸¹⁸ sind der Auffassung, dass Sekundärrechtsnormen der Richtlinie allgemein die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beeinflussen können. Die zwei Ansatzpunkte im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 sind die Definition des Gemeinschaftsinteresses in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag und die Frage, ob die Erfüllung der entsprechenden Aufgaben durch das Ende der getroffenen Maßnahmen im Rahmen des Abs. 2 Satz 1

⁸¹⁴ Der Verbraucherschutz ist, soweit er über die Regelmäßigkeit, die Qualität und den Preis der Versorgung hinausgeht, aufgrund des abschließenden Charakters des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, nicht erfasst, vgl. oben unter D.II.1.b)(3)(d).

⁸¹⁵ Vgl. insoweit *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 155.

⁸¹⁶ In diese Richtung argumentierte die Kommission in dem Verfahren der französischen Fluggesellschaft Air Inter: Seit Erlass der Verordnung Nr. 2408/92 sei der unmittelbare Rückgriff auf den damaligen Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag versperrt, wenn es um gemeinwirtschaftliche Erfordernisse gehe, die im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften wahrgenommen würden. Mit Art. 4 der Verordnung habe der Rat nämlich die abstrakte Bestimmung des damaligen Art. 90 Abs. 2 auf dem Gebiet des Flugverkehrs innerhalb der Gemeinschaft unter Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen konkretisiert. Da der Rat den im damaligen Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag geregelten Tatbestand für den Bereich der Luftfahrt geprüft habe, sei der Zweck des damaligen Art. 90 Abs. 2 EG-Vertrag durch Art. 4 der Verordnung erschöpft. Diese Argumentation wies das EuG zurück, T-260/94, Tz. 135ff, Slg. 1997, II-997, vgl. unten D.II.1.e)(3)(a).

⁸¹⁷ Vgl. nur *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101.

⁸¹⁸ *Seeger*, Durchleitung elektrischer Energie, S. 138; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 419; *Schaub/Dohms* in: AG 1998, S. 574; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 94ff; in diese Richtung *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 37; *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 171.

rechtlich oder tatsächlich verhindert wird.⁸¹⁹ Dabei ist insbesondere die Frage entscheidend, ob die Tatbestandsmerkmale „Verhinderung der Aufgabenerfüllung“ und „Beeinträchtigung des Gemeinschaftsinteresses“ als solches ohne weitere Konkretisierung überhaupt vom EuGH anwendbar sind.

(a) „Verhinderung der Aufgabenerfüllung“

Zunächst wird die Auffassung vertreten⁸²⁰, dass die Richtlinie in der Lage ist, das Tatbestandsmerkmal der Verhinderung zu konkretisieren. Ist durch die entsprechende Vorkehrung im Sekundärrecht sichergestellt, dass die Aufgabenerfüllung nun auch ohne weitere nationale Maßnahmen erfolgen kann, bestehe auch für den Schutz solcher Maßnahmen kein Anlass mehr.⁸²¹ Eine rechtliche und tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung könne dementsprechend nach den Vorgaben der Richtlinien auch anders abgewendet werden. Es werde quasi Rechtssicherheit im Hinblick auf die obligatorische Marktöffnung eingeführt. Diese hätte alleine mittels der Vorgaben der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht erzwungen werden können. In diesem Zusammenhang werden Ausnahmen normiert für besondere Situationen, in denen eine Gefährdung des wirtschaftlichen Gleichgewichts der betroffenen Unternehmen typischerweise besonders nahe liegend ist.⁸²² Insgesamt werde der Energiesektor strukturiert, so dass es den Behörden und Gerichten zukünftig überhaupt leichter falle, die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zu beurteilen.

Im Rahmen der Verhinderung wird aber teilweise verneint,⁸²³ dass ein solches Alternativkonzept in den Richtlinien tatsächlich vorliegt. Weder in den alten noch in den neuen Richtlinien werde ein bestimmtes und hinreichendes Finanzierungskonzept durch das Sekundärrecht eingeführt. Die bloße Freistellung von den zentralen Anforderungen der Richtlinien selbst könne nicht ausreichen.⁸²⁴ Schließlich sei kein Grundversorgungsfond oder ähnliches vorgesehen. Ein Unternehmen, welches der Grundversorgungspflicht unterliege, müsse bei Verlust der lukrativeren Kunden die

⁸¹⁹ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 97.

⁸²⁰ *Seeger*, Durchleitung elektrischer Energie, S. 138; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 253; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 419; *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 94ff; in diese Richtung *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 37; unklar *Vollmer*, in: JNPÖ 16 (1997), S. 160; aA *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 173, der ausführlich die Konkretisierung des Gemeinschaftsinteresses verneint, um lediglich „im Übrigen“ darüber hinausgehende Konkretisierungen abzulehnen; ohne ausführliche Begründung *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, S. 22 und S. 70: der Nichtanwendungsbeschluss in Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie verringere den Abstraktionsgrad der in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag enthaltenen Bestimmungen nicht in entscheidender Weise. An die primärrechtliche Norm werde nur in „Gestalt von weiteren Formelkompromissen“ erinnert. Deshalb seien den Richtlinien keine näher spezifizierten Auslegungsvorgaben zu entnehmen.

⁸²¹ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 97.

⁸²² *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 162.

⁸²³ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 250.

⁸²⁴ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 250.

Kosten vollständig auf die verbleibenden Kosten abwälzen. Letztlich könne dies sogar eine Gefahr für eine preisgünstige Grundversorgung darstellen.⁸²⁵

Diese genannten Anforderungen an ein Alternativkonzept scheinen jedoch zu hoch. Es geht nicht darum, ob eine konkrete Finanzierung z.B. durch einen Grundversorgungsfond sichergestellt ist oder nicht, sondern darum, ob überhaupt Maßnahmen in den Richtlinien vorgegeben werden, welche die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen ebenso sicherstellen wie etwaige Sonderregelungen unter Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Nicht die abschließende Regelung der Problematik der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bzw. der besonderen Aufgaben ist gefordert, sondern überhaupt nähere Vorgaben, an die sich die Mitgliedstaaten und die Gerichte bei der Ausgestaltung der entsprechenden Dienste orientieren können und müssen. So wird zumindest eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen, da nicht nur durch Art. 3 Abs. 2 und Abs. 8 der Strom-Richtlinie, sondern auch durch weitere Sonderregelungen, wie z.B. Art. 24⁸²⁶ der Strom-Richtlinie oder Art. 4 Abs. 4⁸²⁷ der Gas-Richtlinie, typische Situationen normiert werden, die auf entsprechende Einzelfälle viel besser passen als eine sehr generelle Rechtsprechung, die nur auf Primärrecht basiert.⁸²⁸ Letzteres gilt schließlich für sämtliche und außerordentlich unterschiedliche Wirtschaftsektoren und geht auf Besonderheiten des Energiesektors, wie z.B. die Leitungsgebundenheit, die Abhängigkeiten von Importen, die umweltpolitischen Komponenten sowie die fundamentale Bedeutung für die Gesamtwirtschaft, nicht speziell ein. Zwar gibt es bisher keine Entscheidung des EuGH zu der Frage, inwieweit die Energierichtlinien die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag beeinflussen können.⁸²⁹ Der EuGH stellte in den Energiemonopolurteilen⁸³⁰ allerdings klar, dass es eben nicht die Aufgabe des Gerichtshofes ist, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen in der Erwiderung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität und Gas in seinem Gebiet, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen. In eine ähnliche Richtung geht das FFSA-Verfahren des Europäischen Gerichts Erster Instanz.⁸³¹ Dieses hatte festgestellt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber

⁸²⁵ Aufgrund eines nicht abschließenden Richtlinienkonzeptes könne bei der Bewertung der Zulässigkeit von Freistellungen gemäß Art. 3 Abs. 8 der neuen Richtlinie Strom also keineswegs von einer völlig neu zu bewertenden EuGH-Rechtsprechung ausgegangen werden, *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 250.

⁸²⁶ Nach Art. 24 der Strom-Richtlinie sind notwendige Schutzmaßnahmen bei plötzlichen Marktkrisen oder sonstigen wesentlichen Sicherheitsrisiken möglich.

⁸²⁷ Ausführlicher unten D.III.2.b).

⁸²⁸ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 162.

⁸²⁹ Darüber hinaus ist es auch sehr fraglich, ob es praktisch gesehen zu einem solchen Fall aufgrund der Weite des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie kommen könnte. Diese Wahrscheinlichkeit ist bei Gas geringfügig höher, vgl. auch die Ausführungen zu Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie, s.u. D.III.2.b).

⁸³⁰ EuGH, Rs. C-159/94 – Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5814, Tz. 106.

⁸³¹ EuG, Rs. T-106/95 vom 27. Februar 1997 – FFSA. Ausführlicher zu der FFSA-Entscheidung des Gerichts Erster Instanz: siehe *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung

bis zum damaligen Zeitpunkt keine Vorschriften erlassen hatte, die für Unternehmen, die mit öffentlichen Aufgaben betraut aber auch im Wettbewerbsbereich tätig sind, die Einführung eines analytischen Buchführungssystems vorsehen würden.⁸³² Da die konkrete Anwendung der Wettbewerbsregeln zwangsläufig komplexe wirtschaftliche und rechtliche Wertungen voraussetze, hätte so ein entsprechend weiter, nicht vom Gericht überprüfbarer Spielraum bestanden.⁸³³ Auch bei der Remailing-Entscheidung⁸³⁴ bestand keine abschließende sekundärrechtliche Regelung für Nachforderungen im Bereich der Auslandspost. Das Verfahren Air Inter vor dem EuG zeigt ebenfalls, dass die Möglichkeiten, die bestehendes Sekundärrecht, hier die Verordnung Nr. 2408/92 - zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben zur Verfügung stelle, zumindest als gewichtiges Indiz verstanden werden müssen, dass eine Erfüllungsverhinderung zunächst nicht vorliegt.⁸³⁵

Von spezifischen bzw. abschließenden sekundärrechtlichen Regelungen ist in den Urteilen des EuGH nicht die Rede. Dass die Vorgaben überhaupt konkreter als der allgemeine Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sind und den Sektor etwas strukturieren, muss schon ausreichen. Wenn man als Alternativkonzept eine abschließende Regelung verlangt, dann wäre fraglich, ob Richtlinien, die nach Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag den Mitgliedstaaten die Wahl nicht nur der Form sondern auch der Mittel überlässt, je zur Konkretisierung, wie sie in den obigen Urteilen des EuGH, bzw. EuG ange-mahnt werden, ausreichen könnten.

Die Mitgliedstaaten müssen auch im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag aufgrund des Sekundärrechts nun also darlegen, dass die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben auch unter Beachtung der Wahlmöglichkeiten und anderen Ausnahmever-schriften der Richtlinie verhindert werden würde.⁸³⁶ Die völlige Ausnahme von den Wettbewerbsvorschriften der Richtlinie kommt also nur als letztes Mittel und nicht als gleichwertige Option in Betracht.⁸³⁷ Diese stellt eine engere Verhältnismäßigkeit als diejenige im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag dar, so dass auch hier eine Verengung der mitgliedstaatlichen Spielräume festgestellt werden kann.

(b) Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs /Gemeinschafts-interesse

Während ein rechtlicher Ausschluss der Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch Sekundärrecht wie oben gesehen nicht möglich ist, könnte der zweite mögliche Ansatzpunkt die Anwendung des „Interesses der Gemeinschaft“ in Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag sein.⁸³⁸ Dieser Prüfungspunkt ist seit je her umstritten und

und Anwendung des Art. 86 II, S. 28ff. Der EuGH hat das EuG in dieser Entscheidung bestä-tigt. EuGH, Rs. C-174/97 P vom 25. März 1998.

⁸³² EuG, Rs. T-106/95 – FFSA, Slg. 1997 II-229, Tz. 186.

⁸³³ EuG, Rs. T-106/95 – FFSA, Slg. 1997 II-229, Tz. 187.

⁸³⁴ EuGH, verbundene Rs. C-147/94 und C-148/94 - Remailing, Slg. 1995 I-1015, 1021, Tz. 53.

⁸³⁵ EuG, Rs. T-260/94 – AirInter, Slg. 1997, II-997, Tz. 140ff.

⁸³⁶ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101; *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574; *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 137.

⁸³⁷ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101.

⁸³⁸ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 97; *Ehricke*, in: EuZW 1998, S. 746; *Herrmann*, Europäi-

wurde bisher vom EuGH nicht in befriedigender Weise geklärt.⁸³⁹ Auf der einen Seite wird eine nur geringe praktische Bedeutung, insbesondere neben dem Anwendungsbereich der Richtlinien, konstatiert,⁸⁴⁰ auf der anderen Seite ist zumindest theoretisch die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag umso größer, je weiter der in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 bezeichnete Ausnahmerebereich gezogen wird.⁸⁴¹ Teilweise wird sogar ein „wesentliches Instrument der Grenzziehung des wirtschaftlichen Wirtschaftens in der EU“ gesehen.⁸⁴²

Das Gemeinschaftsinteresse im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag wird, wie oben allgemein zu allen Wirtschaftssektoren schon ausgeführt,⁸⁴³ grundsätzlich anhand der Ziele und Grundsätze der Gemeinschaft definiert.⁸⁴⁴ In diesem Zusammenhang soll der Prüfungsmaßstab auf die jeweiligen Sektoren begrenzt werden, so dass hier deshalb nur das Gemeinschaftsinteresse im Energiebereich interessiert.⁸⁴⁵

Mit fortschreitender Integration wird es mehr und mehr durch das relevante Sekundärrecht konkretisiert.⁸⁴⁶ Denn das Sekundärrecht kann allgemein als eine Konkretisierung der allgemeinen Hauptziele des Vertrags verstanden werden, welches Ausdruck eines konkret angestrebten und für möglich gehaltenen Entwicklungsstandes gemeinschaftlicher Integration ist, dem die Mitgliedstaaten in ihrer nationalen Politik Rechnung zu tragen haben.⁸⁴⁷

sche Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 253.

⁸³⁹ Vgl. schon oben, C.I.3.d).

⁸⁴⁰ *Däuper*, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, S. 200; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 890; *Rumpff*, Das Ende öffentlicher Dienstleistungen, S. 250.

⁸⁴¹ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 156; *Ehricke*, in: EuZW 1998, S. 746; *Bartosch*, in: NJW 2000, S. 2252.

⁸⁴² *Ehricke*, in: EuZW 1998, S. 746; ohne jedoch die geringe praktische Relevanz in diesem Punkt zu berücksichtigen.

⁸⁴³ Siehe oben, C.I.3.d).

⁸⁴⁴ *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen, S. 307; *Däuper*, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, S. 200; *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 166; *Ehricke*, in: EuZW 1998, S. 746; *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 167; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 890. Die Ziele und Grundsätze der Gemeinschaft im EG-Vertrag sind dabei nicht nur sehr weit gefasst, sondern haben teilweise gegenläufige Richtungen. Dabei kommt es eben nicht allein auf die Wettbewerbsfreiheit und die vier Grundfreiheiten an. Zu beachten sind Haupt- und Zwischenziele, wobei der freie Wettbewerb nur ein Zwischenziel und nicht Hauptziel im Sinne eines Selbstzweckes ist. Die Beschränkung des Gemeinschaftsinteresses auf einen reibungslosen Handelsverkehr wird nämlich dem Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht gerecht. So kann insbesondere das Interesse der Gemeinschaft nicht mit dem Interesse an der Entwicklung des Handelsverkehrs gleichgesetzt werden, da sich ein Zirkelschluss ergeben würde.

⁸⁴⁵ Dies legt auch der Schlussantrag vom Generalanwalt Darmon vom 08.02.1994 in der Rs. 393/92 - *Almelo*, Tz. 170 nahe; *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 169.

⁸⁴⁶ *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar, Art. 86 Tz. 81; *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 171; *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 164; *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar, Art. 86 EG-Vertrag, Tz. 53.

⁸⁴⁷ So *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 162; In diesem Zusammenhang ist die Kompetenz der Kommission in Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag von besonderer Bedeu-

Vor Verabschiedung der Energiebinnenmarktrichtlinien sah die Kommission das Gemeinschaftsinteresse in der Schaffung eines Binnenmarktes für Energie, in dem die Ware Energie im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten ebenso frei verteilt wird, wie jede andere Ware auch.⁸⁴⁸ Damals fanden Aspekte der Versorgungssicherheit oder andere gemeinwirtschaftliche Aspekte keine Erwähnung.

Tatsächlich hat sich seitdem das Gemeinschaftsinteresse im Energiebereich gewandelt. Dass eine Konkretisierung und damit eine Veränderung des Gemeinschaftsinteresses nötig war, steht schon der EuGH in den Energiemonopol-Urteilen fest.⁸⁴⁹ Der EuGH hatte in der Energiemonopolentscheidung ausdrücklich auf die entsprechenden Möglichkeiten in Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag hingewiesen⁸⁵⁰, wonach die Kommission ausdrücklich aufgefordert wird, auf die Anwendung dieses Art. zu achten und erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten. Der EuGH⁸⁵¹ sah es nicht als die Aufgabe des Gerichtshofes an, auf der Grundlage allgemeiner Bemerkungen in der Erwiderung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, finanzieller und sozialer Gesichtspunkte die Maßnahmen zu würdigen, die ein Mitgliedstaat erlassen könnte, um die Lieferung von Elektrizität und Gas in seinem Gebiet, die Ständigkeit der Versorgung und die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen. Diese Behauptungen der Kommission genügten dem Gerichtshof nicht für den Nachweis, dass der innergemeinschaftliche Handel mit Elektrizität und Gas wegen der ausschließlichen Ein- und Ausfuhrrechte der EDF und der GDF sich in einem Ausmaß entwickelt hat und weiterhin entwickelt, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.⁸⁵² In eine ähnliche Richtung geht das FFSA-Verfahren.⁸⁵³

Seit 1996 bzw. 1998 liegt nun Sekundärrecht vor. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob die Richtlinien insgesamt das Tatbestandsmerkmal „Gemeinschaftsinteresse“ konkreter definieren können, oder ob dazu der Zusatz in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie in Bezug auf den Wettbewerb um zugelassene Kunden⁸⁵⁴ tauglich ist – was zunächst der Wortlaut nahe legt. Aufgrund der speziellen Formulierung in Art. 3 Abs. 8 S. 2 der Strom-Richtlinie bietet es sich an, die Konkretisierung des Gemeinschaftsinteresses in dem Wettbewerb um zugelassene Kunden

tion. Der EuGH hat in den Energiemonopol-Entscheidungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es der Kommission obliegt, zum Nachweis einer Vertragsverletzung das Gemeinschaftsinteresse zu definieren. Diese Möglichkeit hat die Kommission bisher im Energiebereich nicht genutzt. Stattdessen wurden die Energiebinnenmarktrichtlinien insbesondere auf Art. 95 EG-Vertrag gestützt, vgl. schon oben, D.I.2. mwNw.

⁸⁴⁸ So nach Angaben von *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 571 in einem Unterstützungsschreiben im Verfahren Ruhrgas/Thyssengas vor dem Bundeskartellamt.

⁸⁴⁹ EuGH, Rs. C-159/94 –Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I- 5815, Tz. 113.

⁸⁵⁰ EuGH, Rs. C-159/94 –Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I- 5815, Tz. 113.

⁸⁵¹ EuGH, Rs. C-159/94 –Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I- 5815, Tz. 106.

⁸⁵² EuGH, Rs. C-159/94, –Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I- 5815, Tz. 112.

⁸⁵³ Ausführlicher zu der FFSA-Entscheidung des Gerichts Erster Instanz: siehe *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 28ff.

⁸⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit der Zusatz in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie das Gemeinschaftsinteresse des Art. 3 Abs. 8 Satz 1 präzisieren kann, siehe oben, D.II.1.d)(1)(d).

zu sehen. Nach dieser Norm liegt im Interesse der Gemeinschaft insbesondere der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit der Strom-Richtlinie⁸⁵⁵ und Art. 86 des EG-Vertrages. In den Richtlinien wird u.a. eine Verschärfung⁸⁵⁶ der Anforderungen hinsichtlich der „Beeinträchtigung des Handelsverkehrs“ gesehen, weil der Richtlinienggeber durch die Richtlinien die Interessen der Gemeinschaft definiert habe.

Einige Vertreter in der Literatur lehnen eine Konkretisierung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag speziell durch Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie jedoch ab⁸⁵⁷, wobei die Herangehensweisen an diese Problematik divergieren. An dieser Stelle zeigt sich ein kompliziertes Wechselspiel zwischen Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den Energierichtlinien.⁸⁵⁸ Problematisch ist, dass das Gemeinschaftsinteresse im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag eigentlich schon deshalb nicht abschließend durch die Richtlinie konkretisiert wird, da das Gemeinschaftsinteresse in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Richtlinie wiederum unter dem Service-Public-Vorbehalt steht, wenn es ausdrücklich heißt „der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und Art. 86 des Vertrages“.

Tatsächlich liegt hier ein Zirkelschluss vor.⁸⁵⁹ Eine solche „Rückkoppelung“ kann demnach keine klareren Ergebnisse zu Tage bringen. Deshalb kann der Zusatz in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie die Anwendung des Tatbestandmerkmals „Gemeinschaftsinteresse“ auch nicht wesentlich beeinflussen oder konkretisieren. Wie oben bei der Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie gesehen⁸⁶⁰, liegt in Art. 3 Abs. 8 Satz 2 allenfalls eine politische Absichtserklärung, dem Wettbewerb im Zweifelsfall Geltung zu verschaffen.⁸⁶¹ Auch

⁸⁵⁵ Bzw. Art. 3 Abs. 5 Satz 2 der Gas-Richtlinie.

⁸⁵⁶ *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, S. 137.

⁸⁵⁷ *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 173; *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 341; *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, S. 19 sieht den Abstraktionsgrad des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch Art. 3 der Richtlinie „nicht entscheidend verringert“; in diese Richtung *Britz*, in: RdE 1998, S. 92; auch *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 157, sieht grundsätzlich keinen wesentlichen Bedeutungszuwachs aus einer sekundärrechtlichen Präzisierung des Gemeinschaftsinteresses; *Däuper*, Gaspreisbildung und europäisches Kartellrecht, S. 200ff betrachtet das Interesse der Gemeinschaft im Gasbereich, ohne auf Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie einzugehen. Er definiert das Gemeinschaftsinteresse als das Interesse an der Einführung von Wettbewerb auf allen Stufen der Wertschöpfung in der Gaswirtschaft innerhalb eines einheitlichen Gasbinnenmarktes, wobei dieses Interesse möglicherweise durch die Komponente der Versorgungssicherheit zu ergänzen sei.

⁸⁵⁸ *Schaub/Dohms*, in: AG 1998, S. 574.

⁸⁵⁹ *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 173; vgl. ausführlicher schon oben im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 Satz 2 der Strom-Richtlinie, D.II:1.d)(1)(d).

⁸⁶⁰ Vgl. oben unter D.II.1.d)(1)(d).

⁸⁶¹ *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 173; Wenn Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie zum einen als niederes Recht den Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht bricht und zum anderen noch nicht mal in der Lage wäre, dessen Tatbestandsmerkmal zu konkretisieren, wäre die grundsätzlich zu vermeidende Schlussfolgerung zwingend, dass nämlich Art. 3 Abs. 8 Satz 2 überflüssig ist. Dieser Schluss wird auch ausdrücklich von *Britz*, in: RdE 1998, S. 92 und *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe,

Emmerich ging schon früh davon aus, dass die Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses keine rechtliche sondern mehr eine politische Frage sei,⁸⁶² wobei bei unlösba- ren Konflikten der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu beachten sei.⁸⁶³

Diese Betonung des Wettbewerbsgedanken darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der angestrebte Wettbewerb in der Energiewirtschaft nach den Vorstellungen der Energiebinnenmarktrichtlinien kein reiner Wettbewerb ist, sondern ein modifizierter Wettbewerb, der auch andere Ziele berücksichtigt. So heißt es auch „Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und Art. 86 des Ver- trages“. In diesem Zusammenhang bietet sich der Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 an. Als entsprechende Aspekte des Gemeinschaftsinteresses kommen somit auch die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie⁸⁶⁴ genannten Ziele der wettbewerbsorientierten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Energieversorgung in Betracht. Auch Art. 16 EG-Vertrag, der den Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem wirt- schaftlichen Interesse betont und demgemäß die Funktionsfähigkeit dieser Dienste gewährleistet werden muss, ist zu beachten.⁸⁶⁵

So formuliert Rinne schon vor Erlass der Beschleunigungsrichtlinien im Jahre 2003, dass im Bereich der Energieversorgung maßgeblich ist, ob die zur Aufgabenerfü- lung erforderliche Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs eine si- chere, preisgünstige und nachhaltige Energieversorgung in der Gemeinschaft als Ganzes sowie die gemeinschaftsweite Stabilität der Energiewirtschaft in einem Maß beeinträchtigt, welches nicht mehr hinzunehmen ist.⁸⁶⁶ Die Einbeziehung nicht rein wettbewerblicher Elemente ist nach Erlass des Beschleunigungsrichtlinien mit dem weiter gefassten Art. 3 Abs. 1 umso mehr gerechtfertigt.

Die Analyse des Gemeinschaftsinteresses hat gezeigt, dass die letzten Jahre einige Veränderungen brachten. Es umfasst nicht nur den Wettbewerb um zugelassene Kunden, sondern auch Aspekte einer sicheren und nachhaltigen Energieversor- gung.⁸⁶⁷

(c) Sonstige Konkretisierung/Verfahren

S. 173 gezogen. Demnach wäre dann tatsächlich der Versuch, mittels Art. 3 Abs. 8 der Ausle- gung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag vorzugreifen, gescheitert. So *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 342.

⁸⁶² *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 457; *Rumpff*, Das Ende öf- fentlicher Dienstleistungen, S. 251.

⁸⁶³ *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 457f.

⁸⁶⁴ Vgl. ausführlich oben D.II.1.a).

⁸⁶⁵ In dieser Richtung auch *Keller*, Service public und Art. 86 Abs. 2 EGV, S. 201.

⁸⁶⁶ So auch *Rinne*, Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlicher Aufgabe, S. 169, zur Rechtslage gemäß der alten Strom-Richtlinie, welche in Art. 3 Abs. 1 die Aspekte der Nachhal- tigkeit und der Sicherheit im Gegensatz zum neuen Art. 3 Abs. 1 nicht aufgeführt hatte.

⁸⁶⁷ Vgl. auch den geplanten Art. III-157 des VerfV-E. Danach hat die Energiepolitik der Union im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes und unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Erhaltung und der Verbesserung der Umwelt die Ziele Sicherstellung des Funktionieren des Energiemarktes, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union und Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen, vgl. oben C.V.I.

Ein zusätzlicher Aspekt, der eine mögliche Konkretisierung des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag durch die Richtlinien aufzeigt, sind Verfahrensvorschriften im Rahmen des Art. 3 der Richtlinie⁸⁶⁸: Die sekundärrechtlichen Verfahrensvorschriften sind gegenüber Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag verschärft – letzterer enthält sich in seinem Wortlaut jeglicher Verfahrensanforderungen. So können nun Ausnahmen von den Wettbewerbsanforderungen der Richtlinien nur aufgrund von klar festgelegten, transparenten, nichtdiskriminierenden und überprüfbaren gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemacht werden, vgl. Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie.⁸⁶⁹ Auch Art. 3 Abs. 4 enthält insofern konkretisierende Angaben zu Fragen des finanziellen Ausgleichs.⁸⁷⁰

Zudem enthält Art. 3 Abs. 9 der Strom-Richtlinie eine Unterrichtungspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission, wonach die Mitgliedstaaten die Kommission über alle Maßnahmen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und deren möglichen Auswirkungen auf den nationalen und internationalen Wettbewerb zu informieren haben.⁸⁷¹ Diese Notifizierungspflicht ist gegenüber der Vorschrift in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der alten Strom-Richtlinie noch erweitert und verschärft worden.⁸⁷²

Diese Anforderungen unterstreichen den Ausnahmecharakter und sollen eine allzu pauschale Berufung auf die Sicherstellung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben vermeiden helfen. Dadurch engt das Sekundärrecht die Möglichkeiten nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag der Mitgliedstaaten weiter ein.⁸⁷³ So sind die Mitgliedstaaten nun gezwungen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen von vorneherein genauer zu definieren und damit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der in Anspruch genommenen Ausnahmetatbestände zu erleichtern.⁸⁷⁴ Die mitgliedstaatlichen Spielräume werden auch durch prozedurale Anforderungen verkleinert.

(4) Beachtung der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag iRd des Art. 3 Abs. 8 Strom-Richtlinie

Schließlich ist fraglich, welche Bedeutung der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag in einer nunmehr sekundärrechtlich strukturierten Umwelt noch zukommen soll und kann.⁸⁷⁵ Die drei maßgeblichen Entscheidungen des EuGH zum Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag im Energiesektor entstammen der sekundärrechtslosen Zeit.⁸⁷⁶ So

⁸⁶⁸ Vgl. auch *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 163; vgl. auch *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 253.

⁸⁶⁹ Vgl. auch oben unter D.II.1.b.)

⁸⁷⁰ Vgl. auch oben, D.II.1.c)(2).

⁸⁷¹ Ausführlicher unten D.II.1.j).

⁸⁷² Siehe auch den Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 5.).

⁸⁷³ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 253.

⁸⁷⁴ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 156.

⁸⁷⁵ *Tettinger*, in: RdE 1999, S. 47.

⁸⁷⁶ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101.

warnet Tettinger auch vor einer Überbewertung der vorherigen Rechtsprechung.⁸⁷⁷ Tatsächlich kann man angesichts der sekundärrechtlichen Lage davon ausgehen, dass sich ein Teil der Ausführungen des EuGH zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen überholt hat. Relevanz müsste jedoch auch weiterhin der Auslegung der Verhinderung zukommen. Hier geht es also um den Grad der Verhinderungswirkung und nicht um die Wahl der Maßnahmen, die sich nunmehr an den Vorgaben der Richtlinie zu orientieren hat.

Der EuGH hat zur Verhinderungsintensität grundsätzlich festgelegt, dass es letztlich auf eine Gefährdung ankommt, nicht auf die absolute Verhinderung.⁸⁷⁸ Es geht letztlich um die Frage nach der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, so dass diese Herangehensweise den wirtschaftlichen Gegebenheiten auch eher entspricht. Insofern kommt der Corbeau-Entscheidung zur Verhinderung auch weitere Bedeutung bei der Auslegung des Art. 86 EG-Vertrag zu.

In puncto Beweislast hingegen haben die Richtlinien zu einer wesentlichen Veränderung geführt: Im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag mussten die Mitgliedstaaten vor Erlass der Binnenmarkttrichtlinien das Vorliegen der Ausnahmenvoraussetzungen beweisen. Diese Beweislast ging nach Auffassung des Gerichtshofs jedoch nicht so weit, dass dieser Mitgliedstaat nicht nur eingehend darlegen müsse, aus welchen Gründen in seinen Augen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen gefährdet wäre, sondern darüber hinaus noch positiv belegen müsse, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaube, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen.⁸⁷⁹ So bestehen nun Vorgaben in den Richtlinien, an die die Mitgliedstaaten sich halten müssen und anhand derer die mitgliedstaatlichen Begründungen für eine etwaige Freistellung überprüft werden. Die Mitgliedstaaten trifft also nun die Darlegungslast, dass die Möglichkeiten im Rahmen der Richtlinie nicht ausreichen.⁸⁸⁰

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Beweislast im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag im Bereich des Energiesektors seit den oben besprochenen EuGH-Urteilen⁸⁸¹ zweifach umgekehrt wurde: Vor den entscheidenden Urteilen des Ge-

⁸⁷⁷ Tettinger, in: RdE 1999, S. 47. Demgegenüber geht Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 250, davon aus, dass die Rechtsprechung des Gerichtshof nicht gänzlich neu zu bewerten ist.

⁸⁷⁸ EuGH, Rs. C-320/91 – Corbeau, Slg. 1991 I-2533, Tz. 16ff.

⁸⁷⁹ EuGH, Rs. C-159/94 - Kommission/Frankreich, Slg. 1997 I-5815, Tz. 101ff.

⁸⁸⁰ Lecheler/Gundel, in: RdE 1996, S. 101; Schaub/Dohms, in: AG 1998, S. 574; in diese Richtung auch Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 162. AA Baur, in: RdE 1999, S. 88; Ohne durchschlagende Argumente wird auch nach der Einführung der Binnenmarkttrichtlinie die Auffassung vertreten, dass die Kommission auch weiterhin die Beweislast dafür zu tragen habe, dass Alternativen zu den Freistellungsmöglichkeiten in Art. 3 Abs. 8 bestehen, die ebenso wirksam jedoch weniger belastend sind. Dabei wird insbesondere außer Acht gelassen, dass das Fortbestehen einer solchen Beweislast, welche praktisch für erhebliche Schwierigkeiten sorgen könnte, für die Kommission die für die Mitgliedstaaten verbindlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechtsgebers faktisch missachtet.

⁸⁸¹ Vgl. oben unter C.I.

richtshofs ging man davon aus, dass die Mitgliedstaaten detailliert das Vorliegen der Ausnahmenvorschriften beweisen müssen. Dann sorgte der EuGH für eine beschränkte Beweislastumkehr dergestalt, dass die Mitgliedstaaten nicht auch noch beweisen müssen, dass keine andere hypothetische Maßnahme in Frage käme. Schließlich führten die Binnenmarktrichtlinien zu einer weiteren Beweislastumkehr, da nun sekundärrechtliche Alternativen bestehen, die die Mitgliedstaaten prioritär zu wählen haben, bevor sie zu rein nationalen Maßnahmen greifen.

Während also die durch den EuGH aufgestellten Anforderungen an den Verhinderungsgrad auch weiterhin Bestand haben, sehen die Mitgliedstaaten sich durch die Beweislastumkehr durch die Binnenmarktrichtlinien erhöhten Anforderungen ausgesetzt.

f) Grundversorgung, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Strom-Richtlinie

Eine bedeutende Veränderung der Beschleunigungsrichtlinie Strom gegenüber der ersten Strom-Richtlinie findet sich in Art. 3 Abs. 3, der eine Grundversorgungspflicht vorschreibt. Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass alle Haushalts-Kunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt halten, auch Kleinunternehmen⁸⁸² in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen.

Grundversorgung wird legaldefiniert als das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen. Haushaltskunden sind in der Richtlinie Art. 2 Nr. 10 definiert als Kunden, die Elektrizität für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, wobei gewerbliche und berufliche Tätigkeiten ausgeschlossen sind. Dabei können die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Bereitstellung der Grundversorgung einen Versorger letzter Instanz benennen. Eine vergleichbare Grundversorgungspflicht wurde im Gasbereich nicht eingeführt, da ganze Regionen und viele Haushalte überhaupt nicht an das Gasnetz angeschlossen sind und deshalb eine entsprechende Pflicht keinen Sinn machen würde.⁸⁸³ Die Grundversorgung ist dabei kein Unterbegriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.⁸⁸⁴ Grundversorgung und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind grundsätzlich zwei von einander unabhängige Konzepte, die nebeneinander stehen. So heißt es in Art. 3 Abs. 9 „Bei der Umsetzung dieser Richtlinie unterrichten die Mitgliedstaaten die Kommission über alle Maßnahmen, die sie zur Gewährleistung der Grundversorgung *und* Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, einschließlich des Verbraucher- und des Umweltschutzes, getroffen haben....“

Allerdings ist die Grundversorgungspflicht nach Auffassung der Kommission ein Unteraspekt der gemeinwirtschaftlichen Leistungen allgemein. So wird die Grundversorgungspflicht im ersten Vorschlag im Rahmen der „gemeinwirtschaftlichen Ziele“ behandelt.⁸⁸⁵

⁸⁸² Definiert als Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. EUR haben.

⁸⁸³ Jones, EU Energy Law, S. 132; ausführlicher unten, D.III.1.c).

⁸⁸⁴ Vgl. oben, B.I.1.

⁸⁸⁵ KOM (2001) 125 final, S. 45; auch Erwägungsgrund 24 der Strom-Richtlinie belegt dies.

(1) Neu: Pflicht statt Option

Bei der alten Strom-Richtlinie war angesichts des vehementen Widerstands der Mitgliedstaaten auf eine gemeinschaftsrechtliche Eingrenzung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, der besonderen Aufgaben und der Mittel zur Gewährleistungen der Aufgabenerfüllung nahezu vollständig verzichtet worden.⁸⁸⁶ Eine vergleichbare obligatorische Grundversorgungspflicht war in der alten Richtlinie von 1996 nicht enthalten.⁸⁸⁷ In Art. 10 Abs. 1 der alten Richtlinie war allerdings die Möglichkeit der Einführung einer Grundversorgungspflicht aufgeführt. Danach konnten die Mitgliedstaaten den Verteilerunternehmen⁸⁸⁸ die Verpflichtung auferlegen, Kunden in einem bestimmten Gebiet zu beliefern. Der Tarif für diese Lieferungen konnte festgelegt werden, z. B. um die Gleichbehandlung der Kunden zu gewährleisten. Aufgrund dieser Norm konnte der Tarif für Lieferungen der Verteilerunternehmer an Endverbraucher festgesetzt werden, damit u.a. Kunden in abgelegenen Gebieten keine höheren Strompreise zahlen müssen als Kunden im städtischen Ballungsraum. Dahinter stand also schon damals der Gedanke, dass die Tätigkeit der Verteilerunternehmer einen gemeinwirtschaftlichen Charakter hat und dass die Versorgung aller Verbraucher mit Strom sichergestellt werden muss.⁸⁸⁹ Die Zulassung staatlicher Preiskontrolle trug dem Umstand Rechnung, dass die Möglichkeit der Verbraucher, Elektrizität zu einem bezahlbaren Preis zu beziehen, Daseinsvoraussetzung ist.⁸⁹⁰ Insofern lagen auch bei Art. 10 Abs. 1 der alten Strom-Richtlinie keine wirklichen Wettbewerbspreise vor, sondern eine wesentliche Durchbrechung wettbewerblicher Prinzipien zugunsten des Verbraucherschutzes.⁸⁹¹ Gegen diese Auffassung wendet sich Ostendorf, der hierin die mildeste staatliche Eingriffsmöglichkeit sieht, da innerhalb dieser Vorschriften keine staatlichen Gegenleistungen für die Verpflichtung vorgesehen seien und diese die eigentlich entscheidende Wettbewerbsbeschränkung ausmachen dürften.⁸⁹² Deshalb bestünde nach seiner Auffassung kein Fremdkörper, da Verpflichtungen der Verteilungsunternehmer, die für die Versorgung aller Verbraucher von besonderer Bedeutung sind, schließlich der Gewäh-

⁸⁸⁶ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 319.

⁸⁸⁷ Auch in der neuen Gas-Richtlinie gibt es eine solche Regelung nicht.

⁸⁸⁸ „Verteilung“ ist nach der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 6 der alten Strom-Richtlinie der Transport von Elektrizität mit mittlerer oder niedriger Spannung über Verteilernetze zum Zwecke der Stromversorgung von Kunden; in der neuen Richtlinie sind nach Art. 2 Nr. 6 "Verteilernetzbetreiber" natürliche oder juristische Personen, die verantwortlich sind für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Verteilung von Elektrizität zu befriedigen.

⁸⁸⁹ Vgl. auch Europäisches Parlament, Erwägungsgrund 5a, Amtsblatt der EG, Nr. C 329 v. 6.12.1993, S. 151; *Britz*, in: RdE 1998, S. 88.

⁸⁹⁰ Vgl. auch Europäisches Parlament, Amtsblatt der EG Nr. C 329, S. 155 vom 6.12.1993, Änderungsvorschlag Nr. 24 – Erwägungsgrund 11b neu.

⁸⁹¹ Vgl. z.B. *Britz*, in: RdE 1998, S. 88ff.

⁸⁹² *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 150.

nung von Ausschließlichkeitsrechten vorgezogen werden müssten.⁸⁹³ Im Rahmen der alten Strom-Richtlinien konnte als Kompensation⁸⁹⁴ für die mögliche Auferlegung der Versorgungspflicht die Tatsache gesehen werden, dass für Verteilnetzbetreiber eine Regelung wie in Art. 8 Abs. 2 für den Betrieb des Übertragungsnetzbetriebes für die Rangfolge der einzusetzenden Produktionsanlagen fehlte.⁸⁹⁵ Daraus konnte aufgrund der alten Strom-Richtlinie noch der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Verteilnetzbetreiber im Gegensatz zum Übertragungsnetzbetreiber an objektive Kriterien, insbesondere den wirtschaftlichen Vorrang nicht gebunden war.⁸⁹⁶

Im Gesetzgebungsverfahren der Beschleunigungsrichtlinien hatte der Vorschlag der Kommission den Geltungsbereich der Grundversorgungsverpflichtung auf alle Kunden ausgedehnt. Der gemeinsame Standpunkt beschränkte diesen Geltungsbereich auf nichtgewerbliche Kunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt halten, Kleinunternehmen. Die Kommission akzeptierte im Folgenden die durch den gemeinsamen Standpunkt eingeführte Beschränkung, da insbesondere nichtgewerbliche Kunden und gegebenenfalls Kleinunternehmen am meisten geschützt werden und Garantien für ihre Stromversorgung haben müssen. Die Mitgliedstaaten können demnach beschließen, den Grundversorgungsschutz einer größeren Gruppe von Unternehmen zukommen zu lassen, sofern diese Maßnahmen mit den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft vereinbar sind.⁸⁹⁷

Die Sicherstellung von gemeinwirtschaftlichen Belangen ist durch die neue Fassung nun nicht mehr völlig fakultativ, sondern für die Mitgliedstaaten teilweise obligatorisch. Die Einführung gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandards, die einen Schritt zur Angleichung des Energiesektors an andere Infrastrukturbereiche bedeutet, folgt dem allgemeinen Universaldienst-Konzept der Kommission.⁸⁹⁸ In diesem Zusammenhang ist allerdings erstaunlich, warum in der deutschen Fassung mit der Grundversorgung ein neuer Begriff eingeführt wird. Schließlich heißt es in der englischen, französischen, spanischen Fassung jeweils „universal“ bzw. „universel“, so dass sich auch hier die Übersetzung „Universaldienst“ angeboten hätte.

⁸⁹³ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 150, Fn. 486.

⁸⁹⁴ *Britz*, in: RdE 1998, S. 88.

⁸⁹⁵ Nach dieser Rangfolge ist der Übertragungsnetzbetreiber im Gegensatz zum Verteilnetzbetreiber berechtigt, seine bereits bestehenden vertraglichen Verpflichtungen zur Abnahme von Elektrizität zu erfüllen, was auch alle Verpflichtungen mit umfasst, die sich aus einer eventuellen Ausschreibung ergeben. Ist also der Übertragungsnetzbetreiber mit einem dritten Kraftwerksbetreiber Abnahmeverpflichtungen eingegangen, so darf er diese bei der Einspeisung in das Netz berücksichtigen. Dabei ist dieses Verständnis der Vorrangregelung aufgrund des Wortlautes „Unbeschadet der Elektrizitätslieferung aufgrund vertraglicher Verpflichtungen“ gedeckt, vgl. *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 266.

⁸⁹⁶ *Britz*, in: RdE 1998, S. 88.

⁸⁹⁷ SEK (2003) 161.

⁸⁹⁸ *Lecheler/Gundel*, in: EWS 2001, S. 254.

(2) „Angemessene“ oder „erschwingliche“ Preise

Im Allgemeinen wird der Preiskomponente im Rahmen der Energieversorgung mangels anderer Produktcharakteristika und –parameter⁸⁹⁹ von den Verbrauchern besondere Bedeutung beigemessen. Deshalb ist von besonderem Interesse auch die Tatsache, dass der Preis der Versorgung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 „angemessen“⁹⁰⁰ ist. Im ersten Vorschlag der Kommission⁹⁰¹ hatte es noch geheißen, dass die Preise: „erschwinglich und angemessen“ sein müssen. Bei der Gegenüberstellung dieser beiden Begriffe kommt es auf die entsprechende Perspektive an: „Erschwinglich“ stellt auf die Verbrauchersicht ab. Demnach ist etwas „erschwinglich“, wenn der Preis günstig bzw. niedrig ist, und somit für den durchschnittlichen Verbraucher unter normalen Umständen kein finanzielles Problem darstellt. Auch das Europäische Parlament wollte nicht nur „angemessene“ Preise, sondern auch „erschwingliche“, wobei in dem Standpunkt des Parlamentes die Parameter aufgezählt wurden, anhand derer die Erschwinglichkeit definiert werden sollte: Erschwinglichkeit sollte unter Berücksichtigung der nationalen Verbraucherpreise, der Einkommen und der Lebenshaltungskosten angemessen definiert werden.⁹⁰²

In seinem Standpunkt vom 13. März 2002 in erster Lesung⁹⁰³ wollte das Europäische Parlament in Art. 3 Abs. 2 Satz 4 festlegen lassen, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Entwicklung der Einzelhandelspreise überwachen und Verbraucherorganisationen konsultiert werden. Darüber hinaus sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten, vor dem Hintergrund der nationalen Bedingungen von bestimmten Unternehmen zu verlagern, den privaten Verbrauchern keine Preise zu berechnen, die über bestimmten Obergrenzen liegen.⁹⁰⁴ „Angemessene“ Preise demgegenüber sind eher anbieterorientiert bzw. kostenorientiert verstehen. Während diese beiden Begriffe normalerweise auf das gleiche Ergebnis für den Verbraucher hinauslaufen, macht sich seit 2004 angesichts von Preisen, die stärker als die Inflationsrate gestiegen sind, und der wachsenden Proteste und Klagen der Verbraucher sowie Verbraucherverbände der Unterschied durchaus bemerkbar.

Der geänderte Vorschlag der Kommission vom 7. Juni 2002⁹⁰⁵ sah lediglich „angemessene Preise“ vor. Die Konsultation mit Verbraucherverbänden und die Möglichkeit, Preisobergrenzen einzuführen, lehnte die Kommission mit der Begründung ab,

⁸⁹⁹ Vgl. schon oben unter B.II.

⁹⁰⁰ In der englischen Fassung heißt es „reasonable prices“; in der französischen Fassung „prix raisonnables“.

⁹⁰¹ KOM (2001) 125 final.

⁹⁰² Standpunkt des Europäischen Parlamentes festgelegt in erster Lesung am 13. März 2002 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2002/./EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/92/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 betreffend der Änderung der Strom-Richtlinie.

⁹⁰³ A5-0077/2002.

⁹⁰⁴ Sobald ein wirksamer Wettbewerb erreicht wäre, sollten sämtliche Obergrenzen wieder aufgehoben werden, vgl. Art. 3 Abs. 2 aE des Standpunkts des Europäischen Parlaments.

⁹⁰⁵ KOM (2002) 304 final, S. 6.

dass diese Regelungen zu sehr ins Einzelne gingen. Auch wies die Kommission wieder auf die Situation in Kalifornien hin, wo Preisobergrenzen zur Versorgungskrise beigetragen haben. Weiter lehnte die Kommission die Formulierung des Europäischen Parlaments, dass die Erschwinglichkeit angemessen definiert werden müsse, mit der Begründung ab, dass sich dies nicht für die Aufnahme in einen Richtlinienartikel eigne. Obwohl damit noch nicht gesagt ist, dass auch die Erschwinglichkeit als solche – im Gegensatz zur Definition des Begriffes - nicht für die Aufnahme in eine Richtlinie geeignet ist, kam der geänderte Vorschlag nun ganz ohne den Begriff „erschwinglich“ aus.

Jones weist darauf hin, dass das übergeordnete Ziel der Binnenmarktrichtlinien sei, kompetitive Preise für die Verbraucher zu erreichen, so dass eine Pflicht in Bezug auf „angemessene Preise“ eigentlich gar nicht erforderlich sei.⁹⁰⁶ Tatsächlich war ein Hauptanliegen bei der Liberalisierung der europäischen Energiemärkte, dass durch Wettbewerb industriellen Großkunden die Möglichkeit verschafft wird, günstiger Energie einzukaufen, da der Anteil der Stromkosten an den Produktionskosten zu hoch und deshalb der Standort Europa Nachteilen ausgesetzt sei.⁹⁰⁷ Jones geht aber in diesem Zusammenhang leider nicht auf die Tatsache ein, dass die Situation von Großkunden mit Verhandlungsmacht und Haushaltsendkunden grundverschieden ist, und kompetitive Preise nur dort entstehen, wo faktischer Wettbewerb bestehen und lieferwillige Kunden Preisdruck auf die Versorger ausüben. Dies ist in punkto Haushaltsendkunden im Strombereich kaum, im Gasbereich faktisch gar nicht der Fall.

(3) Grundversorgung unter Kompetenzgesichtspunkten

Die gemeinschaftsrechtliche Kompetenz für den Erlass der ersten Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas und der Beschleunigungsrichtlinien wurde in der Literatur teilweise bezweifelt.⁹⁰⁸ An dieser Stelle soll jedoch nur speziell die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie im Hinblick auf Kompetenzgesichtspunkte untersucht werden. Während die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, z.B. nach Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie, im Ermessen der Mitgliedstaaten liegen, somit unter Subsidiaritäts- und Kompetenzgesichtspunkten neutral sind und

⁹⁰⁶ Jones, EU Energy Law, S. 133.

⁹⁰⁷ KOM (2001) 125 final, S. 2.

⁹⁰⁸ Vgl. ausführlicher Scholz, in: ET 2001, S. 680; Schmidt-Preuß, in: ZfK 6/2001, S. 32; Baur/Blask, in: ET 2002, S. 640; Lecheler/Gundel, in: EuZW 2003, S. 623; die hM geht dagegen von einer kompetenzrechtlichen Zulässigkeit aus, vgl. nur Schneider, Liberalisierung der Stromwirtschaft, S. 433; ders. in: Schneider Handbuch, § 3 Tz. 66ff; Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 221ff; Jarass, S. 63ff; Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 76; Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 82ff; Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), weist zutreffend darauf hin, dass die Kompetenz der Gemeinschaft zu detaillierten Regelungen hinsichtlich zu gewährleistender Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die hierfür zulässigen Finanzierungsmechanismen von den Mitgliedstaaten für diese in der Vergangenheit erlassenen sektorenbezogenen Regelungen nicht in Frage gestellt wurde, da u.a. die bisherige europäische Gesetzgebungspraxis über die Beteiligung des Rates notwendigerweise auf dem – mehr oder weniger mühsam erzeugten - Konsens der Mitgliedstaaten beruhte.

schon deshalb die Interessen der Mitgliedstaaten nicht verletzen können, ist die Einführung einer Grundversorgung gemäß Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie für die Mitgliedstaaten verpflichtend.⁹⁰⁹ Hier ist fraglich, ob die für die Richtlinie bemühte Kompetenzgrundlage in Art. 95 EG-Vertrag auch die Grundversorgungspflicht abdeckt. So ist teilweise bezweifelt worden, ob Hemmnisse für den Binnenmarkt, insbesondere mögliche Wettbewerbsverzerrungen durch Mindestvorgaben im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen, beseitigt werden.⁹¹⁰ Baur/Lückenbach⁹¹¹ sehen z.B. in den gemeinwirtschaftlichen Leistungen der neuen Richtlinien ein „zentralistisch dirigistisches Konzept“, welches unter anderem gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoße.

Gerade im Bereich etwaiger verpflichtender gemeinwirtschaftlicher Leistungen zielt der Konflikt zwischen dem Gestaltungsanspruch der Gemeinschaft einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits im Kern auf die Frage nach der richtigen Balance von wirtschaftlicher und politischer Integration, von Unterschiedlichkeit und Vereinheitlichung, von demokratischer Legitimation und der integrativen Funktion des Rechts.⁹¹²

Die Beschleunigungsrichtlinie wurde auf Art. 95, Art. 47 Abs. 2 und 55 EG-Vertrag gestützt. Daher soll an dieser Stelle in erste Linie auf die zentrale Norm des Art. 95 eingegangen werden.⁹¹³ Diese Norm ermöglicht Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Auch Maßnahmen im Bereich des Energiebinnenmarktes können auf diese Rechtsgrundlage gestützt werden.⁹¹⁴

⁹⁰⁹ Insgesamt kann man bei der Kommission ein Wunsch nach weiterer rechtsgestaltender Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse über die bereits geregelten großen Infrastruktursektoren mit grenzüberschreitender Bedeutung hinaus erkennen. Im Jahre 2000 möchte die Kommission „politische Botschaft“ des Art. 16 EGV unterstreichen und auf den sich gegenwärtig vollziehende Wandel im Hinblick auf eine Daseinsvorsorge hinweisen, Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2000, KOM (2000) 580 final, Amtsblatt der EG C 17, S. 4, Tz. 57. Ein ähnlicher Tenor lässt sich dem Grünbuch aus dem Jahr 2003 sowie dem Weißbuch aus dem Jahr 2004 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entnehmen.

⁹¹⁰ Storr, in: DÖV 2002, S. 365; siehe auch Baur/Lückenbach, Fortschreitende Regulierung, S. 68.

⁹¹¹ Baur/Lückenbach, Fortschreitende Regulierung, S. 69.

⁹¹² So Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen), die zweifelt, ob diese grundsätzlichen Fragen überhaupt durch das existierende Gemeinschaftsrecht gelöst werden können, oder ob dafür nicht eine verfassungspolitische Auseinandersetzung erforderlich wäre.

⁹¹³ Im EG-Vertrag findet sich keine spezielle Rechtssetzungskompetenz für Dienste von allgemeinem Interesse, so dass auf die allgemeine Rechtssetzungskompetenz in Art. 95 EG-Vertrag zurückgegriffen werden muss. In Art. III-122 der Verfassungsvertrag war eine Erweiterung des Wortlauts des Art. 16 EG-Vertrag vorgesehen, die eine allerdings umstrittene Kompetenz in diesem Bereich normiert hätte.

⁹¹⁴ Aus der Tatsache, dass ein eigener Energietitel im EG-Vertrag ausdrücklich von den Mitgliedstaaten abgelehnt wurde, wurde verschiedentlich der gegenteilige Schluss gezogen, dass die Gemeinschaft überhaupt nicht im Bereich der Energie tätig werden darf. Allerdings gehören Maßnahmen im Bereich der Energie zu den Tätigkeitsfeldern der Gemeinschaft, Art. 3 lit u)

Diese Norm eröffnet eine umfassende Rechtsetzungskompetenz für Rat und Europäisches Parlament zum Erlass von Regelungen, die der Verwirklichung des Ziels des Binnenmarktes dienen und die Errichtung und das Funktionieren dieses Binnenmarktes bezwecken.⁹¹⁵ Das Ziel der Maßnahme muss der Abbau staatlicher Hindernisse für den Binnenmarkt bzw. die Beseitigung der Gefahr sein, dass Unterschiede zwischen den Wettbewerbsordnungen der Mitgliedstaaten spürbare Wettbewerbsverfälschungen schaffen oder aufrechterhalten.⁹¹⁶

Fraglich ist aber, ob die Einführung einer Grundversorgungspflicht diesen Anforderungen angesichts der Tatsache entspricht, dass die nationalen Gegebenheiten sehr unterschiedlich sind. Der Gerichtshof stellte fest, dass Art. 95 EG-Vertrag auch als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen.⁹¹⁷ Die Angleichungskompetenz deckt auch die Schaffung neuer Lösungen für die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes ab, da nicht der kleinste gemeinsame Nenner gefunden werden muss.⁹¹⁸ Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber, dass das Entstehen solcher Hindernisse wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken muss.⁹¹⁹ Ein auf der Grundlage von Art. 95 EG-Vertrag erlassener Rechtsakt muss also tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.⁹²⁰ Genügte bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen, um die Wahl von Art. 95 als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, so könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden.⁹²¹

In dem sogenannten Tabakwerbeverbots-Urteil hatte der Gerichtshof festgestellt, dass Art. 95 EG-Vertrag nicht für solche Angleichungsmaßnahmen herangezogen werden kann, deren Regelungsgehalt nicht konkret und substantiell zur Wirkungsweise des Binnenmarktes beiträgt, sondern ganz allgemein der Verwirklichung der wirtschaftlichen und sozialpolitischen Zielen des EG-Vertrags dient, selbst wenn von

EG-Vertrag. Insofern verlangt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine ausdrückliche Ermächtigung zum Tätigwerden der Gemeinschaft. Zentral ist in diesem Zusammenhang die Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EG-Vertrag; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 81.

⁹¹⁵ EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbeverbotsrichtlinie, Slg. 2000, I-8419, Tz. 83f.

⁹¹⁶ EuGH, Rs. C-491/01 - British American Tobacco, Slg. 2002, I-11453, Tz. 60.

⁹¹⁷ EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbeverbotsrichtlinie, Slg. 2000, I-8419, Tz. 86.

⁹¹⁸ *Jarass*, Europäisches Energierecht, S. 66; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 82; *Lecheler/Gundel*, in: EuZW 2003, S. 623.

⁹¹⁹ EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbeverbotsrichtlinie, Slg. 2000, I-8419, Tz. 86.

⁹²⁰ EuGH, Rs. C-376/98 – Tabakwerbeverbotsrichtlinie, Slg. 2000, I-8419, Tz. 84.

⁹²¹ Der EuGH wies darauf hin, dass bei einem solchen weiten Verständnis die Gefahr bestünde, dass der Gerichtshof an der Wahrnehmung der ihm gemäß Art. 220 EG-Vertrag obliegenden Aufgabe gehindert sei, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern, Tz. 84.

diesen Maßnahmen auch eine positive Wirkung auf die Homogenität der Rahmenbedingungen ausgeht.⁹²²

Die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie geht über eine solche allgemeine Wirkung hinaus und ist deswegen nicht mit der Konstellation der Tabakwerbeverbotsrichtlinie vergleichbar.⁹²³ Soweit der EU-Gesetzgeber eine Förderung des Ziels des Abbaus staatlicher Hindernisse für den Binnenmarkt bzw. die Beseitigung der Gefahr von Wettbewerbsverfälschungen plausibel darlegen kann, sind somit auch Richtlinien über Dienste von allgemeinem Interesse von der Kompetenznorm des Art. 95 EG-Vertrag gedeckt. Art. 95 EG-Vertrag ist auch dann anwendbar, wenn unterschiedliche Rechtsvorschriften die Freizügigkeit von Dienstleistungen berühren und den miteinander konkurrierenden Unternehmen wettbewerbsverfälschende unterschiedliche Restriktionen oder Kostenbelastungen auferlegen.⁹²⁴ Insofern geht es insbesondere darum standortbezogene Wettbewerbsverfälschung für die Unternehmen gemeinschaftsweit abzuschaffen oder zumindest abzumildern.⁹²⁵ Die der Gemeinschaft durch die Harmonisierungskompetenz in Art. 95 EG-Vertrag verliehene Normsetzungsbefugnis ist echte gestalterische, regulative Gesetzgebung, welche funktional an die Stelle der Mitgliedstaaten getreten ist, wobei die Gemeinschaft vormals staatliche Regulierungsaufgaben wahrnimmt.⁹²⁶ Weder ist sie eine bloße technisch-kompromisshafte Angleichung noch verpflichtet sie einseitig auf Liberalisierungsziele.⁹²⁷ Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass Belange, die von den Mitgliedstaaten einseitig ins Feld geführt werden dürfen, nicht nur deshalb unter den Tisch fallen müssen, weil die Gemeinschaft anstelle der Mitgliedstaaten rechtssetzend tätig wird. Die Kompetenz der Gemeinschaft besteht nicht nur darin, die bestehenden Beschränkungen ersatzlos abzuschaffen, sie kann die Materie auch selbst anstelle der Mitgliedstaaten regeln, um Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und dabei zugleich diejenigen Beschränkungen vorsehen, die aus Gründen des

⁹²² *Piphorn/Bardenheuer-Rating/Tascher*, in: von der Groeben/Schwarze, EG-Kommentar, Art. 95 Tz. 31; Der Generalanwalt hat unmissverständlich festgehalten, der Binnenmarkt sei "kein wertfreies Synonym für eine allgemeine Wirtschaftsregulierung". Und der Gerichtshof hat dies um die Aussage ergänzt, die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen nationalen Vorschriften, die nur abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und nur geringfügige, nicht spürbare Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, rechtfertigten die Wahl von Art. 100a EG-Vertrag (heute Art. 95) nicht. Müsse man nur "Binnenmarkt" sagen, um Art. 100a heranziehen zu können, "so könnte der richterlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden". Damit wäre der Gerichtshof an der Wahrnehmung seiner Aufgabe gehindert, die Wahrung des Rechts zu sichern (Art. 220 EG-Vertrag).

⁹²³ So auch *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 82, allgemein zu den Beschleunigungsrichtlinien.

⁹²⁴ *Piphorn/Bardenheuer-Rating/Tascher*, in: von der Groeben/Schwarze, EG-Kommentar, Art. 95 Tz. 31.

⁹²⁵ Siehe *Piphorn/Bardenheuer-Rating/Tascher*, in: von der Groeben/Schwarze, EG-Kommentar, Art. 95 Tz. 19ff.

⁹²⁶ *Klees*, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 75; *Möstl*, in: EuR 2002, S. 325; *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 206f.

⁹²⁷ *Möstl*, in: EuR 2002, S. 325.

Allgemeinwohls erforderlich sind.⁹²⁸ Denn wenn wiederum Beschränkungen aus Gründen des Allgemeinwohls nur auf nationaler Ebene und deshalb unterschiedlich geregelt werden, können dadurch Wettbewerbsverzerrungen fortbestehen. Insgesamt muss die Gestaltung des Binnenmarktes über den reinen Abbau von Beschränkungen hinausgehen.⁹²⁹ Die Harmonisierung im Binnenmarkt soll schließlich für ihren jeweiligen Anwendungsbereich beim Abbau der den Binnenmarkt störenden Rechtsunterschiede auch einen Beitrag zur Erreichung der allgemeinen Ziele des EG-Vertrages leisten, die insbesondere auch auf die Verbesserung der Lebensbedingungen in der Gemeinschaft ausgerichtet sind.⁹³⁰ Die Gemeinschaft ist zudem berechtigt, durch entsprechende Maßnahmen ein gemeinschaftsweit einheitliches Mindestschutzniveau zu etablieren.⁹³¹ Art. 95 Abs. 3 EG-Vertrag zeigt, dass die Gemeinschaft von einem hohen Schutzniveau auszugehen hat. Dieser Grundsatz fügt sich ein in den allgemeinen Gedanken, dass nämlich die Grundfreiheiten und der Binnenmarkt nicht zulasten der Erfüllung anerkannter Staatsaufgaben gehen sollen.

In diesem Zusammenhang soll auch Art. 16 EG-Vertrag erwähnt werden.⁹³² Diese Norm stellt nach herrschender Auffassung zwar keine Kompetenznorm dar.⁹³³ Sie ist aber in der Lage unbestimmte Rechtsbegriffe im Primär- und Sekundärrecht zu beeinflussen.⁹³⁴ Es handelt sich um einen Grundsatz, der bei Realisierung der anderen Gemeinschaftspolitiken beachtet werden muss.⁹³⁵ Deshalb ist auch eine Prägung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Rahmen des Art. 95 EG-Vertrag möglich. Ein möglicher Ansatzpunkt im Rahmen des Art. 95 EG-Vertrag wäre das "Funktionieren" des Binnenmarktes. Zu einem funktionierenden Binnenmarkt gehört nämlich gemäß Art. 16 EG-Vertrag auch, dass die dort angesprochenen Dienste erhalten oder ermöglicht werden.

⁹²⁸ *Möstl*, in: EuR 2002, S. 318; *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 206f; aA *Storr*, in: DÖV 2002, S. 357.

⁹²⁹ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 207; vgl. auch den Unterschied zwischen „negativer Integration“ im Sinne eines reinen Abbaus von Beschränkungen und „positiver Integration“, vgl. unten, D.VI.3.

⁹³⁰ *Piphorn/Bardenheuer-Rating/Tascher*, in: von der Groeben/Schwarze, EG-Kommentar, Art. 95 Tz. 70.

⁹³¹ *Conrad*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 215.

⁹³² *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 218.

⁹³³ *Schneider*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 2, S. 84; *Nettesheim*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 50; *Knauff*, in: VR 2004, S. 297; *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren, S. 63; *Storr*, in: DÖV 2002, S. 361; *Kluth*, in: Henneke (Hrsg.), S. 72; aA *Ross*, ELRev. (25) 2000, S. 38, der davon ausgeht, dass Art. 16 EG-Vertrag einen Gestaltungsanspruch der Gemeinschaft unterstütze, da die Vorschrift anerkenne, dass es Güter von allgemeinem Nutzen gebe, deren Gewährleistung nicht mehr dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen bleiben könne.

⁹³⁴ *Nettesheim*, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 50; *Knauff*, in: VR 2004, S. 297; *Kämmerer*, in: NVwZ 2002, S. 1043; *Koenig/Kühling/Rasbach*, in: ZNER 2003, S. 4; *Kühne*, in: Baur (Hrsg.) 2002, S. 69; *Schmidt*, in: Der Staat, Bd. 42 (2003), S. 239, *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 186f; vgl. schon ausführlich zur Beeinflussung der Tatbestandsmerkmale des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag, unten D.II.1.e)(3).

⁹³⁵ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 205.

Zusammengefasst kann somit auch eine gemeinschaftsweit vereinheitliche Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf Art. 95 EG-Vertrag gestützt werden, solange damit das Ziel des Abbaus von bestehenden Binnenmarkthemmnissen zu erreichen ist.⁹³⁶ Eine Grenze verläuft erst dort, wo dieses Ziel eindeutig nicht mehr gefördert wird.⁹³⁷ Bei diesen Überlegungen steht dem Gemeinschaftssetzgeber zudem ein weiter Ermessensspielraum zu.

Auch der Grundsatz der Subsidiarität, Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag, muss im Rahmen der Einführung einer Grundversorgungspflicht beachtet werden. Die Gemeinschaft kann nach der Subsidiaritätsregel in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag ihre Kompetenz nur wahrnehmen, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden.⁹³⁸ Zweifel⁹³⁹ an der Zulässigkeit von Mindestvorgaben im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wurden deshalb prinzipiell auch auf das Subsidiaritätsprinzip gestützt, welches die grundsätzlich gegebene Kompetenz der Gemeinschaft noch weiter einschränken soll.⁹⁴⁰ So wird argumentiert, dass eine gemeinschaftsweite Liberalisierung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen nur in den Sektoren erfolgen dürfe, die aufgrund ihrer Größenordnung oder strukturellen Vernetzung eine europäische Dimension aufweisen.⁹⁴¹

⁹³⁶ *Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen)*. Führt eine Richtlinie zumindest zum teilweisen Abbau von bislang bestehenden Binnenmarkthemmnissen durch unterschiedliche mitgliedstaatliche Ausgestaltungen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, so sind die Voraussetzungen der Harmonisierungskompetenz selbst dann als erfüllt zu ansehen, wenn diese, wie etwa im Falle der ersten Energiebinnenmarkttrichtlinien, den Abschluss des Wettbewerbs in anderen Teilmärkten noch zulassen und damit sanktionieren.

⁹³⁷ Dies wäre etwa dann anzunehmen, wenn die Gemeinschaft einen höheren Standard von gemeinwirtschaftlichen Leistungen festlegen will, als er bisher in den Mitgliedstaaten angeboten wird, und zu diesem Zweck die Anwendbarkeit der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln in größerem Umfang einschränken will, als dies die Mitgliedstaaten bislang getan haben, *Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen)*.

⁹³⁸ Bei der Unschärfe des Besser- bzw. des Erforderlichkeitskriterium wird auch die politische Komponente offenbar. *Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen)*, weist in diesem Zusammenhang zurecht darauf hin, dass die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse insbesondere davon abhängt, für wie wichtig man die durch Vereinheitlichung ermöglichte Öffnung dieser Märkte für den Wettbewerb hält, bzw. wie viel Unterschiede zwischen den nationalen Marktordnungen als hinnehmbar oder wünschenswert erachtet werden.

⁹³⁹ *Baur/Lückenbach, Fortschreitende Regulierung*, S. 69f.

⁹⁴⁰ Ausführlicher zum Subsidiaritätsprinzip auch *Jarass, Europäisches Energierecht*, S. 76ff; *Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen)*, weist in diesem Zusammenhang allerdings auch darauf hin, dass die Anwendung der Rechtsgrundlage und die im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips relevanten Aspekte generell auf den gleichen Abwägungen beruhen. Insofern stützen sich Hoffnungen auf eine Eindämmung der Rechtsetzungsaktivitäten der EU im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 Abs. 2 EG-Vertrag, das dahingehend verstanden wird, dass sich die Gemeinschaft umfassender Regulierungen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen enthalten müsse, *Storr*, in: *DÖV* 2002, S. 361f.

⁹⁴¹ Auch die Kommission führte in ihrem Grünbuch aus dem Jahr 2003 das Subsidiaritätsprinzip als Maßstab für den möglichen Umfang von Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der

Der Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen stehe im besonders geschützten Interesse der einzelnen Mitgliedstaaten und dürfe demzufolge nur von den Mitgliedstaaten nach eigenem Ermessen und nach den nationalen Besonderheiten geregelt werden.⁹⁴² Gegen eine Gestaltung durch die EU wird etwa eingewendet, dass die nationalen bzw. regionalen oder kommunalen Behörden den lokalen Besonderheiten und Bedürfnissen der Bevölkerung im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse am besten Rechnung tragen könnten. Die Unterschiedlichkeit der Bedürfnisse in den verschiedenen Teilen der EU stünde einer europaweit einheitlichen, detaillierten Definition von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entgegen⁹⁴³.

Aber auch unter Subsidiaritätsgründen ist die Grundversorgungspflicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.⁹⁴⁴ Da die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen ein Anlass zu einer Rechtsangleichung sein kann, und die einheitliche Entwicklung der Wirtschafts- und Lebensbedingungen in allen Teilen der Gemeinschaft die Mitgliedstaaten überfordern kann, setzen bestimmte Mindestvorschriften unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus. Bei einer erforderlichen Angleichung unterschiedlicher nationaler Bestimmungen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen, kann dies in der Regel nur auf Gemeinschaftsebene erfolgen.⁹⁴⁵ So stellt das Ziel der Grundversorgungspflicht einen gewissen Mindeststandard im Verbraucherschutz im Rahmen der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf den Elektrizitätsmärkten dar. Dies kann alleine auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend erreicht werden.⁹⁴⁶

Herrmann weist darauf hin, dass das Spannungsverhältnis zwischen den wettbewerbsorientierten europäischen Liberalisierungsvorgaben und nationalen Gemeinwohlkonzepten sich durch die vollständige Marktöffnung und verstärktem zwischenstaat-

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse an, Mitteilung der Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.5.2003, KOM (2003) 270 final, Tz. 12, 28 ff.

⁹⁴² *Storr*, in: DÖV 2002, S. 361; *Baur/Lückenbach*, Fortschreitende Regulierung, S. 69f.

⁹⁴³ Vgl. die Darstellungen bei *Rottmann*, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁹⁴⁴ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 85; *Möstl*, in: EuR 2002, S. 357f.

⁹⁴⁵ *Linder*, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 208; ob die Probleme auf den nationalen Märkten tatsächlich auf Ebene der Mitgliedstaaten hätten gelöst werden können, kann natürlich nicht ohne weiteres geklärt werden. Auf jeden Fall ist das Subsidiaritätsprinzip ex-post nur beschränkt gerichtlich überprüfbar. Zudem besitzen die zuständigen Gemeinschaftsorgane bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte einen Ermessensspielraum, der gerichtlich nur auf offenkundige Fehler zu überprüfen ist, *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 84.

⁹⁴⁶ Vgl. für die Strom-Richtlinie als Ganzes: Erwägungsgrund 31: Da das Ziel der beabsichtigten Maßnahme, nämlich die Schaffung eines voll funktionsfähigen Elektrizitätsbinnenmarkts, auf dem fairer Wettbewerb herrscht, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden kann und daher wegen des Umfangs und der Wirkungen der Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen ist, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Art. 5 des Vertrags niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem im demselben Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip geht diese Richtlinie nicht über das für die Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.

lichem Wettbewerb noch zu verstärken droht.⁹⁴⁷ Hier kann eine gemeinschaftsweit gleichwertige Wettbewerbsintensität und ein gemeinsames Mindestmaß an Gemeinwohlorientierung nur noch auf Gemeinschaftsebene sichergestellt werden.⁹⁴⁸

Letztlich wird auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag bemüht, um die Zulässigkeit bestimmter gemeinwirtschaftlicher Mindeststandards anzuzweifeln. Nach Art. 5 Abs. 3 EG-Vertrag dürfen die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinausgehen. Angesichts des weiten Spielraums und der Tatsache, dass nur offensichtliche Irrtümer und Ermessensmissbrauch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung herausgesiebt werden können, erweist sich auch diese Begrenzung der Kompetenz als nicht griffig genug, um durchschlagende Zweifel an der Zulässigkeit der Grundversorgungspflicht entstehen zu lassen.⁹⁴⁹

(4) Vergleich zum Universaldienst im Telekommunikationssektor

Die Grundversorgungspflicht kommt dem Universaldienstkonzept im Telekommunikationssektor⁹⁵⁰ zwar nahe. Dennoch bestehen wesentliche Unterschiede.

Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation weist von allen Wirtschaftssektoren die detailliertesten Vorgaben auf.⁹⁵¹ Maßgeblich ist hier die so genannte Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG⁹⁵² des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, welche die Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst abgelöst hat.

Die Regelungen des Universaldienstes sind schon auf den ersten Blick umfangreicher und detaillierter als die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie. Dies ist natürlich zu einem Teil der Tatsache geschuldet, dass sich im Telekommunikationssektor auch mehr technische Komponente und Dienstleistungen anbieten, während die Ware Elektrizität homogen ist, und die entsprechenden Bedürfnisse eines normalen Haushaltskunden sehr eindimensional sind. Aufgrund des sehr dynamischen Charakters des Telekommunikationssektors müssen den fortschreitenden technischen Möglichkeiten bei der Ausgestaltung des Universaldienstes Rechnung getragen werden. Das Konzept des Universaldienstes muss weiterentwickelt werden, um Fortschritten bei der Technik und der Marktentwicklung sowie geänderten Nutzerbedürfnissen zu entsprechen.⁹⁵³

Nach Art. 3 der Universaldienstrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die in der Richtlinie beschriebenen Dienste mit der angegebenen Qualität allen Endnut-

⁹⁴⁷ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 86.

⁹⁴⁸ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 86.

⁹⁴⁹ Vgl. auch Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 86.

⁹⁵⁰ Ausführlich Windthorst, Die Universaldienste im Bereich der Telekommunikation, Berlin 2002.

⁹⁵¹ Rottmann, Vom Wettbewerbsrecht zur Ordnungspolitik (im Erscheinen).

⁹⁵² Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, Amtsblatt der EG Nr. L 108 vom 24.04.2002 S. 50ff.

⁹⁵³ Erwägungsgrund 1 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG.

zern in ihrem Hoheitsgebiet, unabhängig von ihrem geografischen Standort und, unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung gestellt werden. Dabei legen die Mitgliedstaaten den effizientesten und am besten geeigneten Ansatz fest, mit dem der Universaldienst sichergestellt werden kann, wobei die Grundsätze der Objektivität, Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit einzuhalten sind.⁹⁵⁴

Die Bereitstellung eines Festnetzanschlusses, der mittlerweile für einen funktionalen Zugang zum Internet ausreichend sein muss, vgl. Art. 4, gehört zum Universaldienst. Zusätzlich müssen gemäß Art. 5 den Nutzern mindestens jährlich aktualisierte Teilnehmerverzeichnisse und ein Telefonauskunftsdienst zur Verfügung stehen. Gemäß Art. 6 sind öffentliche Münz- und Kartentelefone in einer Art und Weise bereitzustellen, dass „die vertretbaren Bedürfnisse der Endnutzer hinsichtlich der geografischen Versorgung, der Zahl der Telefone, der Zugänglichkeit derartiger Telefone für behinderte Nutzer und der Dienstqualität“ erfüllt werden.

Auch zur Erschwinglichkeit⁹⁵⁵ der Tarife finden sich in Art. 9 Angaben. Danach wachen die nationalen Regulierungsbehörden über die Entwicklung und Höhe der Endnutzertarife der Dienste, die gemäß den Artikeln 4, 5, 6 und 7 unter die Universaldienstverpflichtungen fallen und von benannten Unternehmen erbracht werden, wobei die Erschwinglichkeit insbesondere im Verhältnis zu den nationalen Verbraucherpreisen und Einkommen zu bestimmen ist.⁹⁵⁶

Zusätzlich heißt es in Erwägungsgrund 10, dass Erschwinglichkeit bei einem Preis vorliegt, den der Mitgliedstaat unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten auf nationaler Ebene festlegt, was auch die Festlegung standortunabhängiger einheitlicher Tarife oder besondere Tarifoptionen zur Abdeckung der Bedürfnisse einkommensschwacher Nutzer umfassen kann. Die Erschwinglichkeit für die einzelnen Verbraucher hängt auch mit ihren Möglichkeiten zusammen, ihre Ausgaben zu überwachen und zu steuern. Auch für den Fall der Nichtzahlung von Rechnungen für die Nutzung des öffentlichen Telefonnetzes an festen Standorten bestehen ausführliche Regelungen, die gewährleisten sollen, dass der Teilnehmer rechtzeitig und angemessen auf eine bevorstehende Unterbrechung des Dienstes oder Trennung vom Netz hingewiesen wird.⁹⁵⁷ Außer in Fällen von Betrug oder wiederholter verspäteter oder nicht erfolgter Zahlung wird damit außerdem sichergestellt, dass eine Dienstun-

⁹⁵⁴ Die Mitgliedstaaten müssen schließlich dafür Sorge tragen, Marktverfälschungen zu minimieren, insbesondere die Erbringung von Diensten zu Preisen oder sonstigen Bedingungen, die von normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten abweichen, und berücksichtigen dabei die Wahrung des öffentlichen Interesses.

⁹⁵⁵ Im Gegensatz zur Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3, demgemäß lediglich angemessene, leicht und eindeutig vergleichbare und transparente Preise gefordert werden.

⁹⁵⁶ Nach Art. 9 Abs. 2 haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, unter Berücksichtigung der nationalen Gegebenheiten zu verlangen, dass die benannten Unternehmen den Verbrauchern Tarifoptionen oder Tarifbündel anbieten, die von unter üblichen wirtschaftlichen Gegebenheiten gemachten Angeboten abweichen, insbesondere um sicherzustellen, dass einkommensschwache Personen oder Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen Zugang zum öffentlichen Telefondienst haben und diesen nutzen können.

⁹⁵⁷ Vgl. Anhang I A e) der Universaldienstrichtlinie.

terbrechung, soweit dies technisch möglich ist, auf den betreffenden Dienst beschränkt wird.⁹⁵⁸ Die Trennung vom Netz aufgrund nicht beglichener Rechnungen sollte erst erfolgen, nachdem dies dem Teilnehmer rechtzeitig angekündigt wurde. Die Mitgliedstaaten können vor der endgültigen Trennung vom Netz einen Zeitraum mit eingeschränktem Dienst zulassen, während dessen Verbindungen erlaubt sind, bei denen für den Teilnehmer keine Gebühren anfallen (z. B. Notrufe unter der Nummer 112). Auch in diesem Punkt unterscheidet sich der Universaldienst von den Regelungen der Grundversorgungspflicht in der Strom-Richtlinie, die nur allgemein auf das Problem des Versorgungsausschlusses eingeht.⁹⁵⁹

Schließlich enthält Art. 13 der Universaldienstrichtlinie auch ausdrückliche Vorgaben bezüglich der Finanzierung der Universaldienstverpflichtungen, welche in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie nicht angesprochen wird. Insbesondere wird dort kein Grundversorgungsfond oder ähnliches eingerichtet.⁹⁶⁰

Wenn die nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage der Berechnung der Nettokosten feststellen, dass ein Unternehmen unzumutbar belastet wird, beschließen die Mitgliedstaaten auf Antrag des benannten Unternehmens, ein Verfahren einzuführen, mit dem das Unternehmen für die ermittelten Nettokosten unter transparenten Bedingungen aus öffentlichen Mitteln entschädigt wird⁹⁶¹, bzw. die Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen unter den Betreibern von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten aufgeteilt werden.⁹⁶²

Insgesamt war der Ansatz im Telekommunikationsbereich schon früher der „Wettbewerb durch Regulierung“, der sich durch tiefere Liberalisierung und entsprechende abfedernde Maßnahmen auszeichnete. Im Energiebereich waren die ersten Liberalisierungsschritte demgegenüber wesentlich zaghafter als im TK-Sektor.

⁹⁵⁸ Vgl. auch Erwägungsgrund 16: Außer in Fällen wiederholter verspäteter Zahlung oder Nichtzahlung von Rechnungen sollten die Verbraucher von der sofortigen Trennung vom Netz aufgrund von Zahlungsverzug geschützt sein und, insbesondere im Fall strittiger hoher Rechnungen für Mehrwertdienste, weiterhin Zugang zu wesentlichen Telefondiensten haben, solange die Streitigkeit nicht beigelegt ist. Die Mitgliedstaaten könnten die weitere Gewährung des Zugangs davon abhängig machen, dass der Teilnehmer weiterhin die Mietentgelte für die Leitung zahlt.

⁹⁵⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 5: Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht, einschließlich Maßnahmen zur Vermeidung eines Ausschlusses von der Versorgung.

⁹⁶⁰ Vgl. ausführlicher unten.

⁹⁶¹ Art. 13 Abs. 1 lit a).

⁹⁶² Art. 13 Abs. 1 lit b.) Art. 12 Abs. 2 bestimmt darüber hinaus Folgendes: Wenn die Nettokosten gemäß Abs. 1 Buchstabe b) aufgeteilt werden, haben die Mitgliedstaaten ein Aufteilungsverfahren einzuführen, das von der nationalen Regulierungsbehörde oder einer Stelle verwaltet wird, die von den Begünstigten unabhängig ist und von der nationalen Regulierungsbehörde überwacht wird. Es dürfen nur die gemäß Art. 12 ermittelten Nettokosten der in den Artikeln 3 bis 10 vorgesehenen Verpflichtungen finanziert werden.

(5) Verbleibende nationale Spielräume

Durch die Einführung Mindeststandards für die Mitgliedstaaten sollen die mitgliedstaatlichen Spielräume bei der Gestaltung der liberalisierten Energiemärkte insgesamt weiter eingeschränkt werden⁹⁶³, wobei es den Mitgliedstaaten freigestellt ist, über diese Mindeststandards hinauszugehen.⁹⁶⁴ In dem ersten Vorschlag wurde die Grundversorgungspflicht insbesondere mit den Notwendigkeiten der fortschreitenden Marktöffnung begründet: „Um die Grundversorgung im Elektrizitätssektor trotz fortschreitender Marktöffnung sicherzustellen, hält es die Kommission **für erforderlich**, eine Bestimmung in den Vorschlag aufzunehmen, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Grundversorgung zu gewährleisten.“⁹⁶⁵ Allerdings verbleibt den Mitgliedstaaten im Rahmen der Grundversorgungspflicht selbst noch immer viel Gestaltungsraum, da lediglich Mindeststandards verbindlich festgelegt werden.⁹⁶⁶ Insbesondere im Vergleich zum Universaldienst im Telekommunikationssektor enthalten Vorgaben zur Grundversorgungspflicht nur einen eher allgemeinen Pflichtenumfang ohne genauere Konkretisierung.⁹⁶⁷

So haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, kleine Unternehmen einzubeziehen und zur Gewährleistung der Bereitstellung der Grundversorgung einen Versorger letzter Instanz zu benennen. Dieser wäre verpflichtet, im Falle der Insolvenz eines Versorgers dessen Kunden zu übernehmen und weiterzuversorgen.⁹⁶⁸ Die Maßnahmen können nach den jeweiligen Gegebenheiten in den entsprechenden Mitgliedstaaten unterschiedlich sein. Wird die Grundversorgung auch kleinen Unternehmen angeboten, so können die Maßnahmen zur Gewährleistung dieses Angebots für Haushalts-Kunden und kleine Unternehmen unterschiedlich ausfallen. In den Erwägungsgründen wird die Möglichkeit spezifischer Maßnahmen für die Begleichung von Stromrechnungen oder allgemeinere Maßnahmen innerhalb der Sozialsicherungssysteme genannt.⁹⁶⁹ Letztere Aussage ist aber eigentlich schon aus folgender Überlegung nicht nötig: Wenn es den Mitgliedstaaten schon unbenommen bleibt, überhaupt eine Grundversorgung für kleinere und mittlere Unternehmen einzuführen, dann ergibt schon ein a maiore ad minus Schluss, dass die Mitgliedstaaten für die kleinen und mittleren Unternehmen auf jeden Fall auch nur eine weniger gut ausgestaltete Grundversorgung einführen dürfen.

Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie enthält keinerlei Aussagen darüber, wer die Grundversorgung zu leisten hat. Insbesondere ist keine staatliche Leistungserbringung erforderlich, sondern lediglich die Gewährleistung durch den Mitgliedstaat,

⁹⁶³ *Schneider/Prater*, in: RdE 2004, S. 63.

⁹⁶⁴ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EG, S. 160.

⁹⁶⁵ KOM (2001) 125 final, S. 45.

⁹⁶⁶ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 164.

⁹⁶⁷ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), S. 110.

⁹⁶⁸ Vgl. *Schneider/Prater*, in: RdE 2004, S. 63.

⁹⁶⁹ Erwägungsgrund 24.

dass überhaupt eine Grundversorgung eingerichtet wird. Die Frage, wer denn Grundversorger sei, ist z.B. in Deutschland heftig umstritten.⁹⁷⁰ Auch Fragen der Kompensation werden im Art. 3 Abs. 3 nicht verbindlich geregelt.

(6) Finanzierung der Grundversorgungspflicht

Auch im Rahmen der Grundversorgung ist fraglich, in welcher Art wirtschaftliche Nachteile eines Unternehmens, welchem die Grundversorgung obliegt, ausgeglichen werden können. Insbesondere besteht auch hier die grundsätzliche Gefahr des „Rosenpickens“ und damit einhergehend die Möglichkeit einer schlechteren Durchmischung eines Versorgungsgebiets.

Art. 3 Abs. 3 enthält sich jeglicher Aussage zu diesem Aspekt. Insbesondere wird kein Grundversorgungsfond oder ähnliches eingerichtet. Dass die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs oder anderer Art von Gegenleistungen oder auch Alleinrechte möglich sind, zeigt Art. 3 Abs. 4, der sich ausdrücklich auf Art. 3 Abs. 3 bezieht. Die Gewährung einer etwaigen Kompensation muss demnach auf nicht diskriminierende, transparente Weise geschehen. Darüber hinaus steht die Gewährung einer Kompensation im Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaats.

In diesem Zusammenhang wird z.B. die Möglichkeit eines temporären Monopols diskutiert, um wirtschaftlich gesehen die Grundversorgung aufrecht zu erhalten.⁹⁷¹ Ein solches wäre jedoch weder nach Art. 24 Abs. 1 der Stromrichtlinie noch nach Art. 3 Abs. 5 zu rechtfertigen: Im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 erscheinen die Anforderungen einer „plötzlichen Marktkrise“ oder „Gefahr für die Sicherheit von Personen, Geräten oder Anlagen“ als zu hoch, als das diese aufgrund der Grundversorgungspflicht eintreten könnten, zumal auch hier aus Verhältnismäßigkeitsgründen zunächst andere Maßnahmen gewählt werden müssten. Auch Art. 3 Abs. 8 ist nicht einschlägig. Dieser Artikel muss eng⁹⁷² ausgelegt werden und setzt voraus, dass dem entsprechenden Unternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen i. S. d. Art. 3 Abs. 2 aufgelegt wurden. Diese können sich jedoch nur auf die abschließend⁹⁷³ aufgeführten Aspekte⁹⁷⁴ beziehen und sind von der Grundversorgungspflicht abzugrenzen. Die Grundversorgung ist nämlich kein Unterbegriff der gemeinwirtschaftlichen Ver-

⁹⁷⁰ Das neue EnWG aus dem Jahre 2005 schafft das 20 Jahre alte Konzept des „allgemeinen Versorgers“ ab. An dessen Stelle tritt gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 EnWG der Grundversorger, der alle drei Jahre neu festgestellt werden muss und damit auch wechseln kann. Wer die Grundversorgung ausführt, bestimmt sich rein faktisch allein nach den Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse am Markt. Grundversorger ist jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Dies wirft sowohl verfassungsrechtliche Fragen auf, inwieweit nämlich den Kommunen die ihnen bisher gemäß § 13 Abs. 2 EnWG a.F zugewiesene Bestimmung des kommunalen Versorgers entzogen werden kann, als auch praktische Fragen des Übergangs der Grundversorgungspflicht, vgl. auch *Boos*, in: IR 2005, S. 101ff; *Hellermann*, in: ZNER 2004, S. 329ff; *Hampel*, in: ZNER, S. 117ff; *Galahn*, in: RdE 2004, S. 35ff.

⁹⁷¹ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, Seite . 259.

⁹⁷² Vgl. schon oben D.II.1.d.) (1).

⁹⁷³ Vgl. schon oben D.II.1.b)(3)(d).

⁹⁷⁴ Auch der Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie muss wie Art. 3 Abs. 8 als Ausnahmevorschrift eng ausgelegt werden.

pflichtungen⁹⁷⁵. Auch Art. 3 Abs. 4 der Stromrichtlinie zeigt, dass die Grundversorgungspflicht des Art. 3 Abs. 3 keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung i. S. d. Art. 3 Abs. 2 darstellt. Diese Norm wäre nämlich überflüssig, wenn man die Grundversorgungspflicht unter Art. 3 Abs. 2 subsumieren könnte, da der finanzielle Ausgleich im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 sowieso schon den Anforderungen des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag⁹⁷⁶ unterliegt und auch Art. 3 Abs. 2 selbst schon das Transparenz- und das Nichtdiskriminierungsgebot enthält. Die Existenz von Art. 3 Abs. 4 macht also nur Sinn, wenn die Grundversorgung eben nicht ein Unterfall der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2 ist und damit auch nicht im Rahmen dieses Art. 3 Abs. 8 Strom-Richtlinie in Betracht kommt. Selbst wenn man dann noch Art. 3 Abs. 8 auf die Grundversorgungspflicht anwenden möchte, würde das Kriterium der Erforderlichkeit wohl kaum zu erfüllen sein.⁹⁷⁷ Schließlich müsste in diesem Zusammenhang nachgewiesen werden, dass kein milderes Alternativinstrument zur Verfügung steht, um die Grundversorgung zu gewährleisten. Zur Verfügung steht aber zum einen die Möglichkeit der Einrichtung eines Grundversorgungsfonds bzw. nationale finanzielle Kompensationsmöglichkeiten, die den Anforderungen des Art. 3 Abs. 4 der Strom-Richtlinie⁹⁷⁸ genügen müssen.

(7) Zusammenfassung

Auch wenn den Mitgliedstaaten im Vergleich zum Telekommunikationssektor noch viele Spielräume verbleiben, bedeutet die Einführung einen Schritt in Richtung mehr Regulierung im Energiesektor. Zu dem jetzigen Entwicklungsstand gemeinschaftlicher Integration im Energiebereich gehören nun auch Mindeststandards im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und insbesondere die Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie. Mit dieser verbindlichen Vorgabe hat allgemeines Gedankengut des *service publics* einen prominenteren Platz im Gemeinschaftsrecht eingenommen.

g) Maßnahmen für Endkunden und schutzbedürftige Kunden, Art. 3 Abs. 5 der Strom-Richtlinie

Auch eine weitere Neuregelung mit verbindlichem Charakter verdient Beachtung: Art. 3 Abs. 5 betrifft im Wesentlichen zwei unterschiedliche Aspekte des Verbraucherschutzes. Zum einen den Schutz der Verbraucher, die keine lukrativen Kunden darstellen; zum anderen allgemeine Anforderungen, die alle Energiekunden betreffen.

In Art. 3 Abs. 5 der Strom-Richtlinie sind sowohl sehr generelle als auch spezielle Vorgaben enthalten.⁹⁷⁹ Diese Vorschrift ist völlig neu und hat kein Gegenstück in den

⁹⁷⁵ Vgl. schon oben B.I.1. und D.II.1.f).

⁹⁷⁶ Vgl. Erwägungsgrund 29.

⁹⁷⁷ So im Ergebnis auch Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 259; *Lecheler/Gundel*, in: *EuZW* 2003, S. 625.

⁹⁷⁸ Zu den Anforderungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 4 der Stromrichtlinie und der Bedeutung des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vgl. oben D.II.1.c)(2); zur Alternative der Fondeinrichtung im französischen Recht *Lecheler/Gundel*, in: *RdE* 2000, S. 168.

⁹⁷⁹ *Jones*, *EU Energy Law*, S. 140.

alten Richtlinien. Nach Art. 3 Abs. 5 Satz 1 sollen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden ergreifen und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht, einschließlich Maßnahmen zur Vermeidung eines Ausschlusses von der Versorgung. Der Begriff „schutzbedürftige Kunden“ wird in der Richtlinie nicht definiert. Diese besonders schutzbedürftigen Kunden sind in erster Linie sozial schwächere Kunden, wie z.B. ältere, arbeitslose oder behinderte Menschen.⁹⁸⁰

Die Richtlinie vermeidet hier den Ausdruck Verbraucher⁹⁸¹ und bezieht sich stattdessen auf Endkunden, die nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 9 Kunden sind, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen. Ein Vergleich mit der Begriffsbestimmung der Haushalts-Kunden in Art. 2 Nr. 10⁹⁸² zeigt, dass Endkunden auch gewerbliche Kunden sein können. Insbesondere enthalten diese Definitionen keine Beschränkung auf natürliche Personen.

Satz 1 trifft zwar dabei eine verbindliche Regelung für die Mitgliedstaaten, die aber dadurch verwässert wird, als dass es natürlich wiederum im Ermessen der Mitgliedstaaten ist, was die „geeigneten Maßnahmen“ sind und worin ein „angemessener Schutz“ besteht. Zwar gehören zu diesen Maßnahmen auch solche zur Vermeidung eines Ausschlusses von der Versorgung, jedoch verbleibt auch hier ein großer Ermessensspielraum bei den Mitgliedstaaten. Zum einen werden keine speziellen Maßnahmen genannt.⁹⁸³ Zum anderen nennt Erwägungsgrund 24 auch die Möglichkeit von allgemeineren Maßnahmen innerhalb der Sozialversicherungssysteme. Insofern können Mitgliedstaaten ihrer Pflicht aus Art. 3 Abs. 5 Satz 1 der Strom-Richtlinie dadurch nachkommen, dass allgemeine Normen des Sozialrechts den Betroffenen die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen, um einen Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden.⁹⁸⁴

Auch die unlukrativen Kunden in abgelegenen Gebieten sind schutzbedürftig. Zum einen ist es mit hohen, zumeist unrentierlichen Kosten verbunden, solche entlegenen Anschlüsse zu legen; zum anderen können auch vorhandene Anschlüsse aufgrund der längeren Transportwege möglicherweise nur zu höheren Preisen versorgt werden. Der erste Aspekt ist dabei grundsätzlich schon von der Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie erfasst.⁹⁸⁵

⁹⁸⁰ KOM (2001) 125 final, S. 45f; wobei behinderte und ältere Menschen in erster Linie deshalb schutzbedürftig im Sinne dieser Vorschrift sind, weil sie zu überproportional zu der Gruppe der finanziell Schwächeren gehören, *Jones*, EU Energy Law, S. 141.

⁹⁸¹ Vgl. allgemein zu Fragen des Verbraucherschutzes und dessen Verhältnis zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Rahmen der Beschleunigungsrichtlinien, D.II.5.

⁹⁸² Nach Art. 2 Nr. 10 sind Haushaltskunden Kunden, die Elektrizität für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen; dies schließt gewerbliche und berufliche Tätigkeiten nicht mit ein.

⁹⁸³ Wie zum Beispiel langwierige Verfahren, die eingehalten werden müssen, bevor es bei bestimmten Kundengruppen tatsächlich zur Versorgungseinstellung kommt; Zuschüsse bei witterungsbedingt erhöhte Energierechnungen und besondere Bezahlungsmodalitäten, Erwägungsgrund 24; siehe auch *Jones*, EU Energy Law, S. 141.

⁹⁸⁴ *Jones*, EU Energy Law, S. 141.

⁹⁸⁵ Ausführlicher zur Grundversorgungspflicht siehe oben D.II.1.f).

Jones⁹⁸⁶ geht davon aus, dass zusätzliche Maßnahmen dieses Absatzes deshalb Gas-kunden betreffen müssen, da diese Regelung quasi schon von der Grundversor-gungspflicht abgedeckt sei.⁹⁸⁷ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen: zum einen macht es wenig Sinn, eine Regelung, die den Gasbereich betrifft, in der Strom-Richtlinie zu verorten. Immerhin betrifft die Strom-Richtlinie gemäß Art. 1 Satz 1 Strom-Richtlinie gemeinsame Vorschriften lediglich für die Elektrizitätserzeugung, -übertragung, -verteilung und -versorgung. Zum anderen bleibt auch ohne die Erstreckung dieser Norm auf den Gasbereich ein Regelungsgehalt für Art. 3 Abs. 5 Satz 2 erhalten: Dieser Satz betrifft nämlich Endkunden⁹⁸⁸, während die Grundversorgungspflicht "Haushalts-Kunden" betrifft, also Kunden, die Elektrizität für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen, wobei gewerbliche und berufliche Tätigkeiten nicht mit eingeschlossen sind.⁹⁸⁹ Zusätzlich haben die Mitgliedstaaten jedoch im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 die Möglichkeit, Kleinunternehmen mit einzubeziehen, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. EUR haben.⁹⁹⁰ Daher kann man den Art. 3 Abs. 5 Satz 2 auch so verstehen, dass auch diejenigen Endkunden, die weder Haushaltskunden noch Kleinunternehmen sind, erfasst sein sollen. Nach Art. 3 Abs. 5 Satz 2 ist es hier aber auf jeden Fall optional, ob die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen wollen.

In den folgenden Sätzen werden allgemeine Inhalte des Verbraucherschutzes behandelt. Danach sollen die Mitgliedstaaten einen hohen Verbraucherschutz gewährleisten, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren. Die Mitgliedstaaten stellen nach Art. 3 Abs. 5 Satz 4 weiter sicher, dass zugelassene Kunden tatsächlich zu einem neuen Lieferanten wechseln können. Zumindest im Fall der Haushalts-Kunden schließen solche Maßnahmen die in Anhang A aufgeführten Maßnahmen ein. Dabei soll der Anhang A die Maßnahmen zum Schutz der Kunden in Art. 3 konkretisieren. Unbeschadet der Verbraucherschutzvorschriften der Gemeinschaft, insbesondere der Richtlinien 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und 93/13/EG des Rates, soll mit den in Art. 3 genannten Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Kunden Anspruch auf einen Vertrag mit ihren Anbietern von Elektrizitätsdienstleistungen haben, in dem ein bestimmter Mindestinhalt⁹⁹¹ festgelegt ist, damit der Kunde

⁹⁸⁶ Jones, EU Energy Law, S. 142.

⁹⁸⁷ Zwar findet sich auch in der Gas-Richtlinie eine ähnliche Regelung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2, danach können die Mitgliedstaaten ebenfalls Maßnahmen zum Schutz von Kunden in abgelegenen Gebieten treffen, diese sind aber im Vergleich zur Stromlinie schon angeschlossen.

⁹⁸⁸ Nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 9) sind "Endkunden" Kunden, die Elektrizität für den eigenen Verbrauch kaufen.

⁹⁸⁹ Vgl. Art. 2 Nr. 10. der Strom-Richtlinie.

⁹⁹⁰ So die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Strom-Richtlinie.

⁹⁹¹ Diese Angaben sind: Name und Anschrift des Anbieters, erbrachte Leistungen und angebotene Qualitätsstufen sowie Zeitpunkt für den Erstanschluss, falls angeboten, die Art der angebotenen Wartungsdienste, Art und Weise, wie aktuelle Informationen über alle geltenden Tarife und Wartungsentgelte erhältlich sind, Vertragsdauer, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Leistungen und des Vertragsverhältnisses, Vorhandensein eines Rücktrittsrechts, etwaige Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich verein-

die essentiellen Vertragsbedingungen parat hat und so auch eine entsprechende Transparenz gewährleistet ist.

Weiter müssen die Bedingungen gerecht und im Voraus bekannt sein. Diese Informationen müssen in jedem Fall vor Abschluss oder Bestätigung des Vertrags bereitgestellt werden. Auch bei Abschluss des Vertrags durch Vermittler müssen die oben genannten Informationen vor Vertragsabschluss bereitgestellt werden. Es soll nach lit b) weiter sichergestellt sein, dass die Kunden rechtzeitig über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und über ihr Rücktrittsrecht unterrichtet werden.⁹⁹² Ein weiteres Schutzelement des Anhangs A ist die Bereitstellung eines transparenten, einfachen und kostengünstigen Verfahrens zur Behandlung der Beschwerden der Kunden.⁹⁹³ Dieses Verfahren muss eine gerechte und zügige Beilegung von Streitfällen ermöglichen und für berechtigte Fälle ein Erstattungs- und Entschädigungssystem vorsehen und sollte, soweit möglich, den in der Empfehlung 98/257/EG⁹⁹⁴ der Kommission dargelegten Grundsätzen folgen. Schließlich müssen die Kunden, welche gemäß den von den Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 3 erlassenen Bestimmungen über eine Grundversorgung verfügen, über ihre Rechte in Bezug auf gerade diese Grundversorgung informiert werden.⁹⁹⁵

Auch dieser Anhang A war nach dem Kommissionsvorschlag, der vom Parlament unterstützt wurde, für alle Verbraucher zwingend vorgesehen. Der gemeinsame Standpunkt behielt den zwingenden Charakter des Anhangs nur für nichtgewerbliche Kunden bei. Letztlich wurde dieser Kompromiss akzeptiert, da vor allem nichtgewerbliche Kunden diese Art von Schutz in einem vom Wettbewerb geprägten Umfeld benötigen.⁹⁹⁶

In Art. 3 Abs. 5 ist nicht geregelt, ob die Mitgliedstaaten eine Kompensation gewähren dürfen, wenn sie entsprechende Maßnahmen im Sinne des Art. 3 Abs. 5 treffen, die die Unternehmen belasten. Die Maßnahmen nach Abs. 5 unterfallen nicht den Aspekten in Art. 3 Abs. 2, auf die sich gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beziehen können und welche so zu möglichen Kompensationen und Alleinrechten nach Art. 3 Abs. 8 und Abs. 4 führen können. Die Maßnahmen sind nämlich dem Verbraucherschutz zuzuordnen, der nicht vom Art. 3 Abs. 2 erfasst ist.⁹⁹⁷ Tatsächlich

barten Leistungsqualität, und Vorgehen zur Einleitung von Streitbeilegungsverfahren.

⁹⁹² Die Dienstleister teilen ihren Kunden direkt jede Gebührenerhöhung mit angemessener Frist mit, auf jeden Fall jedoch vor Ablauf der normalen Abrechnungsperiode, die auf die Gebührenerhöhung folgt. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es den Kunden freisteht, den Vertrag zu lösen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht akzeptieren, die ihnen ihr Elektrizitätsdienstleister mitgeteilt hat; Die Kunden sollen weiter transparente Informationen über geltende Preise und Tarife sowie über die Standardbedingungen für den Zugang zu Elektrizitätsdienstleistungen und deren Inanspruchnahme erhalten und über ein breites Spektrum an Zahlungsmodalitäten verfügen können, sowie den Lieferanten ohne Berechnung von Gebühren wechseln können.

⁹⁹³ Vgl. Anhang A f).

⁹⁹⁴ Empfehlung der Kommission vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind, Amtsblatt der EG Nr. L 115 vom 17.04.1998 S. 31ff.

⁹⁹⁵ Vgl. Anhang A g).

⁹⁹⁶ SEK (2003) 161.

⁹⁹⁷ Vgl. die Ausführungen zum abschließenden Charakter des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, siehe

sind im Abs. 5 wohl eher Maßnahmen gemeint, die nicht den Unternehmen auferlegt werden, sondern Belastungen, die die Mitgliedstaaten selber übernehmen, so dass es hier gar nicht zu der Notwendigkeit von Kompensationen kommt. So heißt es in Erwägungsgrund 24 auch, dass die Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach den jeweiligen Gegebenheiten in den entsprechenden Mitgliedstaaten unterschiedlich sein und spezifische Maßnahmen für die Begleichung von Stromrechnungen oder allgemeinere Maßnahmen innerhalb des Sozialsicherungssystems beinhalten können.

Insgesamt handelt es sich um eine sehr generelle Norm, die den Mitgliedstaaten hier sehr viel Spielraum belässt. Allerdings reiht sich der verbindliche Charakter dieser Maßnahmen ein in die allgemeine Herangehensweise der Beschleunigungsrichtlinie, überhaupt Mindeststandards im Energiebereich festzulegen.

h) Stromkennzeichnung in Art. 3 Abs. 6 der Strom-Richtlinie

Ebenfalls neu und ebenfalls für die Mitgliedstaaten verpflichtend⁹⁹⁸ ist die Regelung zur Stromkennzeichnung in Art. 3 Abs. 6 der Strom-Richtlinie.

Nach Art. 3 Abs. 6 lit a) der Strom-Richtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf oder als Anlage zu ihren Rechnungen und in an Endkunden gerichtetem Werbematerial den Anteil der einzelnen Energiequellen am Gesamtenergieträgermix, den der Lieferant im vorangegangenen Jahr verwendet hat, angeben.⁹⁹⁹ TV-Werbung und Plakate sind davon nicht erfasst.¹⁰⁰⁰ Diese Medien stellen zwar auch „Werbematerial“ dar. Die Verpflichtung gilt jedoch nur für konkret „an Endkunden gerichtetes Werbematerial“, wobei die englische Fassung „made available to final customers“ eindeutiger ist.¹⁰⁰¹ Die Angabe von konkreten Umweltauswirkungen in den Rechnungen selbst bzw. in an Endkunden gerichtetem Werbematerial, wurde als zu unpraktisch verworfen.¹⁰⁰² Als Kompromiss wurde schließlich vereinbart, dass zumindest Verweise auf bestehende Informationsquellen, wie Internetseiten, bereitstellen, bei denen Informationen über die Umweltauswirkungen - zumindest in Bezug auf CO₂-Emissionen und radioaktiven Abfall aus der durch den Gesamtenergieträgermix des Lieferanten im vorangegangenen Jahr erzeugten Elektrizität - öffentlich zur Verfügung stehen.¹⁰⁰³

Ein großes Problem bei der Stromkennzeichnung stellen die Strommengen dar, die über Strombörsen oder ohne Herkunftsnachweise aus dem nicht-europäischen Ausland bezogen werden. Deshalb bestimmt Art. 3 Abs. 6, dass bei Elektrizitätsmengen,

unter D.II.1.b).

⁹⁹⁸ Kompetenzrechtlich stellen sich im Rahmen der Stromkennzeichnungspflicht keine über die Erörterung hinsichtlich der Grundversorgungspflicht gemäß Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie hinausgehenden Fragen, vgl. oben D.II.1.f)(3).

⁹⁹⁹ Vgl. auch Erwägungsgrund 25.

¹⁰⁰⁰ Jones, EU Energy Law, S. 137.

¹⁰⁰¹ Jones, EU Energy Law, S. 137.

¹⁰⁰² Z.B. gäbe es sowohl die Möglichkeit, die konkreten Emissionen der einzelnen Kraftwerke aufzuführen, oder nur Standardwerte anzugeben, was zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen würde, je nachdem, ob es sich um eine moderne Anlage mit entsprechender Filtertechnik handelt oder nicht.

¹⁰⁰³ Art. 3 Abs. 6 lit b).

die über eine Strombörse bezogen oder von einem Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft eingeführt werden, die von der Strombörse oder von dem betreffenden Unternehmen für das Vorjahr vorgelegten Gesamtzahlen zugrunde gelegt werden können. Insbesondere der Zusatz, dass die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um dafür zu sorgen, dass die Informationen, die von den Versorgungsunternehmen gemäß diesem Artikel an ihre Kunden weitergegeben werden, verlässlich sind, bedeutet implizit, dass entsprechende Strommixinformationen an den Strombörsen bereitgestellt werden und dass Regeln aufgestellt werden müssen, wie mit den Informationen bezüglich des ausländischen Stroms zu verfahren ist.

Spielräume bei den Mitgliedstaaten bestehen hinsichtlich der praktischen Ausgestaltung, allerdings muss ein gewisses Maß an Vergleichbarkeit der verschiedenen Informationen vorliegen, da nur so das Ziel erreicht wird, dass ein Kunde seine Versorgerwahl auf einen unterschiedlichen Strommix stützt. Die Bedeutung von Angaben über die Herkunft des technisch nicht unterscheidbaren Stroms lässt sich dabei an der Schnittstelle zwischen Verbraucherschutz und umweltpolitischen Überlegungen verorten. Der Verbraucher soll eine Chance erhalten, aufgrund der relativen Umweltauswirkungen des entsprechenden Strommixes eine „informed choice“ treffen zu können. Dahinter steht auch die Idee, dass Energieunternehmen die Möglichkeit erhalten, aufgrund eines ökologischen Strommixes die Kunden überzeugender zu bewerben und letztlich auch Öko-Aufschläge verlangen zu können.

Die Umweltschutzkomponente der Stromkennzeichnung ist lediglich indirekter Natur. Ein möglicher präventiver Steuereffekt ist allein deswegen sehr beschränkt, da sich die entsprechenden Angaben auf das vergangene Jahr beziehen.¹⁰⁰⁴ Zwar müssen in einem wettbewerbsorientierten Markt die Impulse letztlich mehr und mehr von der Nachfrageseite, also vom Verbraucher ausgehen.¹⁰⁰⁵ Ob die Stromkennzeichnung, wie in Art. 3 Abs. 6 der neuen Richtlinie jetzt vorgeschrieben, dem Verbraucher zum einen tatsächlich die notwendigen Informationen bietet, und ihn zum anderen wirklich dazu bewegt, umweltbewusstere und (im Regelfall) kostengünstigere Entscheidungen zu treffen, ist zweifelhaft. Denn möglicherweise sind die Verbraucher dieser Aufgabe nicht gewachsen, oder es interessiert sie letztlich nur die preisliche Komponente ihres eigenen Energieverbrauchs.

Schließlich wird aber in der Einführung der Stromkennzeichnungspflicht eine wesentliche Stärkung des Verbraucherschutzes gesehen.¹⁰⁰⁶ Dies trifft insofern zu, als nun Informationen zur Verfügung gestellt werden, die sich ein einzelner, noch so gut informierter und interessierter Verbraucher kaum selbst besorgen könnte.¹⁰⁰⁷ Die Tatsache, dass die Stromkennzeichnungspflicht nun europaweit verbindlich ist, stellt insofern einen Fortschritt für den Verbraucherschutz dar.

¹⁰⁰⁴ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Rn. 253.

¹⁰⁰⁵ *Ringel*, in: ZNER 2003, S. 134.

¹⁰⁰⁶ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 253. Zur Regulierungsbehörde und zu den Befugnissen der Bundesnetzagentur speziell in Deutschland, siehe unten, D.IV.

¹⁰⁰⁷ Zwar haben einige Unternehmen schon mit Öko-Strom etc. geworben, jedoch waren die in diesem Zusammenhang präsentierten Informationen mangels Transparenz und Vergleichbarkeit von nur geringem Wert.

i) **Zusätzliche verbindliche Ziele in Art. 3 Abs. 7 der Strom-Richtlinie**

Weitere verbindliche Vorgaben finden sich in Art. 3 Abs. 7 der Strom-Richtlinie, demgemäß die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur Erreichung von drei unterschiedlichen Zielen ergreifen sollen, nämlich sozialer und wirtschaftlicher Zusammenhalt, Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz-/ Nachfragesteuerungsmaßnahmen und Maßnahmen zur Bekämpfung von Klimaveränderungen, sowie schließlich Versorgungssicherheit. Die letzten beiden Ziele werden schon in Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 erwähnt. Obwohl diese Norm als Verpflichtung formuliert ist¹⁰⁰⁸, enthält sie kaum greifbare Vorgaben für die Mitgliedstaaten und ist daher eher als politische Aussage und nicht als rechtlich bindend anzusehen.¹⁰⁰⁹ Sie kann aber ebenfalls Auswirkung auf das Verständnis der anderen relevanten Absätze des Art. 3 der Richtlinie haben.¹⁰¹⁰

In Erwägungsgrund 20 der alten Richtlinie wurde der Aspekt des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts ebenfalls schon angesprochen. Danach musste bei der Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarkts in hohem Maße der gemeinschaftlichen Zielsetzung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts Rechnung getragen werden, insbesondere in Bereichen wie den nationalen oder innergemeinschaftlichen Infrastrukturen, die der Elektrizitätsübertragung dienen. Aufgrund dieses Erwägungsgrundes der alten Richtlinie liegt es nahe, dass der soziale und wirtschaftliche Zusammenhang in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie in erster Linie energiespezifisch verstanden werden muss. Dem zugrunde liegt möglicherweise auch die Vorstellung, gemeinwirtschaftliche Leistungen könnten dazu dienen, den sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalt der Gemeinschaft zu fördern.¹⁰¹¹ Dennoch bleibt dieses Ziel genauso wie in Art. 2 EG-Vertrag recht vage.

Die Erwähnung des Ziels Umweltschutz¹⁰¹² einschließlich Energieeffizienz-/ Nachfragesteuerungsmaßnahmen¹⁰¹³ und Maßnahmen zur Bekämpfung von Klimaveränderungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 5 betrifft Maßnahmen, welche die Mitgliedstaaten selbst treffen – unabhängig von entsprechenden Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 2. Schalast geht deshalb auch nur von politischen Maßnahmen zur Förderung des Umweltschutzes sowie der Bekämpfung von Klimaveränderungen aus.¹⁰¹⁴

In Art. 3 Abs. 7 geht es nicht um die Versorgungssicherheit ieS sondern um die Systemsicherheit. Die staatlichen Maßnahmen können nach Art. 3 Abs. 7 Satz 2 insbesondere die Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Anreize für den Aufbau und den Erhalt der erforderlichen Netzinfrastruktur einschließlich der Verbindungsleitungskapazitäten gegebenenfalls unter Einsatz aller auf einzelstaatlicher Ebene oder auf

¹⁰⁰⁸ Jones, EU Energy Law, S. 115.

¹⁰⁰⁹ Jones, EU Energy Law, S. 129.

¹⁰¹⁰ In diese Richtung Jones, EU Energy Law, S. 129.

¹⁰¹¹ Ambrosius, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 27; Palmer, in: Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), S. 12.

¹⁰¹² Vgl. oben unter D.II.1.b)(3)(c).

¹⁰¹³ Vgl. oben unter D.II.1.b)(3)(c).

¹⁰¹⁴ Schalast, in: ZNER 2004, S. 136, der in Art. 3 Abs. 7 der neuen Richtlinie nur eine - überflüssige - Bezugnahme auf die allgemeine Vorschriften des Primärrechts, also insbesondere Art. 6 EG-Vertrag sieht.

Gemeinschaftsebene vorhandenen Instrumente umfassen. In diesem Zusammenhang ist auf die neue Richtlinie 2005/89/EG über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen¹⁰¹⁵ hinzuweisen.

Kritik wird insofern geäußert, als dass der Wortlaut in Art. 3 Abs. 7 der Strom-Richtlinie „retardierend“ und nur auf den technologischen status quo ausgerichtet sei.¹⁰¹⁶ Aus der Formulierung „Aufbau und Erhalt der erforderlichen Netzinfrastuktur einschließlich der Verbindungsleitungskapazitäten“ wird geschlossen, dass Erforderlichkeit lediglich in Sinne von „Lebensfähigkeit“ verstanden werde und nicht als Notwendigkeit der Fortentwicklung und Verbesserung.¹⁰¹⁷ Allerdings muss diese Formulierung nicht zwingend in einem statischen Sinne verstanden werden. Schließlich schließt der Aufbau der erforderlichen Netzinfrastuktur durchaus diejenige Netzinfrastuktur ein, die nach dem aktuellsten Stand der Technik, der Nachfrage etc. erforderlich ist. Eine andere Frage ist es allerdings, inwiefern bestimmt wird, was aktuell erforderlich ist, und wer für die resultierenden Ausbauanforderungen verantwortlich ist.

Nach dem Wortlaut des Satz 1 trifft die Mitgliedstaaten zwar eine entsprechende Pflicht, jedoch bleibt es ihnen überlassen, was geeignete Maßnahmen darstellen. Optional ist nach Abs. 7 Satz 2 auch die Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Anreize für den Aufbau und den Erhalt der erforderlichen Netzinfrastuktur, einschließlich der Verbindungsleitungskapazitäten gegebenenfalls unter Einsatz aller auf einzelstaatlicher Ebene oder auf Gemeinschaftsebene vorhandener Instrumente. Insgesamt handelt es sich hier um eine sehr vage gehaltene Vorschrift, die zu Recht im Schatten der Normen in Abs. 2 und 8 steht.

Wenn man in Art. 3 Abs. 7 den Einfluss von Art. 16 EG-Vertrag wieder erkennen möchte¹⁰¹⁸, so in der Weise, dass es sich auch wieder in erster Linie um eine politische Absichtserklärung handelt.

j) Berichtspflicht in Art. 3 Abs. 9 der Strom-Richtlinie

Bei der Umsetzung dieser Richtlinie unterrichten die Mitgliedstaaten die Kommission über alle Maßnahmen, die sie zur Gewährleistung der Grundversorgung und Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, einschließlich des Verbraucher- und des Umweltschutzes, getroffen haben, und deren mögliche Auswirkungen auf den nationalen und internationalen Wettbewerb, und zwar unabhängig davon, ob für diese Maßnahmen eine Ausnahme von dieser Richtlinie erforderlich ist oder nicht. Wei-

¹⁰¹⁵ Richtlinie 2005/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Januar 2006 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen, Amtsblatt der EG Nr. L 033 vom 04.02.2006 S. 22ff, vgl. schon oben, D.II.1.b)(3)(a).

¹⁰¹⁶ Börner, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 271. Zu Recht weist Börner darauf hin, dass sich die Netzwirtschaft schon jetzt und verstärkt in den nächsten Jahren ganz besonderen Herausforderungen gegenüber sieht. Dezentrale Einspeisung aus Anlagen mit regenerativen Energien in die Stromnetze bedeuten einen weiteren technischen Aufwand im Bereich des Netzaufbaus und der –einstellung, sowie des Netzbetriebs und der Netzsteuerung.

¹⁰¹⁷ Börner, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 271.

¹⁰¹⁸ So Börner, in: Versorgungssicherheit 2003, S. 271.

ter müssen die Mitgliedstaaten die Kommission anschließend alle zwei Jahre über Änderungen der Maßnahmen unterrichten - unabhängig davon, ob für diese Maßnahmen eine Ausnahme von dieser Richtlinie erforderlich ist oder nicht.

Die Kommission betont in ihrem Vermerk¹⁰¹⁹, dass alle Maßnahmen erfasst sind, die die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der Grundversorgung und Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ergriffen haben, und nicht nur jene Maßnahmen, die mit einer Bitte um eine Ausnahmeregelung im Zusammenhang stehen, wie sie der geltende Wortlaut vorsieht. Insofern liegt auch eine ganz klare Verschärfung vor. Die Berichtspflicht wurde nur ganz kurz in Art. 3 Abs. 2 der alten Strom-Richtlinie geregelt: Danach sollten die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie deren etwaige Änderungen veröffentlicht und der Kommission von den Mitgliedstaaten unverzüglich mitgeteilt werden. Die Kommission stellt weiter klar, dass die Unterrichtung der Kommission über die Umsetzung der Richtlinien durch die Mitgliedstaaten und deren nationale, regionale oder kommunale Untereinheiten diese neue besondere Verpflichtung nach dem neuen Art. 3 nicht erfüllt. So reiche die Tatsache, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den gemäß dem neuen Art. 30 Abs. 1 (früherer Art. 27 Abs. 1) notifizierte Umsetzungsmaßnahmen enthalten sind, nicht aus, um für die Kommission die nötige Transparenz herzustellen, damit sie die Vereinbarkeit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen mit dem EG-Vertrag und der Richtlinie überprüfen kann.

Auch die erweiterte Berichtspflicht legt eine Verengung der Spielräume insofern nahe, als dass nun schärfere formale Anforderungen hinsichtlich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und möglicher darauf basierender Ausnahmen gestellt werden.

k) Monitoring in Art. 4 der Strom-Richtlinie

In Art. 4 der Strom-Richtlinie wurde ein Überwachungsverfahren eingeführt. Nach dieser Vorschrift sorgen die Mitgliedstaaten für ein Monitoring der Versorgungssicherheit. Soweit die Mitgliedstaaten es für angebracht halten, können sie diese Aufgabe den in Art. 23 Abs. 1 genannten Regulierungsbehörden übertragen. Dies wird teilweise als eine wesentliche Verfahrenssicherung¹⁰²⁰ und teilweise als eine schwache prozedurale Steuerung¹⁰²¹ angesehen. Dieses Monitoring betrifft insbesondere das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage auf dem heimischen Markt, die erwartete Nachfrageentwicklung, die in der Planung und im Bau befindlichen zusätzlichen Kapazitäten, die Qualität und den Umfang der Netzwartung sowie Maßnahmen zur Bedienung von Nachfragespitzen und zur Bewältigung von Ausfällen eines oder mehrerer Versorger.¹⁰²²

In der deutschen Fassung wird nunmehr der englische Begriff Monitoring benutzt, welcher ebenso in der englischen Fassung der Richtlinien verwendet wird. Während

¹⁰¹⁹ Kommission, Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 5.).

¹⁰²⁰ *Lecheler/Gundel*, in: EWS 2001, S. 254.

¹⁰²¹ *Schneider/Prater*, in: IR 2004, S. 5ff.

¹⁰²² Die zuständigen Behörden veröffentlichen alle zwei Jahre spätestens zum 31. Juli einen Bericht über die bei dem Monitoring dieser Aspekte gewonnenen Erkenntnisse und etwaige getroffene oder geplante diesbezügliche Maßnahmen und übermitteln ihn unverzüglich der Kommission.

möglicherweise Bedenken bestanden, dass der deutsche Begriff „Überwachung“ auch Eingriffskompetenzen für die nach Art. 23 Abs. 1 nationalen Regulierungsbehörden suggerieren können, lege der Begriff Monitoring eine „Beobachtung der Versorgungssicherheit ohne Eingriffskompetenzen“ nahe.¹⁰²³

In der französischen Richtlinienfassung wird der Begriff „Surveillance“ verwendet. Der reinen „Beobachtung“ käme hier der Begriff „observation“ näher. Die genaue Bedeutung des Monitoring-Begriffs ist aber aufgrund der allgemeinen Formulierung des Artikels nicht so entscheidend, da die wesentlichen Normen zur Sicherung der Versorgungssicherheit, namentlich die Freistellungsmöglichkeiten zu beachten sind.¹⁰²⁴

Auf jeden Fall zeigt das Monitoring, dass die Problematik des ausreichenden Energieangebots nicht mehr alleine dem freien Spiel der Marktkräfte überlassen werden soll, sondern dass die Notwendigkeit zumindest einer staatlichen Beobachtung anerkannt wird.

2. Erzeugung und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Normen mit Bezug zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen finden sich auch in den übrigen Kapiteln zur Erzeugung¹⁰²⁵, Betrieb des Übertragungsnetzes¹⁰²⁶ bzw. Verteilnetzes¹⁰²⁷ und zum Netzzugang.¹⁰²⁸ Welche Rolle die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bzw. die gemeinwohlorientierten Aspekte der Versorgungssicherheit und des Umweltschutzes im Bereich der Erzeugung spielen, soll im Folgenden kurz angesprochen werden.

a) Generelle Freistellungsmöglichkeit in Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie

Von entscheidender Bedeutung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Rahmen der Stromerzeugung ist Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie. Die Voraussetzungen dieser allgemeinen Freistellungsmöglichkeiten wurden schon ausführlich besprochen.¹⁰²⁹

b) Genehmigung neuer Kapazitäten, Art. 6 Abs. 2 der Strom-Richtlinie

Auch unabhängig von der generellen Freistellungsmöglichkeit in Art. 3 Abs. 8 können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens relevant werden. Art. 6 legt bestimmte Standards für Genehmigungsverfahren für den Bau neuer Erzeugungsanlagen fest, welche die Mitgliedstaaten zu beschließen haben. Diese können sowohl die materiellen Kriterien des Genehmigungsverfahrens sowie den Ablauf fast vollständig selbst bestimmen.¹⁰³⁰ Die aufgeführten Krite-

¹⁰²³ *Neveling*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 252.

¹⁰²⁴ *Neveling*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 252.

¹⁰²⁵ Kapitel III.

¹⁰²⁶ Kapitel IV.

¹⁰²⁷ Kapitel V.

¹⁰²⁸ Kapitel VII.

¹⁰²⁹ Vgl. oben, D.II.1.d)(1).

¹⁰³⁰ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 279.

rien in Art. 6 Abs. 2 sind dabei nicht nur recht offen formuliert¹⁰³¹, sondern für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich, da diese Aspekte, wie z.B. die Sicherheit, der Gesundheitsschutz, der Umweltschutz etc., von den mitgliedstaatlichen Regelungen erfasst werden können.

Interessant ist allerdings die Regelung in Art. 6 Abs. 2 lit i). Danach können die Kriterien beim Genehmigungsverfahren auch die Einhaltung der nach Art. 3 getroffenen Maßnahmen erfassen. Dabei ist zunächst nicht klar, welche Maßnahmen nach Art. 3 gemeint sein könnten, da dieser Art. sehr umfangreich ist und an sich gegenläufige Regelungsrichtungen enthält. Es müssen aber zunächst die wettbewerbsorientierten Aspekte des Art. 3 Abs. 1 sowie die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in den Artikeln 3 Abs. 2ff einbezogen werden.¹⁰³² Ausdrücklich sind in Art. 3 „Maßnahmen“ in Abs. 5 (Maßnahmen zum Schutz der Endkunden; Maßnahmen nach Anhang A), nach Abs. 7 (Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhangs) sowie nach Abs. 9 genannt. Letzterer Absatz, der die Unterrichtungspflichten in Bezug auf alle Maßnahmen der Gewährleistung der Grundversorgung und der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen festlegt, zeigt aber, dass sich der Maßnahmenbegriff in Art. 6 Abs. 2 lit i) auf sämtliche Maßnahmen, Verpflichtungen und sonstige Regelungen bezieht. Da aber in den lit a), c) und f) die Belange der Sicherheit und des Umweltschutzes schon genannt wurden, kommt es insofern auf die Einhaltung der Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 2 nur noch in Hinblick auf Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung an. Insgesamt können die Mitgliedstaaten den Art. 6 jedoch nach Art. 3 Abs. 8 völlig unangewendet lassen, bzw. eine abgestufte teilweise Ausnahme vom Art. 6 zulassen.

c) **Ausschreibung neuer Kapazitäten, Art. 7 der Strom-Richtlinie**

Die Möglichkeit, Energieeffizienz- und Nachfragesteuerungsmaßnahmen auszusprechen, ist neu in die Strom-Richtlinie eingefügt worden. Früher bestand zwischen dem Genehmigungs- und dem Ausschreibungsverfahren eine freie Wahlmöglichkeit. Dabei gilt das Ausschreibungsverfahren als weniger wettbewerbsfreundlich als das Genehmigungsverfahren.¹⁰³³ Diese Wahlmöglichkeit wurde jetzt abgeschafft. Da fast alle Mitgliedstaaten sich dafür entschieden hatten, den Wettbewerb im Elektrizitätserzeugungsmarkt durch ein Genehmigungsverfahren zu gewährleisten, sollen die Mitgliedstaaten nur noch die subsidiäre Möglichkeit haben, zur Versorgungssicherheit durch eine Ausschreibung oder ein vergleichbares Verfahren für den Fall beizutragen, dass sich im Wege des Genehmigungsverfahrens keine ausreichenden Elektrizitätserzeugungskapazitäten schaffen lassen.¹⁰³⁴ Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, im Interesse des Umweltschutzes und der Förderung neuer, noch nicht ausgereifter Technologien Kapazitäten auf der Grundlage veröffentlichter Kriterien auszuschreiben. Die neuen Kapazitäten schließen unter anderem erneuerbare Energien und Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) ein. Demnach ist das Ausschrei-

¹⁰³¹ *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 421.

¹⁰³² *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 421.

¹⁰³³ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 329; *Neveling*, in: *Danner/Theobald*, (Hrsg.), Tz. 281.

¹⁰³⁴ Erwägungsgrund 22.

bungsverfahren nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 dem Genehmigungsverfahren gegenüber nachrangig. Einen Kriterienkatalog wie Art. 6 enthält Art. 7 nicht. Jedoch enthält Art. 7 Abs. 3 einen Verweis auf Art. 6 Abs. 2, so dass insofern das dort Gesagte gilt.¹⁰³⁵

Auch im Hinblick auf das Ausschreibungsverfahren haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Ausnahme von Art. 7 so zu gestalten, dass nur teilweise Ausnahmen vorgesehen werden, „soweit“ diese erforderlich sind.

3. Übertragung/Verteilung und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Übertragung und Verteilung sollen nur überblicksartig angesprochen werden, da hier im Vergleich zur Erzeugung und zum Netzzugang die gemeinwirtschaftlichen Leistungen, insbesondere im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 8, kaum eine ausdrückliche Rolle spielen.

Zunächst ist gemäß Art. 9 lit a) und lit b) jeder Übertragungsnetzbetreiber verantwortlich, auf lange Sicht die Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen, sicherzustellen und durch entsprechende Übertragungskapazität und Zuverlässigkeit des Netzes zur Versorgungssicherheit beizutragen. Gemäß Art. 11 Abs. 5 können die Mitgliedstaaten den Übertragungsnetzbetreibern zur Auflage machen, bei der Wartung und dem Ausbau des Übertragungsnetzes, einschließlich der Verbindungskapazitäten, bestimmte Mindestanforderungen einzuhalten. Die Mitgliedstaaten können auf der Basis dieser Regelung Übertragungsnetzbetreibern unter anderem auch zum Ausbau des Übertragungsnetzes verpflichten, müssen es allerdings nicht. Da die Mitgliedstaaten diese Befugnis ohnehin haben, ist der Gehalt dieser Regelung beschränkt.

Der Verteilnetzbetreiber hat generell nach Art. 14 Abs. 1 ein sicheres, zuverlässiges und effizientes Elektrizitätsverteilernetz unter Beachtung des Umweltschutzes zu betreiben.

a) Vorrangregel aus Umweltschutzgründen

In diesem Zusammenhang stellen Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Strom-Richtlinie Nischen¹⁰³⁶ für gemeinwohlbezogene Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich des Umweltschutzes dar. Nach Art. 11 Abs. 3 kann ein Mitgliedstaat dem Übertragungsnetzbetreiber zur Auflage machen, dass er bei der Inanspruchnahme von Erzeugungsanlagen solchen den Vorrang gibt, in denen erneuerbare Energieträger oder Abfälle eingesetzt werden oder die nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung arbeiten. Dabei werden "erneuerbare Energiequelle" in Art. 2 Nr. 30 als erneuerbare, nichtfossile Energiequelle (Wind, Sonne, Erdwärme, Wellen und Gezeitenenergie, Wasserkraft, Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Biogas). KWK-Strom gilt nicht als erneuerbar und ist deshalb extra aufzuführen. Diese Regelung war in identischer Form in der alten Richtlinie enthalten.¹⁰³⁷ Allerdings wurde Art. 11 Abs. 1 in entscheidender Form verändert¹⁰³⁸: Nach Art. 11 Abs. 1 der neuen Strom-Richtlinie ist

¹⁰³⁵ Vgl. oben D.II.2.b).

¹⁰³⁶ Kühne, in: Baur (Hrsg.), S. 72.

¹⁰³⁷ Art. 8 Abs. 3 der alten Strom-Richtlinie.

¹⁰³⁸ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251.

der Netzbetreiber nicht mehr wie bisher generell für die Kraftwerksabrufung zuständig, sondern nur noch „unbeschadet der Elektrizitätslieferungen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen“.

Diese Vorschrift des Art. 14 Abs. 4 ist wortgleich mit der entsprechenden Regelung in der alten Strom-Richtlinie.¹⁰³⁹ Aufgrund der Parallelität zu Art. 11 Abs. 3 der neuen Strom-Richtlinie gilt das dort Gesagte entsprechend für die Verteilernetzsituation. Art. 14 Abs. 4 stellt keine Norm zur Netzzugangsverweigerung dar. Art. 14 Abs. 4 erlaubt also die bevorzugte Einspeisung aus Strom aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung nur, wenn der betreffende Erzeuger selbst über einen Elektrizitätsliefervertrag verfügt.¹⁰⁴⁰ Insgesamt ist die praktische Relevanz dieser Norm wie Art. 11 Abs. 3 gering.¹⁰⁴¹

Es handelt sich um recht schwache Regelungen.¹⁰⁴² Sie sind als Kann-Vorschriften rechtlich für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich. Die Einführung einer wie auch immer gearteten Vorrangregel wird ins Belieben der Mitgliedstaaten gestellt. Dies stellt für die größere Verbreitung von erneuerbaren Energien zumindest im Vergleich zum 1. Richtlinienentwurf der Kommission aus dem Jahr 1992 einen Rückschritt dar. In Art. 13 Abs. 4 war zunächst tatsächlich ein unmittelbarer Vorrang für Erzeugungsanlagen vorgesehen, deren Kapazität 25 Megawatt nicht überschreiten, wenn diese Anlagen erneuerbare Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung verwenden.¹⁰⁴³ Besonders hervorzuheben ist, dass Art. 11 Abs. 3 keine Norm ist, die ein Netzzugangsverweigerungsrecht begründet. Art. 11 Abs. 3 erlaubt die bevorzugte Einspeisung aus Strom aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung nur, wenn der betreffende Erzeuger selbst über einen Elektrizitätsliefervertrag verfügt.¹⁰⁴⁴ Diese Rege-

¹⁰³⁹ Art. 11 Abs. 3 der alten Strom-Richtlinie.

¹⁰⁴⁰ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251.

¹⁰⁴¹ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251, der auf die dogmatische Verordnung der vorrangigen Durchleitung von Strom aus förderungswürdigen Kraftwerken in Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie hinweist.

¹⁰⁴² *Britz*, in: RdE 1998, S. 87.

¹⁰⁴³ KOM (1991) 548 final, vom 24. Februar 1992, Amtsblatt der EG C 65, S. 4ff vom 14. März 1992, Art. 13 Abs. 4; faktisch wäre diese Regelung aber auch mit großen praktischen Schwierigkeiten verbunden gewesen, da nach dieser Regelung der Vorrang nur dann zum Tragen käme, wenn diese Energie „zu einem angemessenen Preis angeboten wird“. Was ein „angemessener Preis“ für in der Produktion vergleichsweise teuren Strom ist – darüber hätte sich im Einzelfall trefflich streiten lassen.

¹⁰⁴⁴ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251. Ein vorrangiger Zugang ist hingegen möglicherweise nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2001/77/EG Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt EG Nr. L 283 vom 27/10/2001 S. 33ff möglich; dieser Artikel lautet: „Unbeschadet der Wahrung der Zuverlässigkeit und der Sicherheit des Netzes ergreifen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Betreiber der Übertragungs- und Verteilungsnetze in ihrem Hoheitsgebiet die Übertragung und Verteilung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen gewährleisten. Sie können außerdem einen vorrangigen Netzzugang für Strom aus erneuerbaren Energiequellen vorsehen. Bei der Behandlung der Erzeugungsanlagen gewähren die Betreiber der Übertragungsnetze Erzeugungsanlagen Vorrang, die erneuerbare Energiequellen einsetzen, soweit es der Betrieb des nationalen Elektrizitätssys-

lungen wurde deshalb viel kritisiert: Problematisch ist, dass eine Koordinierung der unterschiedlichen Vorrangberechtigungen nicht vorgesehen ist.¹⁰⁴⁵ Im Gegensatz zum deutschen EEG wurden keine Vergütungssätze festgelegt. Insbesondere ist damit nicht geklärt, wie die Vergütung dieses in der Erzeugung teureren Stroms in der Praxis zu erfolgen hat. So müssen diese am Markt ausgehandelt werden.¹⁰⁴⁶ Eine andere Möglichkeit wäre natürlich, diese erhöhten Kosten aufgrund nationaler Sondervorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 zu erhalten.¹⁰⁴⁷ Zumindest ist aber die Einführung von nationalen Sondervorschriften nun unproblematisch.

Darüber hinaus ist zu fragen, in welchem Verhältnis diese Bestimmungen zu dem PreussenElektra-Urteil des EuGH¹⁰⁴⁸ stehen, welches aus dem Jahre 2001 stammt und so im Gesetzgebungsverfahren der Beschleunigungsrichtlinien schon vorlag. Der EuGH verwies in diesem Urteil ausdrücklich auf die allgemeinen Umweltauflagen und stellte fest, dass die Erfordernisse des Umweltschutzes gemäß Satz 3 des damaligen Art. 130r Abs. 2 UnterAbs. 1 EG-Vertrag bei der Festlegung und Durchführung anderer Gemeinschaftspolitiken einbezogen werden.¹⁰⁴⁹ Zusätzlich ging der EuGH aber auch auf die Vorrangregeln in den damaligen Artikeln 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 der alten Strom-Richtlinie ein.¹⁰⁵⁰ Dabei verwies der EuGH darauf, dass es in der 28. Begründungserwägung der Richtlinie ausdrücklich heißt, dass die Mitgliedstaaten aus Gründen des Umweltschutzes in den Artikeln 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 ermächtigt werden¹⁰⁵¹, der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien Vorrang einzuräumen. Dabei ging der Gerichtshof aber nicht auf die Gegenargumente des Generalanwalts Jacobs ein, der insbesondere darauf abstellte, dass die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung nicht diskriminierend zu erfolgen hat.¹⁰⁵² Die Bestimmungen über die Vorrangregelungen in den damaligen Artikeln 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 sind nämlich als Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften über die Nichtdiskriminierung in den Artikeln 8 Abs. 2 und 11 Abs. 2 eng auszulegen. Denn anders als Art. 8 Abs. 4, der innerhalb bestimmter Grenzen eine Ungleichbehandlung nach der geographischen Herkunft des betreffenden Primärenergieträgers erlaubt, gestatten die Art. 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 nur Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten der Stromerzeugung, aber keine Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft des Stroms.¹⁰⁵³

tems zulässt.“ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251f, weist auf diese Möglichkeit trotz der wenig präzisen Fassung der Norm hin.

¹⁰⁴⁵ Vgl. *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, S. 423.

¹⁰⁴⁶ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), § 2 Tz. 52.

¹⁰⁴⁷ *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, 1999, S. 423.

¹⁰⁴⁸ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099.

¹⁰⁴⁹ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Tz. 76.

¹⁰⁵⁰ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Tz. 78.

¹⁰⁵¹ Die Umweltschutzbelange in den damaligen Art. 3 Abs. 2, 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 der alten Richtlinie hatten die Streithelfer, die Kommission und die Bundesregierung als zusätzlichen Rechtfertigungsgrund angeführt.

¹⁰⁵² Schlussantrag des GA Jacobs in der Rs. C-379/98, Tz. 212ff.

¹⁰⁵³ Schlussantrag des GA Jacobs in der Rs. C-379/98, Tz. 214.

In diesem Zusammenhang wird die Frage aufgeworfen, ob überhaupt noch ein eigener Anwendungsbereich der Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie besteht,¹⁰⁵⁴ da das PreussenElektra-Urteil es den Mitgliedstaaten ermögliche, so sie denn überhaupt wollen, Vorrangregeln für erneuerbare Energie aufzustellen. Wenn es schon möglich ist, gesetzliche Mindestpreise zu erlassen, dann ist ein einfacher Vorrang wie in Art. 11 oder 14 darin logisch schon umfasst. Demgegenüber wird aber auch argumentiert, dass das PreussenElektra-Urteil nicht mehr gelte, da die neue Strom-Richtlinie diesen Rechtsbereich nun abschließend regelt, so dass nationale Regelungen wie das deutsche EEG an diesen Normen, welche nur eine einfache Vorrangregelmöglichkeit ermöglichen, gemessen werden müssten.¹⁰⁵⁵ Letztere Auffassung ist allerdings schon deshalb abzulehnen, weil die Binnenmarktrichtlinien eben nicht den Anspruch erheben, als Harmonisierungsvorschriften die Frage nach Vorrangregeln im Energiebereich abschließend zu regeln.¹⁰⁵⁶ Insofern entfalten Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Strom-Richtlinie keine Sperrwirkung gegenüber nationalen Förderinstrumenten.¹⁰⁵⁷

Insgesamt lässt sich aus Art. 11 Abs. 3 und Abs. 4 der Strom-Richtlinie zumindest die Wertung entnehmen, dass die dort vorgesehene Einspeisungsmöglichkeit aus bevorzugten Energieträgern gemeinschaftsrechtskonform ist.¹⁰⁵⁸

b) Vorrangregelung aus Gründen der Versorgungssicherheit

Gemäß Art. 11 Abs. 4 kann ein Mitgliedstaat aus Gründen der Versorgungssicherheit anordnen, dass Elektrizität bis zu einer Menge, die 15 % der in einem Kalenderjahr zur Deckung des gesamten Elektrizitätsverbrauchs des betreffenden Mitgliedstaats notwendigen Primärenergie nicht überschreitet, vorrangig aus Erzeugungsanlagen abgerufen wird, die einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe einsetzen. Diese Regelung war in der alten Richtlinie ebenfalls enthalten.¹⁰⁵⁹ Aber auch hier muss berücksichtigt werden, dass sich Art. 11 Abs. 1 geändert hat. Insofern ergibt sich wie bei Art. 11 Abs. 3, dass die bevorzugte Einspeisung aus Strom aus heimischen Primärenergieträgern nur erlaubt ist, wenn der betreffende Erzeuger selbst über einen Elektrizitätsliefervertrag verfügt.¹⁰⁶⁰

Mit dieser Vorschrift wird den Mitgliedstaaten der Möglichkeit eingeräumt, einen so genannten „nationalen Energiesockel“ zu bilden.¹⁰⁶¹ Die Ausgestaltung der entsprechenden Regelung sowie die Aufteilung unter den verschiedenen Primärenergieträgern ist dabei ganz allein Sache der Mitgliedstaaten.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁴ *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 136; *Klinski*, in: ZNER 2005, S. 210.

¹⁰⁵⁵ *Karpenstein/Scheller*, in: RdE 2005, S. 6f.

¹⁰⁵⁶ *Klinski*, in: ZNER 2005, S. 210.

¹⁰⁵⁷ Auch nach der Richtlinie 2001/77/EG ergibt sich die Zulässigkeit nationaler Förderinstrumente.

¹⁰⁵⁸ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 252.

¹⁰⁵⁹ Art. 8 Abs. 4 der alten Richtlinie Strom.

¹⁰⁶⁰ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 251.

¹⁰⁶¹ Vgl. *Neveling*, in Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 269.

¹⁰⁶² *Neveling*, in Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 269.

Für die in dieser Regelung angesprochenen 15 % der Gesamtenergiemenge ist eine offene Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft ausdrücklich erlaubt. Allerdings ist fraglich, ob diese 15 % auch eine diskriminierende Regelung zur Einspeisung von Windenergie beinhalten können. Diese Möglichkeit wurde nämlich im PreussenElektra-Verfahren¹⁰⁶³ im Rahmen der Rechtfertigung des Art. 30 EG-Vertrag und dem Aspekt der Versorgungssicherheit diskutiert. Der Generalanwalt Jacobs wandte sich gegen die Möglichkeit, den damaligen Art. 8 Abs. 4 der alten Strom-Richtlinie in der PreussenElektra Konstellation heranzuziehen.¹⁰⁶⁴ Diese Vorschrift müsse zunächst auf jeden Fall eng ausgelegt werden, da sie eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des damaligen Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie enthält, nach dem die Betreiber der Übertragungsnetze verpflichtet sind, für die Einspeisung aus den Produktionsanlagen und die Nutzung von Verbindungsleitungen in ihrem Gebiet objektive, transparente und nicht diskriminierende Kriterien zugrunde zu legen, damit ein einwandfreies Funktionieren des Elektrizitätsbinnenmarktes gewährleistet wird. Der klare Wortlaut aber zeige, dass Art. 8 Abs. 4 nur für Erzeugungsanlagen ..., die einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe einsetzen, gelten soll. Dies sei noch klarer in der englischen Sprachfassung, wo es „indigenous primary energy fuel sources“ heisst, und in der französischen Sprachfassung, wo die Formulierung „sources combustibles indigènes“ lautet. Sehr eng und nicht ganz überzeugend argumentiert Jacobs, dass Wind weder ein Brennstoff in diesem Sinne noch ein einheimischer Rohstoff sei. Art. 8 Abs. 4 sei daher nicht anwendbar. Art. 8 Abs. 4 erlaube nur eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Herkunft des Primärenergieträgers und nicht aufgrund des Standorts der Erzeugungsanlage.

Der EuGH ist auf diese Problematik in seinem Urteil nicht eingegangen.¹⁰⁶⁵

4. Netzzugang und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Ein effektiver Netzzugang¹⁰⁶⁶ ist elementar für Wettbewerb auf den Energiemärkten. Die Problematik des Netzzugangs offenbart die Besonderheiten der leitungsgebundenen Energiemärkte, welche natürlichen, technisch bedingten Monopolen der Netzbetreiber gegenüber anderen Unternehmen, die den gleichen Kunden ohne eigenes Verteilernetz Strom oder Gas anbieten wollen, basieren,¹⁰⁶⁷ so dass ein funktionierendes Netzzugangsregime von fundamentaler Bedeutung ist. Der Zugang Dritter zum Netz ist deshalb das Kernstück der Richtlinie, da dieser erst den Marktzutritt von neuen Versorgern ermöglicht. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Beschleunigungsrichtlinie Strom eine wesentliche Fortentwicklung des Netzzugangs insofern enthält, als dass die neue Richtlinie auf die Varianten des verhandelten Netzzugangs und des Alleinabnehmersystems verzichtet.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶³ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099.

¹⁰⁶⁴ GA Jacobs im Schlussantrag in der Rs. C- 379/98, Tz. 208.

¹⁰⁶⁵ EuGH, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Tz. 73ff.

¹⁰⁶⁶ Auch Durchleitung oder Third Party Access genannt; grundlegend zu Fragen des Netzzugangs Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, Baden-Baden 2005.

¹⁰⁶⁷ Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, S. 316; Horn, in: RdE 2003, S. 85; Britz, in: RdE 1998, S. 85.

¹⁰⁶⁸ Nach Art. 16 der alten Strom-Richtlinie konnten die Mitgliedstaaten noch zwischen dem ver-

Nach Art. 20 Abs. 1 Satz 1 gewährleisten die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife; die Zugangsregelung gilt für alle zugelassene Kunden und wird nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netznutzern angewandt.

Im Rahmen des Netzzugangs soll geklärt werden, wie sich das Konzept des Netzzugangs zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verhält. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der generellen Freistellungsmöglichkeit von den Vorgaben der Richtlinie zum Netzzugang in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie und individuellen Netzzugangsverweigerungsgründen.

a) **Generelle Freistellungsmöglichkeit, Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie**

Nach Art. 3 Abs. 8 der neuen Richtlinien können die Mitgliedstaaten beschließen, die Vorgaben des Netzzugangs in Art. 20 nicht anzuwenden, soweit ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft.¹⁰⁶⁹ Diese zentrale Freistellungsmöglichkeit erlaubt es den Mitgliedstaaten nicht nur, eine grundsätzliche Entscheidung über die Nichtanwendung der Zugangsbestimmung der Richtlinie zu treffen.¹⁰⁷⁰ Darüber hinaus ermöglicht Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie den Mitgliedstaaten auch, den Netzbetreibern ein einzelfallbasiertes Netzzugangsverweigerungsrecht im Falle der Gefährdung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einzuräumen.¹⁰⁷¹ Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 8 („soweit“) und ergibt sich darüber hinaus aus einem a maiore ad minus Schluss.

b) **Individuelle Netzzugangsverweigerung, Art. 20 Abs. 2 der Strom-Richtlinie**

Darüber hinaus ist aber fraglich, inwieweit eine mögliche individuelle Zugangsverweigerung zu den Übertragungs- und Verteilernetzen im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gerechtfertigt werden kann.

Nach Abs. 2 kann der Betreiber eines Übertragungs- oder Verteilernetzes den Netzzugang verweigern, wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt. Dabei ist die Verweigerung hinreichend substantiiert zu begründen, insbesondere unter Berücksichtigung des Art. 3. Diese Norm war auch in der alten Richtlinie in Art. 17 Abs. 5 enthalten. Lediglich das Begründungserfordernis ist verschärft worden.¹⁰⁷² In dem

handelten Netzzugang in Art. 17 Abs. 1 der alten Richtlinie und dem regulierten Netzzugang in Art. 17 Abs. 3 wählen. Zusätzlich gab es die Möglichkeit des so genannten Alleinabnehmersystems in Art. 18.

¹⁰⁶⁹ Die generelle Freistellungsmöglichkeit wird ausführlich im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 unter D.II.1.d) diskutiert. Einige Besonderheiten weist die Parallelnorm in der Gas-Richtlinie, Art. 3 Abs. 5, auf, siehe D.III.1.e).

¹⁰⁷⁰ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 350.

¹⁰⁷¹ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 350.

¹⁰⁷² Ausführlicher zum Begründungserfordernis und dem Verweis auf den Art. 3 siehe weiter unten. Zusätzlich wurden in den Sätzen 3 und 4 des Art. 20 Abs. 2 Regelungen zur Transparenz im

Begründungserfordernis wird der Nachweis gesehen, dass die Bewilligung des Zugangs die Regel und die Verweigerung die Ausnahme sein soll.¹⁰⁷³

Ausdrücklich genannt wird in Art. 20 Abs. 2 der Strom-Richtlinie nur der Verweigerungsgrund der fehlenden Kapazität.¹⁰⁷⁴ Eine Netzzugangsverweigerung wegen der Gefährdung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ist nicht aufgeführt. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob die Netzverweigerungsgründe in Art. 20 Abs. 2 abschließend geregelt sind¹⁰⁷⁵, bzw. inwiefern Art. 20 Abs. 2 der neuen Richtlinie einen eigenen unmittelbaren Versagungsgrund wegen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen beinhaltet, der ohne entsprechende mitgliedstaatliche Vorgaben¹⁰⁷⁶ direkt von den Netzbetreiberunternehmen geltend gemacht werden kann und über den in Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie ausdrücklich genannten Verweigerungsgrund wegen mangelnder Kapazität hinausgeht, welcher eng und im physikalischen Sinne verstanden werden muss.

Zunächst legt die Formulierung „nötige Kapazität“ eher ein physikalisches Verständnis des Kapazitätsbegriffs nahe.¹⁰⁷⁷ Eine Orientierung, wenn auch keine Definition, bietet Art. 2 Abs. 2 c) der Stromhandelsverordnung¹⁰⁷⁸, in der der Begriff "Engpass" definiert wird.¹⁰⁷⁹ Ein Engpass liegt nach obiger Norm dann vor, wenn eine Verbindung zwischen nationalen Übertragungsnetzen wegen unzureichender Kapazität der Verbindungsleitungen und/oder der betreffenden nationalen Übertragungsnetze nicht alle Stromflüsse im Rahmen des von den Marktteilnehmern gewünschten

Hinblick auf notwendige Netzverstärkungsmaßnahmen getroffen. Danach stellen die Mitgliedstaaten gegebenenfalls sicher, dass der Übertragungs- bzw. Verteilernetzbetreiber bei einer Verweigerung des Netzzugangs aussagekräftige Informationen darüber bereitstellt, welche Maßnahmen zur Verstärkung des Netzes erforderlich wären. Der um solche Informationen ersuchenden Partei kann eine angemessene Gebühr in Rechnung gestellt werden, die die Kosten für die Bereitstellung dieser Informationen widerspiegelt.

¹⁰⁷³ *Seeger*, Durchleitung elektrischer Energie, S. 134; *Stewing*, in: EWS 1997, S. 85; zur alten Richtlinie: *Britz*, in: RdE 1998, S. 89, deren Auffassung aber erst recht für den Art. 20 Abs. 2 der neuen Richtlinie mit der verschärften Begründungsanforderung gelten muss.

¹⁰⁷⁴ Die Frage, inwieweit vertragliche Engpässe ausreichen, bzw. nur technische Engpässe beachtlich sind, muss hier leider dahinstehen, vgl. insoweit *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 347.

¹⁰⁷⁵ Vgl. auch *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 346. Nicht eindeutig: *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 151, dessen Formulierung „wenn dies den Bestimmungen des Art. 3 – und damit *auch* der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen – zuwiderlaufen würden“ [Hervorhebung durch die Verf.] insofern unklar ist, weil sich nicht erschließt, welchen anderen Bestimmungen noch zuwiderge-
laufen werden könnte

¹⁰⁷⁶ Diese generelle Freistellungsmöglichkeit durch eine mitgliedstaatliche Entscheidung ergibt sich nach Art. 3 Abs. 8 der neuen Richtlinie, vgl. die ausführlichere Darstellung oben unter D.II.1.d).

¹⁰⁷⁷ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 347.

¹⁰⁷⁸ Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, Amtsblatt der EG Nr. L 176 vom 15/07/2003 S. 1ff.

¹⁰⁷⁹ Ein Engpass besteht dann, wenn keine ausreichende Kapazität besteht, vgl. auch *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 347.

internationalen Handels bewältigen kann. "Unzureichende Kapazität" bezieht sich hier auf die physikalischen Gegebenheiten, da es auf die "Stromflüsse" ankommt.¹⁰⁸⁰ Wenn in Art. 20 Abs. 2 der Strom-Richtlinie aber ein anderer Kapazitätsbegriff gewählt werden sollte als in der Stromhandelsverordnung, die zusammen mit den beiden Beschleunigungsrichtlinien Gas und Strom als Energiebinnenmarkt-Paket verabschiedet wurde, dann hätte es einer entsprechenden dortigen Klarstellung bedurft.¹⁰⁸¹ Daher muss ein physikalisches Verständnis des Begriffes Kapazität zugrunde gelegt werden.

Fraglich ist aber, ob über den ausdrücklich normierten Verweigerungsgrund wegen mangelnder physikalischer Kapazität hinaus ein individuelles Verweigerungsrecht wegen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen besteht. So zieht Vollmer¹⁰⁸² den Schluss, dass die Netzbetreiber den Zugang nicht nur aufgrund von fehlender Kapazität verweigern können, sondern mit entsprechender Begründung auch dann, wenn durch den Zugang die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verhindert würde. Der Verweis auf Art. 3 wird hier als Erweiterung der Verweigerungsgründe ausgelegt.

Diese Auffassung ist nicht überzeugend, da dem Verweis ein solches Erweiterungspotential nicht zukommt. Dieser Verweis eignet sich nämlich schon vom Wortlaut her nicht als Erweiterung der Verweigerungsgründe, da die Begründung zunächst überhaupt eine fehlende Kapazität voraussetzt. Zudem ist dieser Verweis auch nicht besonders eindeutig. Die Missverständnisse in Bezug auf den fraglichen Verweis auf Art. 3 resultieren aus der Tatsache, dass Art. 3 mehrere Absätze mit unterschiedlichen Inhalten und Regelungsrichtungen enthält. Während z.B. der Abs. 1 insbesondere die Wettbewerbsorientiertheit¹⁰⁸³ anspricht, geht es in den Absätzen 2 bis 9 besonders um die gemeinwirtschaftlichen Leistungen.¹⁰⁸⁴ Die Begründungspflicht könn-

¹⁰⁸⁰ So auch *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 218; *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 347 begründet die physikalische Natur des Kapazitätsbegriffes mit einem Hinweis auf Art. 8 Abs. 2 der alten Strom-Richtlinie, in der die Einspeisungen aus den Produktionsanlagen und die Nutzung der Verbindungsleitungen "unbeschadet der Elektrizitätslieferung aufgrund vertraglicher Verpflichtungen" erfolgen. Eine solche Formulierung hätte sich auch im Rahmen des Art. 20 Abs. 2 angeboten, wenn der Gesetzgeber von einem nicht-physikalischen Verständnis des Kapazitätsbegriffes hätte ausgehen wollen.

¹⁰⁸¹ So auch *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 218.

¹⁰⁸² *Vollmer*, in: JNPÖ 16 (1997), S. 155. Zwar bezieht sich Vollmer dabei nicht auf die tatsächlich verabschiedete Fassung der ersten Strom-Richtlinie. Art. 17 Abs. 5 des Gemeinsamen Standpunktes Nr. 56/96 vom Rat festgelegt am 25. Juli 1996 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Amtsblatt der EG Nr. C 315 vom 24.10.1996, S. 18ff lautet an der entscheidenden Stelle gleichlautend: "Der Betreiber des betreffenden Verteiler- bzw. Übertragungsnetzes kann den Zugang verweigern, wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt. Die Verweigerung ist insbesondere unter Berücksichtigung des Art. 3 entsprechend zu begründen."

¹⁰⁸³ Zu den anderen Aspekten des Art. 3 Abs. 1 der neuen Richtlinie siehe oben unter D.II.1.a.).

¹⁰⁸⁴ Zwar enthält der Abs. 1 neben der Wettbewerbsorientiertheit auch noch die ökologische Nachhaltigkeit und Sicherheitsaspekte. Diese sind ebenfalls in Art. 3 Abs. 2 enthalten. In diesem Zusammenhang kann von einer Deckungsgleichheit zwischen Umweltschutz, vgl. Art. 3 Abs. 2, und „unter ökologischen Aspekten nachhaltig“, vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, ausgegangen werden.

te sich also zum einen auf die Anforderungen einer Wettbewerbsorientiertheit, zum anderen auf die Vorbehalte gegen bzw. Ausnahmen von dieser Wettbewerbsorientiertheit in Art. 3 Abs. 2 etc. beziehen.¹⁰⁸⁵

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Begründung der Verweigerung auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb (also die Wettbewerbsorientiertheit in Art. 3) eingehen müsse, so ist damit aber auf jeden Fall ausgeschlossen, dass der Verweis auf Art. 3 im Rahmen eines Verweigerungsrechtes wegen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen herangezogen werden kann: So steht ein Verweis auf die Wettbewerbsorientierung der Erweiterung der Verweigerungsgründe auf gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen logisch entgegen.¹⁰⁸⁶

Folgende Argumente sprechen zusätzlich zu der mangelnden Erweiterungsqualität des Verweises gegen eine Netzzugangsverweigerungsrecht aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen¹⁰⁸⁷: Zunächst ist ein Vergleich mit der parallelen Bestimmung in Art. 21 Abs. 1 der Gas-Richtlinie¹⁰⁸⁸ in diesem Zusammenhang hilfreich. Dort heißt es ausdrücklich: Erdgasunternehmen können den Netzzugang verweigern,

¹⁰⁸⁵ So sieht *Schneider*, Liberalisierung, S. 425, der an anderer Stelle im Rahmen der Kriterien des Art. 6 den Verweis auf Art. 3 in mehrfacher Hinsicht verstehen will, S. 412, Fn. 188 – basierend auf der alten Rechtslage der ersten Strom-Richtlinie - den Verweis auf Art. 3 als Hinweis auf die Wettbewerbsorientiertheit in Abs. 1 an. Angesichts der neuen Fassung des Art. 3 Abs. 1 sprechen jedoch folgende Überlegungen dafür, dass sich der Verweis nicht auf Abs. 1 bezieht: Zunächst geht es in Art. 20 Abs. 2 der neuen Richtlinie um die Möglichkeit einer Netzzugangsverweigerung. Da der Netzzugang für die Errichtung eines wettbewerbsorientierten Strommarktes unerlässlich ist, ist die Verweigerung desselben ein Widerspruch zur Wettbewerbsorientiertheit. Deshalb erscheint es zumindest befremdlich, wenn man die Verweigerung des Netzzugangs basierend auf der Wettbewerbsorientiertheit begründen könne. Der gleiche Verweis auf Art. 3 fand sich schon im grundsätzlich wortgleichen Art. 17 Abs. 5 der alten Richtlinie. Da aber in Art. 3 Abs. 1 der alten Richtlinie nur das Ziel der Wettbewerbsorientiertheit enthalten war, legt dies für sich schon nahe, dass in dem Verweis der Abs. 2 gemeint ist, so *Stewing*, in: EWS 1997, S. 84. Wenn sich nämlich in der ersten Strom-Richtlinie der Verweis auf den ersten Absatz und mithin nur auf die Wettbewerbsorientiertheit beziehen sollte, hätte es bei der neuen Richtlinie eine Konkretisierung im Rahmen des Verweises gebraucht, da jetzt auch andere, nicht wettbewerbliche Ziele in Abs. 1 enthalten sind.

¹⁰⁸⁶ Vgl. auch *Stewing*, in: EWS 1997, S. 84: wenn grundsätzlich nur die physische Auslastung relevant sein soll für die Netzzugangsverweigerung, dann könne der Verweis auf Art. 3 so verstanden werden, dass eine Ausnahme auch dann gemacht werden kann, wenn die Kapazität nicht nur aus physischen Gründen, sondern zusätzlich auch aus Gründen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht ausreicht. Der Verweis auf Art. 3 stelle insofern keine Erweiterung der Netzzugangsgründe dar, sondern eher eine Konkretisierung der Netzzugangsverweigerung aus Kapazitätsgründen. Der Netzzugang könne nach Art. 20 Abs. 2 von Unternehmen selbst nur verweigert werden, wenn die erschöpfte Kapazität im Fall der Erfüllung des Durchleitungsbegehrens zu einer Beeinträchtigung dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen führen würde. Gerade die begehrte Durchleitung müsse zu einer Gefährdung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen führen.

¹⁰⁸⁷ *Schneider*, Liberalisierung, S. 425f; *Stewing*, in: EWS 1997, S. 84; *Schneider*, in: *Schneider/Theobald*, § 2, Tz. 54. In diese Richtung auch *Neveling*, in: *Danner/Theobald*, (Hrsg.), Tz. 350ff, welche eine Netzzugangsverweigerung durch den Netzbetreiber selbst von einer entsprechenden vorherigen mitgliedstaatlichen Regelung anhängig macht.

¹⁰⁸⁸ Vgl. ausführlicher unten, D.III.3.

wenn sie nicht über die nötige Kapazität verfügen *oder* der Netzzugang sie daran hindern würde, die *ihnen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß Art. 3 Abs. 2* zu erfüllen. Auch hier ist die Verweigerung ordnungsgemäß zu begründen. [Hervorhebungen durch die Verf.]. Da die Richtlinien weitestgehend parallel konzipiert sind, kann man den Umkehrschluss ziehen, dass diese Möglichkeit im Strombereich eben nicht gegeben sein soll. Diese Überlegung wird dadurch verdeutlicht, dass eine generelle Freistellungsmöglichkeit wie in Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie im Gasbereich nicht existiert.¹⁰⁸⁹ Dass diese generelle Möglichkeit bei Strom existiert, muss also im Rahmen des Art. 20 Abs. 2 der neuen Strom-Richtlinie beachtet werden: Wenn der Netzbetreiber unabhängig und ohne weitere Voraussetzungen den Netzzugang aufgrund von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verweigern könnte, dann hätte es faktisch der Freistellungsmöglichkeit durch die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 8 nicht mehr bedurft. Auch der Gesetzgebungsprozess zeigt ein ähnliches Bild: Im abgeänderten Vorschlag aus dem Jahre 1994¹⁰⁹⁰ konnten die Netzbetreiber den Zugang ausdrücklich dann verweigern, wenn der betreffende Vertrag sie daran hindern würde, die ihnen nach den Artikeln 3 Abs. 2 übertragenen Dienstleistungen zu erfüllen.¹⁰⁹¹ In diesem Vorschlag war jedoch eine generelle Freistellungsmöglichkeit wie im Art. 3 Abs. 3 der alten, bzw. Art. 3 Abs. 8 der neuen Richtlinie eben nicht enthalten.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass kein zusätzlicher unmittelbar geltender Versagungsgrund wegen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen besteht.

c) **Direktleitung, Art. 22 Abs. 5 der Strom-Richtlinie**

Nach Art. 22 Abs. 5 der neuen Richtlinie können Mitgliedstaaten die Genehmigung zur Errichtung einer Direktleitung verweigern, wenn die Erteilung einer solchen Genehmigung den Bestimmungen des Art. 3 zuwider laufen würde. Nach Art. 2 Nr. 15 der neuen Strom-Richtlinie ist "Direktleitung" entweder eine Leitung, die einen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder ein Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen und zugelassenen Kunden verbindet.¹⁰⁹² Die Möglichkeit von Direktleitungen ist eine weitere, wenngleich auch aufgrund der Situationsgebundenheit und geographischen Abhängigkeiten ungleich seltenere und unpraktikable Wettbewerbsoption.¹⁰⁹³ Insofern steht die Genehmigung des Direktleitungsbaus für Wettbewerb, die Verweigerung der Genehmigung stellt den Widerspruch dazu dar.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 5 der neuen Gas-Richtlinie.

¹⁰⁹⁰ Abgeänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (1993) 643 final. Dort heißt es in Art. 21 Abs. 3 Satz 2: „Der Netzbetreiber kann den Zugang verweigern, wenn der betreffende Vertrag ihn daran hindern würde, die ihm nach Art. 3 Abs. 2 übertragenden Dienstleistungen zu erfüllen.“

¹⁰⁹¹ Vgl. auch *Jarass*, Europäisches Energierecht, S. 47.

¹⁰⁹² Früher hieß es in Art. 2 Nr. 12: "Direktleitung" ist eine zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Leitung.

¹⁰⁹³ *Schneider*, Liberalisierung, S. 430.

Die Verweigerung ist wiederum wie bei Art. 20 Abs. 5 hinreichend substantiiert zu begründen. Auch hier ist wie bei Art. 20 Abs. 2 fraglich, worauf genau sich der Verweis auf Art. 3 beziehen soll. Die Verweigerung ist möglich, wenn die Genehmigung den Bestimmungen des Art. 3 zuwiderlaufen würde. Allerdings ist die Bestimmung anders als Art. 20 Abs. 2 gefasst. Dabei ist der wichtigste Unterschied zu Art. 20 Abs. 2, dass hier die Mitgliedstaaten und nicht die Unternehmen die Normadressaten sind. Im Rahmen der Verweigerungsmöglichkeit kommt Klees¹⁰⁹⁴ zu dem Schluss, dass es sich um einen Verweis handelt, der sich logischerweise nicht auf Art. 3 Abs. 1 beziehen kann. Insofern liegt es wiederum näher, dass die Bestimmungen des Art. 3, denen die Erteilung einer Genehmigung zuwiderlaufen könnte, die Bestimmungen zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2ff meinen und nicht die Wettbewerbsorientiertheit in Abs. 1.¹⁰⁹⁵ So soll es nunmehr um die Frage gehen, ob die Genehmigung des Direktleitungsbaus den Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2, „also der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zuwiderläuft“.¹⁰⁹⁶

Neveling¹⁰⁹⁷ weist auf die Problematik hin, dass bei der Gefahr der Nichterfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen die Steigerung der Endkundenpreise eine größere Rolle spielen könnte. Schließlich könnten Schwierigkeiten entstehen, wenn von Endverteilerunternehmen in erheblichem Ausmaß parallel zum bestehenden Netz gebaut wird und so den Verteilerunternehmen Netzzugangsentgelten verloren gehen, während ihnen gleichzeitig gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt werden. So soll es bei Art. 22 Abs. 5 nur um die Möglichkeit der Einzelfallentscheidung gehen, also dass die Mitgliedstaaten anstelle einer generellen Unanwendbarkeit des Art. 22 aufgrund von Art. 3 Abs. 8 lediglich im Einzelfall die Genehmigung der Errichtung einer Direktleitung verweigern können.¹⁰⁹⁸ Diese Möglichkeit für den Einzelfall ist aber eigentlich auch schon als minus in Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie enthalten.

5. Verbraucherschutz und gemeinwirtschaftliche Leistungen

Der Begriff Verbraucherschutz fiel in den alten Richtlinien lediglich in den Erwägungsgründen. Auch war das Ziel der alten Richtlinie die Schaffung von Wettbewerb und dadurch erreichbare, niedrigere Preise für industrielle Großkunden in der Europäischen Gemeinschaft, die sich aufgrund der hohen Energiepreise einem Standort-

¹⁰⁹⁴ Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 70

¹⁰⁹⁵ Vgl. Schneider, Liberalisierung, S. 431; Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 70; vgl. auch Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 151, dessen Formulierung „wenn dies den Bestimmungen des Art. 3 – und damit auch der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen – zuwiderlaufen würden“ [Hervorhebung durch die Verf.] insofern unklar ist, weil sich nicht erschließt, welchen anderen Bestimmungen noch zuwidergelaufen werden könnte.

¹⁰⁹⁶ Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 375; vgl. auch Schneider, Liberalisierung, S. 431.

¹⁰⁹⁷ Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 378.

¹⁰⁹⁸ Klees, Der Direktleitungsbau im deutschen und europäischen Energie- und Wettbewerbsrecht, S. 70.

nachteil ausgesetzt sahen.¹⁰⁹⁹ Nach Auffassung der Kommission soll Art. 3 der neuen Richtlinien für den Elektrizitäts- bzw. Erdgasbinnenmarkt die geltenden Bestimmungen bezüglich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und des Verbraucherschutzes stärken.¹¹⁰⁰

Bevor einzelne Regelungen mit Bezug auf den Verbraucherschutz angesprochen werden sollen, ist aber zunächst fraglich, ob die Richtlinien von einem klaren Verbraucherschutzkonzept ausgehen. Dabei ist zunächst zu klären, was genau der Verbraucherbegriff im Rahmen dieser Richtlinie ist, bzw. was er alles umfasst. Weder der Begriff Verbraucher, noch der Verbraucherschutz wird in der Richtlinie selbst legaldefiniert.¹¹⁰¹ Zwar taucht der Begriff Verbraucherschutz im Primärrecht auf, wird aber auch dort nicht definiert. Insgesamt ist das Konzept des Verbraucherschutzes auch im Primärrecht nicht einheitlich,¹¹⁰² so dass hier keine Hilfestellung für das Verbraucherbild in den Energiebinnenmarktrichtlinien gefunden werden kann. Möglicherweise kann man im Rahmen Energiebinnenmarktrichtlinien aber auf die beiden Richtlinien 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹¹⁰³ und 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz¹¹⁰⁴ zurückgreifen, welche explizit im Anhang A der neuen Strom-Richtlinie angesprochen werden. Nach Art. 2 b) der Richtlinie 93/13/EG sind Verbraucher: Natürliche Personen, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handeln, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 97/7/EG sind „Verbraucher“ natürliche Personen, die beim Abschluss von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handeln, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden. Weiter geht die Richtlinie 93/13/EWG in erster Linie von einem bestehenden Gegensatz zwischen Verbraucher auf der einen Seite und Gewerbetreibenden auf der anderen Seite aus. Gemäß Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie ist der Zweck die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern.

In diesem Punkt tritt allerdings eine Eigentümlichkeit der Binnenmarktrichtlinie zutage. Während in den beiden erwähnten Verbraucher-Richtlinien Verbraucher zunächst einmal natürliche Personen sind und auch bei Verbrauchern im weitesten Sin-

¹⁰⁹⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 der alten Strom-Richtlinie.

¹¹⁰⁰ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 1.).

¹¹⁰¹ Die verschiedenen Arten von Kunden, die in der Richtlinie vorkommen, werden in den Begriffsbestimmungen des Art. 2 Nr. 7 bis 12 der Richtlinie einzeln aufgezählt und definiert.

¹¹⁰² *Lecheler*, in: Dausen (Hrsg.), Tz. 24; *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 153 Tz. 4; es geht dabei nicht um eine konkrete schutzbedürftige Person, sondern um eine bestimmte Rolle im Binnenmarkt.

¹¹⁰³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt der EG Nr. L 095 vom 21.04.1993, S. 29ff.

¹¹⁰⁴ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im FernAbs., Amtsblatt der EG Nr. L 144 vom 04.06.1997, S. 19ff.

ne von Abnehmern und Nutzern gewerblicher Leistungen zum privaten Gebrauch ausgegangen wird¹¹⁰⁵, beschränkt sich der Begriff des Verbrauchers und des Verbraucherschutzes in den Richtlinien nicht nur auf natürliche Personen. In Art. 3 Abs. 3 Satz 4 wird von „privaten sowie kleinen und mittleren Verbraucher“ gesprochen. Erwägungsgrund 19 der neuen Strom-Richtlinie geht in die gleiche Richtung. Danach sollen nicht nur die Bürger, sondern auch Industrie und Handel, einschließlich der kleinen und mittleren Unternehmen, ein hohes Verbraucherschutzniveau¹¹⁰⁶ genießen können. Insofern liegt der Strom-Richtlinie trotz des Verweises auf die sehr viele speziellere Verbraucherrichtlinien ein außerordentlich weiter Verbraucherbegriff zugrunde, der in erster Linie auf das tatsächliche „Verbrauchen“ von Energie abstellt und vom traditionellen gemeinschaftsrechtlichen Verständnis des Verbrauchers weitgehend losgekoppelt ist.¹¹⁰⁷

Ausgehend von diesem weiten Verständnis des Verbraucherschutzes sollen die neuen Regelungen mit Bezug zum Verbraucherschutz untersucht werden.

Dabei ist, wie oben gesehen¹¹⁰⁸, davon auszugehen, dass der Verbraucherschutz nicht zu den in Art. 3 Abs. 2 genannten Aspekten gehören. Auch wenn in einigen Formulierungen der Eindruck entsteht, Verbraucherschutz wäre ein Unterpunkt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, heißt das lediglich, dass es im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auch solche Verpflichtungen gibt, die den Verbraucherschutz betreffen. Als *Service public*-Vorbehalt muss Art. 3 Abs. 2 restriktiv aufgefasst werden.¹¹⁰⁹ Auch die Tatsache, dass Art. 3 Abs. 2 eine sehr detaillierte Auflistung enthält, zeigt, dass die Liste abschließend sein soll. Darüber hinaus ist das Konzept des Verbraucherschutzes in der Richtlinie so unklar und uferlos, dass es kaum als greifbares Konzept für etwaige Ausnahmen von der Richtlinie geeignet ist. Der Verbraucherschutz in der Strom-Richtlinie zum Beispiel umfasst einen bunten Strauss an Gründen: „Aus Gründen der Gerechtigkeit“, sowie der Wettbewerbsfähigkeit und „indirekt zur Schaffung von Arbeitsplätzen“.¹¹¹⁰

Neben der Grundversorgungspflicht, die ebenfalls verbraucherschützende Wirkung hat, ist auch der Art. 3 Abs. 5 eine neue Regelungen im Rahmen des Verbraucherschutzes. Diese wurde schon ausführlicher¹¹¹¹ behandelt und betrifft zum einen den

¹¹⁰⁵ *Lecheler*, in: Dausen (Hrsg.), Tz. 24; *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 153 Tz. 4.

¹¹⁰⁶ Der Verbraucherschutz in der Strom-Richtlinie umfasst einen bunten Strauss an Gründen: „aus Gründen der Gerechtigkeit“, sowie der Wettbewerbsfähigkeit und „indirekt zur Schaffung von Arbeitsplätzen“, vgl. Erwägungsgrund 19.

¹¹⁰⁷ Auch Art. 3 Abs. 3 Satz 4 der Strom-Richtlinie zeigt, dass letztlich alle natürlichen wie juristischen Personen, die Energie verbrauchen, Verbraucher im Sinne der Richtlinie sind: „Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, die Marktstellung der privaten sowie kleinen und mittleren Verbraucher zu stärken, in dem sie die Möglichkeit des freiwilligen Zusammenschlusses zur Vertretung dieser Verbrauchergruppen fördern.“

¹¹⁰⁸ Vgl. oben D.II.1.b)(3)(d).

¹¹⁰⁹ Denn ein solcher Vorbehalt steht dem Ziel der Vollendung des Energiebinnenmarktes entgegen, und etwaige Einschränkungsmöglichkeiten müssen begrenzt werden.

¹¹¹⁰ Erwägungsgrund 19.

¹¹¹¹ Vgl. oben, D.II.1.g).

Schutz der Verbraucher, die keine lukrativen Kunden darstellen, und zum anderen allgemeine Anforderungen, die alle Energiekunden betreffen. Diese Vorgaben sind zum Teil verpflichtend für die Mitgliedstaaten, jedoch verbleibt diesen auch hier ein großer Ermessensspielraum. Zum einen werden keine speziellen Maßnahmen genannt.¹¹¹² Zum anderen nennt Erwägungsgrund 24 auch die Möglichkeit von allgemeineren Maßnahmen innerhalb der Sozialversicherungssysteme. Insofern können Mitgliedstaaten ihrer Pflicht aus Art. 3 Abs. 5 Satz 1 der Strom-Richtlinie dadurch nachkommen, dass allgemeine Normen des Sozialrechts den Betroffenen die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen, um einen Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden.¹¹¹³ Zusätzlich werden in Art. 3 Abs. 5 allgemeine Inhalte des Verbraucherschutzes behandelt. Danach sollen die Mitgliedstaaten einen hohen Verbraucherschutz gewährleisten, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren. Die Mitgliedstaaten stellen nach Art. 3 Abs. 5 Satz 4 weiter sicher, dass zugelassene Kunden tatsächlich zu einem neuen Lieferanten wechseln können. Zumindest im Fall der Haushalts-Kunden schließen solche Maßnahmen die in Anhang A aufgeführten Maßnahmen ein. Dabei soll der Anhang A die Maßnahmen zum Schutz der Kunden in Art. 3 konkretisieren. Unbeschadet der Verbraucherschutzvorschriften der Gemeinschaft, insbesondere der Richtlinien 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und 93/13/EG des Rates, soll mit den in Art. 3 genannten Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Kunden Anspruch auf einen Vertrag mit ihren Anbietern von Elektrizitätsdienstleistungen haben, in dem ein bestimmter Mindestinhalt¹¹¹⁴ festgelegt ist, damit der Kunde die essentiellen Vertragsbedingungen parat hat und so auch eine entsprechende Transparenz gewährleistet ist.

Eine weitere neue Regelung, die den Verbraucherschutz betrifft, ist die Regelung zur Stromkennzeichnung in Art. 3 Abs. 6 der Strom-Richtlinie.¹¹¹⁵ Die Bedeutung von Angaben über die Herkunft des technisch nicht unterscheidbaren Stroms lässt sich dabei an der Schnittstelle zwischen Verbraucherschutz und umweltpolitischen Überlegungen verorten. Der Verbraucher soll eine Chance erhalten, aufgrund der relativen Umweltauswirkungen des entsprechenden Strommixes eine „informed choice“ treffen können. Deswegen wird in der Einführung der Stromkennzeichnungspflicht auch teilweise eine wesentliche Stärkung des Verbraucherschutzes gesehen.¹¹¹⁶ Tatsächlich

¹¹¹² Wie zum Beispiel langwierige Verfahren, die eingehalten werden müssen, bevor es bei bestimmten Kundengruppen tatsächlich zur Versorgungseinstellung kommt; Zuschüsse bei witterungsbedingt erhöhte Energierechnungen und besondere Bezahlungsmodalitäten, Erwägungsgrund 24; siehe auch *Jones*, EU Energy Law, S. 141.

¹¹¹³ *Jones*, EU Energy Law, S. 141.

¹¹¹⁴ Diese Angaben sind: Name und Anschrift des Anbieters, erbrachte Leistungen und angebotene Qualitätsstufen sowie Zeitpunkt für den Erstanschluss, falls angeboten, die Art der angebotenen Wartungsdienste, Art und Weise, wie aktuelle Informationen über alle geltenden Tarife und Wartungsentgelte erhältlich sind, Vertragsdauer, Bedingungen für eine Verlängerung und Beendigung der Leistungen und des Vertragsverhältnisses, Vorhandensein eines Rücktrittsrechts, etwaige Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Leistungsqualität, und Vorgehen zur Einleitung von Streitbeilegungsverfahren.

¹¹¹⁵ Ausführlicher zur Stromkennzeichnungspflicht, unten, D.II.1.h).

¹¹¹⁶ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 253.

werden nun Informationen zur Verfügung gestellt, die sich ein einzelner, noch so gut informierter und interessierter Verbraucher kaum selbst besorgen könnte.¹¹¹⁷

Grundsätzlich bietet die Richtlinie kein schlüssiges Bild, wer Verbraucher im Sinne der Richtlinie ist und welchen Schutz er bedarf. Dennoch soll festgehalten werden, dass der Verbraucherschutz auch im klassischen Sinne an Bedeutung gewonnen hat, da einige für die Mitgliedstaaten verbindliche Regelungen eingeführt worden sind.

6. Zwischenfazit

Die gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind in der neuen Strom-Richtlinie ausgebaut und aufgewertet worden. Dies geht einher mit der Verschärfung der wettbewerblichen Vorgaben einerseits und der teilweisen Einschränkung der mitgliedstaatlichen Spielräume in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen andererseits. Dies zeigt sich nicht nur an der Grundversorgungspflicht, sondern auch an anderen, erstmals verpflichtenden Normen in diesem Bereich. Die Veränderungen sollen jedoch zusammen mit denen der neuen Gas-Richtlinie in Kapitel D.VI ausführlicher bearbeitet werden.

III. Die Richtlinie 2003/55/EG Gas und gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Die Beschleunigungsrichtlinie Gas ist der neuen Strom-Richtlinie in weiten Teilen nachgebildet und teilweise quasi wortgleich. Insbesondere hinsichtlich der Terminologie in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 ergeben sich die gleichen Probleme wie in der Strom-Richtlinie, so dass hier auf jene Ausführungen¹¹¹⁸ verwiesen und im Folgenden Bezug genommen wird. Insofern sollen im Folgenden auch nur die Besonderheiten der Gas-Richtlinie gegenüber der Strom-Richtlinie dargestellt werden, die sich aufgrund der technischen, wirtschaftlichen und politischen Besonderheiten des Erdgases¹¹¹⁹ ergeben. Einige dieser Besonderheiten sind im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angesiedelt.

¹¹¹⁷ Zwar haben einige Unternehmen schon mit Öko-Strom etc. geworben, jedoch waren die in diesem Zusammenhang präsentierten Informationen mangels Transparenz und Vergleichbarkeit von nur geringem Wert. Insgesamt kann man davon ausgehen, dass positive Effekte auf die Umwelt beschränkt sind: ein möglicher präventiver Steuereffekt ist allein deswegen sehr beschränkt, da sich die entsprechenden Angaben auf das vergangene Jahr beziehen.

¹¹¹⁸ Siehe oben unter D.II.1.a)ff.

¹¹¹⁹ Schon auf dem Erzeugungslevel gibt es strukturelle Unterschiede zwischen Strom- und Gasgewinnung. Zu dem besteht eine Koppelung der Gaspreise an die Ölpreise, was einem echten Wettbewerb nicht förderlich ist. Auch bestehen gewichtige technische Unterschiede. Erdgas ist im Gegensatz zu Strom ein speicherungsfähiger Rohstoff, so dass Erdgasspeichern in der Wertschöpfungskette eine besondere Bedeutung zukommt. Außerdem ist beim Gas eine größere Korrelation zwischen dem physikalischen Weg und dem Vertragsweg gegeben als beim Strom. Die Umweltdiskussion findet im Bezug auf Gas kaum statt. Im Gegensatz zu Strom gibt es Gas nicht nur in unterschiedlichen Aggregatzuständen, sondern unterschiedlichen sonstigen Beschaffenheiten. Für diese unterschiedlichen Gase, die sich im Wesentlichen in so genanntes H-Gas (hochkalorisches Gas) und L-Gas (niederkalorisches Gas) unterteilen lassen, werden in unterschiedlichen Netzen transportiert. Schließlich kann man auch davon ausgehen, dass politische Unterschiede eine Rolle spielen. Tatsächlich ließen sich erhebliche politische Konflikte und Widerstände in der Gaswirtschaft beobachten. Die ca. anderthalb jährige Verspätung der

Gemeinwirtschaftliche Leistungen sollen auch im Gasbereich deutlichere institutionelle Konturen enthalten¹¹²⁰, die sich jedoch von den Veränderungen im Strombereich unterscheiden. Deshalb soll auch hier untersucht werden, inwiefern die neue Gas-Richtlinie zu einer quantitativ und qualitativ erheblichen Veränderung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Gaswirtschaft führt.

1. Das allgemeine gemeinwirtschaftliche Konzept der Richtlinie

Im Allgemeinen gilt auch hier das zur Strom-Richtlinie Gesagte entsprechend. Im Folgenden soll deshalb auch im Wesentlichen nur auf Besonderheiten der Gas-Richtlinie eingegangen werden.

a) Grundprinzip in Art. 3 Abs. 1 der Gas-Richtlinie

Auch die Regelung des Art. 3 Abs. 1 der neuen Gas-Richtlinie enthält neben den bisher auch schon aufgeführten Aspekten der Wettbewerbsorientiertheit¹¹²¹ den Aspekt der Sicherheit¹¹²² und der ökologischen Nachhaltigkeit.¹¹²³ Die Tatsache, dass die beiden letztgenannten Aspekte nun auch in dem zentralen Art. 3 Abs. 1 aufgeführt sind, zeigt, dass auch hier eine Trendverschiebung hin zu gemeinwirtschaftlichen Überlegungen stattgefunden hat.

b) Grundsätzliche Möglichkeit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Art. 3 Abs. 2 der Gas-Richtlinie

Auch nach Art. 3 Abs. 2 der Gas-Richtlinie können die Mitgliedstaaten unter uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Art. 86, den im Gassektor tätigen Unternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz, beziehen können.¹¹²⁴ Schließlich können die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Versorgungssicherheit, die Energieeffizienz/ Nachfragesteuerung sowie zur Erreichung der Umweltziele im Sinne dieses Absatzes eine langfristige Planung vorsehen, wobei die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, dass Dritte Zugang zum Netz erhalten wollen. Die langfristige Planung ist nach Art. 2 Ziff. 30 die langfristige Planung der Versorgungs- und Transportkapazitäten von Erdgasunternehmen zur Deckung der Erdgasnachfrage des Netzes, zur Diversifizierung der Versorgungsquellen und zur Sicherung der Versorgung der Kunden. Im Gegensatz zur alten Strom-Richtlinie wird auch ausdrücklich auf die Diversifizierung der Versorgungsquellen hingewiesen, was auf die unter-

ersten Gas-Richtlinie ist insbesondere auf diese Widerstände zurückzuführen. Auch die Marktkonzentration ist auf dem Gasmarkt noch stärker.

¹¹²⁰ Baur/Lückenbach, Fortschreitende Regulierung, S. 28.

¹¹²¹ Vgl. schon oben, D.II.1.a)(1).

¹¹²² Vgl. schon oben, D.II.1.a)(2).

¹¹²³ Vgl. schon oben, D.II.1.a)(3), wobei insgesamt die Umweltschutzproblematik im Gasbereich eine nicht so prominente Stellung besetzt wie im Strombereich.

¹¹²⁴ Solche Verpflichtungen müssen des weiteren nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Erdgasunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen.

schiedlichen Strukturen der Gasversorgung im Verhältnis zur Stromversorgung zurückzuführen ist.¹¹²⁵

Dieser Absatz war im Wesentlichen schon in der Fassung in der alten Gas-Richtlinie enthalten. Diese Regelungen und die darin enthaltenen Definitionsprobleme sind mit der des Art. 3 Abs. 2 der Strom-Richtlinie vergleichbar.

c) **Keine Grundversorgungspflicht, keine Kennzeichnungspflicht bei Gas**

Zwei verpflichtende Regelungen der Strom-Richtlinie fehlen im Gasbereich: eine Grundversorgungspflicht wie in Art. 3 Abs. 3 und eine Kennzeichnungsregelung wie in Art. 3 Abs. 6 der Strom-Richtlinie.

Ein ganz entscheidender Unterschied zur neuen Strom-Richtlinie liegt darin, dass auf eine Grundversorgungspflicht wie in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie¹¹²⁶ verzichtet wird. Zwar heißt es auch hier in den Erwägungsgründen¹¹²⁷, dass die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen eine grundlegende Anforderung dieser Richtlinie ist, und es wichtig sei, dass in dieser Richtlinie von allen Mitgliedstaaten einzuhaltende gemeinsame Mindestnormen festgelegt werden, die den Zielen des Verbraucherschutzes, der Versorgungssicherheit, des Umweltschutzes und einer gleichwertigen Wettbewerbsintensität in allen Mitgliedstaaten Rechnung tragen.¹¹²⁸ Abschwächend klingt die Formulierung, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen „sollten“, dass die Kunden, wenn sie an das Gasnetz angeschlossen werden, über ihr Recht auf Versorgung mit Erdgas einer bestimmten Qualität zu angemessenen Preisen unterrichtet werden.¹¹²⁹

Im Gas-Bereich fehlen also Mindestnormen mit Universaldienstcharakter.¹¹³⁰ Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass Erdgasnetze nicht in dem gleichen Maße flächendeckend vorliegen wie die Stromnetze.¹¹³¹ Schließlich ist auch die service public Komponente von Gas gegenüber Strom aufgrund der Substituierbarkeit zum Beispiel mit Öl oder Fernwärme geringer.¹¹³² Hinzuweisen ist jedoch auf Art. 3 Abs. 3 der Gas-Richtlinie¹¹³³

Auch eine Kennzeichnungspflicht wie in Art. 3 Abs. 6 der Strom-Richtlinie fehlt in der Gas-Richtlinie. Dies ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass wie oben schon angesprochen die Umweltproblematik im Gasbereich keine dem Strom-

¹¹²⁵ *Neveling*, in Danner/Theobald (Hrsg.), Tz. 412.

¹¹²⁶ Siehe oben unter D.II.1.f).

¹¹²⁷ Insgesamt muss zu den Erwägungsgründen gesagt werden, dass diese bei der Interpretation der Richtliniennormen selbst zu unterschiedlichen Interpretationen herangezogen werden können, denn sie sind nicht per se so eindeutig wie Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge, vgl. *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, 1996, S. 16 Fn. 15.

¹¹²⁸ Erwägungsgrund 27.

¹¹²⁹ Erwägungsgrund 26.

¹¹³⁰ *Jones*, EU Energy Law, S. 118.

¹¹³¹ *Jones*, EU Energy Law, S. 144; auch Erwägungsgrund 26) grenzt die Bedeutung der Gasversorgung dadurch ein, dass nur die Kunden betroffen sind, die schon an das Netz angeschlossen sind.

¹¹³² *Jones*, EU Energy Law, S. 118.

¹¹³³ Dazu mehr unten, D.III.1.d).

Bereich vergleichbare Bedeutung aufweist. Schließlich stehen hinter dem Gasangebot keine unterschiedlichen Erzeugungsarten wie Kernenergie, erneuerbare Energien oder Kohlestrom mit ihren unterschiedlichen Umweltauswirkungen beim Umwandlungsprozess, sondern einfach nur die Förderungen des Rohstoffs. Die trotzdem bestehenden unterschiedlichen Umweltauswirkungen auch bei der Gasförderung (z.B. in Naturschutzgebieten etc.) eignen sich kaum für eine entsprechende Aufschlüsselung auf der Gasrechnung.

d) „Schutz der Endkunden“, Art. 3 Abs. 3/zusätzliche Ziele in Art. 3 Abs. 4 der Gas-Richtlinie

Die Mitgliedstaaten ergreifen gemäß Art. 3 Abs. 3 der Gas-Richtlinie geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzes und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht, wozu auch geeignete Maßnahmen gehören, mit denen diesen Kunden geholfen wird, den Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden. In diesem Zusammenhang haben die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit, Maßnahmen zum Schutz von Kunden in abgelegenen Gebieten zu treffen, die an das Erdgasnetz angeschlossen sind.

Hier wird ein wesentlicher Unterschied zur Strom-Richtlinie sichtbar: dort wird nämlich in Art. 3 Abs. 5 Satz 2 allgemein von Endkunden in abgelegenen Gebieten gesprochen, während hier in der Gas-Richtlinie nur Endkunden betroffen sind, „die an das Erdgasnetz angeschlossen sind“. Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass Erdgasnetze nicht in dem gleichen Maße flächendeckend vorliegen wie Stromnetze.¹¹³⁴ Wo jedoch ein solcher Anschluss an das Gasnetz besteht, ist die kontinuierliche Versorgung zu einem angemessenen Preis von genauso fundamentaler Bedeutung wie im Strombereich.¹¹³⁵

Wie in der Strom-Richtlinie auch, so müssen die Mitgliedstaaten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der allgemeinen Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren gewährleisten.

Zumindest im Fall der Haushalts-Kunden¹¹³⁶ schließen solche Maßnahmen die in Anhang A aufgeführten Maßnahmen ein. Der Anhang A ist grundsätzlich mit dem Anhang A der Strom-Richtlinie vergleichbar. Allerdings bezieht sich lit g) des Gas-Anhangs anstatt auf eine Grundversorgungspflicht auf das Recht der an das Gasnetz angeschlossenen Kunden über ihre, gemäß dem einzelstaatlichen Recht bestehenden, Rechte auf Versorgung mit Gas einer bestimmten Qualität zu angemessenen Preisen.

¹¹³⁴ Jones, EU Energy Law, S. 144; auch Erwägungsgrund 26) grenzt die Bedeutung der Gasversorgung dadurch ein, dass nur die Kunden betroffen sind, die schon an das Netz angeschlossen sind.

¹¹³⁵ Jones, EU Energy Law, S. 144.

¹¹³⁶ Haushaltskunden sind nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 25 Kunden, die Erdgas für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen. Im Vergleich zu der Parallelnorm in Art. 2 Nr. 10 der Strom-Richtlinie sind gewerbliche und berufliche Tätigkeiten nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

Die möglichen Maßnahmen entsprechen denen in Strombereich wie zum Beispiel langwierige Verfahren, die eingehalten werden müssen, bevor es bei bestimmten Kundengruppen tatsächlich zur Versorgungseinstellung kommt. Dazu gehören auch Zuschüsse bei witterungsbedingt erhöhten Energierechnungen und besondere Bezahlungsmodalitäten.

Auch hier besteht wie im Strombereich die Möglichkeit von allgemeineren Maßnahmen innerhalb der Sozialversicherungssysteme. Insofern können Mitgliedstaaten ihrer Pflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Gas-Richtlinie dadurch nachkommen, dass allgemeine Normen des Sozialrechts den Betroffenen die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen, um einen Ausschluss von der Versorgung zu vermeiden.

Nach Art. 3 Abs. 4 der Gas-Richtlinie, der im Wesentlichen¹¹³⁷ gleichlautend ist mit Art. 3 Abs. 5 der Strom-Richtlinie, müssen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts, des Umweltschutzes, wozu auch Maßnahmen zur Bekämpfung von Klimaveränderungen zählen können, und der Versorgungssicherheit ergreifen. Als mögliche Maßnahmen werden geeignete wirtschaftliche Anreize für den Aufbau und den Erhalt der erforderlichen Netzinfrastruktur, einschließlich der Verbindungskapazität¹¹³⁸, sowie Haftungsregelungen zur Absicherung der erforderlichen Investitionen¹¹³⁹ genannt.

Diese Regelung belässt den Mitgliedstaaten trotz des verpflichtenden Charakters erhebliche Spielräume.

e) Ausnahmemöglichkeit, Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie

Eine in der Struktur, nicht jedoch im Ausmaß Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie vergleichbare Regelung findet sich in Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie. Die Mitgliedstaaten können hiernach beschließen, die Regelung zur Genehmigung in Art. 4 der Gas-Richtlinie nicht auf die Verteilung anzuwenden, soweit eine Anwendung die Erfüllung der den Erdgasunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse auferlegten Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde, und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft. Auch hier soll im Interesse der Gemeinschaft insbesondere der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und mit Art. 86 des EG-Vertrags liegen.

Die Verteilung ist in Art. 2 Nr. 5 der neuen Gas-Richtlinie definiert als der Transport von Erdgas über örtliche und regionale Leitungsnetze zum Zweck der Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung.¹¹⁴⁰ In der alten Richtlinie umfasste die Verteilung gemäß Art. 2 Nr. 5 den Transport von Erdgas über örtliche und regionale Leitungsnetze im Hinblick auf die Versorgung von Kunden. Damit ist die

¹¹³⁷ Der Aspekt der Energieeffizienz-/Nachfragesteuerungsmaßnahmen ist in der Gas-Richtlinie nicht enthalten.

¹¹³⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 4 Satz 3 der Gas-Richtlinie.

¹¹³⁹ Vgl. Erwägungsgrund 28 der Gas-Richtlinie.

¹¹⁴⁰ Wobei Versorgung nach Art. 2 Nr. 7 als der Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Erdgas, einschließlich verflüssigtem Erdgas, an Kunden definiert wird.

Freistellungsmöglichkeit nach Art. 3 Abs. 5 der neuen Richtlinie enger als die des Art. 3 Abs. 3 der alten Richtlinie.

Diese Freistellungsmöglichkeit, die grundsätzlich in dieser Form auch in der alten Gas-Richtlinie¹¹⁴¹ in Art. 3 Abs. 3 enthalten war, entscheidet sich wesentlich von der der Strom-Richtlinie¹¹⁴²: Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie ist zurückhaltender in der Gewährung von Ausnahmemöglichkeiten, da hier zur Durchsetzung des gleichen Zieles, nämlich der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen – nur die Nichtanwendung der Anforderungen des Art. 4 der Gas-Richtlinie hinsichtlich der Verteilung möglich ist.¹¹⁴³ Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass die Service-public-Komponente von Gas gegenüber Strom aufgrund der Substituierbarkeit zum Beispiel mit Öl oder Fernwärme geringer ist.¹¹⁴⁴

Allerdings sieht die Gas-Richtlinie hinsichtlich des Netzzugangs die unmittelbare Möglichkeit¹¹⁴⁵ vor, dass Erdgasunternehmen selbst im Falle der Gefährdung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen den Zugang zum Erdgasnetz verweigern können. Eine vorherige Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates ist also im Gegensatz zu der Regelung im Strombereich nicht erforderlich.

Darüber hinaus wurde auch schon der im Wesentlichen gleichlautende Art. 3 Abs. 3 der Gas-Richtlinie nicht als abschließend angesehen.¹¹⁴⁶ Diese Auffassung wurde insbesondere auf den damaligen Erwägungsgrund 15 gestützt. Dort heißt es, dass die Mitgliedstaaten, wie in Art. 3 Abs. 3 vorgesehen, „insbesondere“ nicht verpflichtet sein sollen, Art. 4 auf ihre Verteilungsinfrastruktur anzuwenden, damit nicht die Erfüllung der den Erdgasunternehmen übertragenen Verpflichtungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse de jure oder de facto verhindert wird. Das Wörtchen „insbesondere“ in der alten Richtlinie legte nahe, dass auch andere Ausnahmen, die nicht Verteilerunternehmen betreffen, zugelassen werden konnten.

Obwohl die Beschleunigungsrichtlinien durchaus in der Struktur den alten Richtlinien nachempfunden sind, findet sich eine solche Aussage weder in den Artikeln noch in den Erwägungsgründen der neuen Gas-Richtlinie. Daraus muss aber nicht notwendigerweise ein Umkehrschluss in der Weise geschlossen werden, dass es nunmehr ausschließlich bei der Nichtanwendung des Art. 4 auf Verteilerunternehmen bleibt. Zunächst hat ein Erwägungsgrund nicht den Status einer Norm.¹¹⁴⁷ Gegen diesen Umkehrschluss spricht aber auch in ganz praktischer Weise der Gesetzge-

¹¹⁴¹ Die durch Art. 3 Abs. 3 der alten Richtlinie eingeräumte Möglichkeit, die Tätigkeit der Gasverteilung von einem diskriminierungsfreien Genehmigungsverfahren nach Art. 4 der alten Strom-Richtlinie auszunehmen wurde von Frankreich in Anspruch genommen, vgl. dazu *Lecheler/Püstow*, in: RdE 2003, S. 131.

¹¹⁴² Vgl. oben die Ausführungen zu Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie.

¹¹⁴³ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 151.

¹¹⁴⁴ *Jones*, EU Energy Law, S. 118.

¹¹⁴⁵ Dazu ausführlicher unten, D.III.3.

¹¹⁴⁶ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 437; *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101.

¹¹⁴⁷ Ihr fehlt Tatbestand und Rechtsfolge und kann für verschiedene Schlussfolgerungen herangezogen werden, vgl. oben D.II.1.d.)c); auf die Probleme der Rechtsanwendung bei umfangreichen Erwägungsgründen weist *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, S. 16, Fn. 15, hin.

bungsprozess: Zunächst war geplant, die beiden Beschleunigungsrichtlinien in einen einheitlichen Rechtsakt zu fassen.¹¹⁴⁸ Insofern gab es für beide Richtlinien nur eine einzige Liste von Erwägungsgründen, so dass es nahe liegt, dass ein spezieller Erwägungsgrund, der dem Erwägungsgrund 15 der alten Gas-Richtlinie entspricht, aus diesem Grund unter Tisch fallen gelassen wurde. Schließlich war das „umfangreiche Geflecht“ der Erwägungsgründe schon unübersichtlich genug.¹¹⁴⁹ Und ein derartiger Umkehrschluss lässt sich nicht überzeugend auf einem möglicherweise rein redaktionellen Umstand aufbauen.

Unabhängig davon, ob nun Art. 3 Abs. 5 der neuen Richtlinie einen abschließenden Charakter hat oder nicht, wird auch diskutiert, inwiefern etwaige Lücken auf Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag zurückgegriffen werden kann.¹¹⁵⁰

Wichtig ist auch die im Vergleich zu den Energiemonopol-Urteilen für die Mitgliedstaaten erschwerte Beweislast, da die Richtlinie wie schon im Rahmen des Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie gesehen bevorzugte Alternativkonzepte aufstellt, an die sich die Mitgliedstaaten zunächst halten müssen.

2. Genehmigung und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Neben der generellen Freistellungsmöglichkeit nach Art. 3 Abs. 5 ist die Regelung in Art. 4 der Gas-Richtlinie beachtenswert. Nach Art. 4 Abs. 1 der Gas-Richtlinie erteilen die Mitgliedstaaten oder eine von ihnen benannte zuständige Behörde in Fällen, in denen eine Genehmigung¹¹⁵¹ für den Bau oder den Betrieb von Erdgasanlagen erforderlich ist, Genehmigungen zum Bau und/oder Betrieb derartiger Anlagen, Leitungen und dazugehöriger Einrichtungen in ihrem Hoheitsgebiet.

a) Art. 3 Abs. 5 und Genehmigung

Wie oben schon angesprochen, können Mitgliedstaaten unter den in Art. 3 Abs. 5 genannten Voraussetzungen beschließen, die Regelung zur Genehmigung nicht auf die Verteilung anzuwenden.¹¹⁵²

b) Im Interesse eines effizienten Betriebs, Art. 4 Abs. 4 der Gas-Richtlinie

Nach Art. 4 Abs. 4 der neuen Richtlinie¹¹⁵³ können es die Mitgliedstaaten bei der Erschließung neu in die Versorgung einbezogener Gebiete und allgemein im Interesse eines effizienten Betriebs unbeschadet des Art. 24 ablehnen, eine weitere Genehmigung für den Bau und den Betrieb von Verteilerleitungsnetzen in einem bestimmten Gebiet zu erteilen, wenn in diesem Gebiet bereits solche Leitungsnetze gebaut wurden oder in Planung sind und die bestehenden oder geplanten Kapazitäten nicht ausgelastet sind. Diese Regelung hat eine schützende Funktion für die Verteilerunter-

¹¹⁴⁸ KOM (2001) 125 final.

¹¹⁴⁹ *Tettinger*, CEDEC-Rechtsgutachten, 1996, S. 16.

¹¹⁵⁰ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 101; *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 437.

¹¹⁵¹ Dabei spielt die genaue Bezeichnung, wie z.B. Lizenz, Erlaubnis, Konzession, Zustimmung oder Zulassung, keine Rolle.

¹¹⁵² Vgl. schon oben, D.III.1.e).

¹¹⁵³ Dieser Artikel ist im Wesentlichen gleichlautend mit Art. 4 Abs. 4 der alten Gas-Richtlinie.

nehmen, weil so eine bessere Netzauslastung gewährleistet und ein „Wettbewerb um die Netze“ vermieden wird.

Neveling¹¹⁵⁴ sieht hierin eine spezielle und konkretisierte Ausprägung der in Art. 3 Abs. 5 allgemein enthaltenen Freistellungsmöglichkeit für Verteilerunternehmen im Falle der Gefährdung der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, weil es um das „Interesse am effizienten Betrieb“ des Verteilernetzes geht, wobei der Verteilernetzbetreiber regelmäßig die allgemeine Versorgungspflicht wahrnimmt.

Weil aber keine weiteren Anforderungen an eine solche mitgliedstaatliche Ausnahmeentscheidung gestellt werden, ist darüber hinaus fraglich, ob die Anforderungen des Art. 3 Abs. 5 auch im Rahmen des Art. 4 Abs. 4 gelten sollten. Hiergegen spricht aber ganz klar der eigene Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 4. Hätte der Richtlinienggeber nämlich keinen besonderen Anwendungsfall gemeint, hätte die allgemeine Vorschrift des Art. 3 Abs. 5 der Nichtanwendung des Art. 4 auf Verteilung ausgereicht, so dass die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 5 im Rahmen des Art. 4 Abs. 4 nicht vorliegen müssen.¹¹⁵⁵

3. Netzzugang und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Auch im Gasbereich ist der Netzzugang von fundamentaler Bedeutung für die Entwicklung von Wettbewerb.¹¹⁵⁶ Erschwert wird hier die Situation aber noch durch einige Besonderheiten des Produktes Gas, welches es nicht nur in unterschiedlichen Aggregatzuständen gibt, sondern unterschiedlichen sonstigen Beschaffenheiten.¹¹⁵⁷ Diese unterschiedlichen Gase, die im Wesentlichen in so genanntes H-Gas (hochkalorisches Gas) und L-Gas (niederkalorisches Gas) unterteilen lassen, werden in unterschiedlichen Netzen transportiert.¹¹⁵⁸

Hervorzuheben ist zunächst, dass eine allgemeine Freistellungsmöglichkeit in Bezug auf den Netzzugang wie bei Strom¹¹⁵⁹ in Art. 3 Abs. 5 der Gas-Richtlinie fehlt.

Erdgasunternehmen können aber den Netzzugang verweigern, wenn sie nicht über die nötige Kapazität verfügen oder der Netzzugang sie daran hindern würde, die ihnen auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß Art. 3 Abs. 2 zu erfüllen, oder wenn in Bezug auf die in Art. 27 festgelegten Kriterien und Verfahren und die von dem Mitgliedstaat gemäß Art. 27 Abs. 1 gewählte Alternative aufgrund von Verträgen mit unbedingter Zahlungsverpflichtung ernsthafte wirtschaftliche und finanzielle Schwierigkeiten bestehen. Die Verweigerung ist ordnungsgemäß zu begründen. Diese Vorschrift ist mit dem im Wesentlichen gleichlautenden Art. 17 Abs. 1 der alten Gas-Richtlinie vergleichbar.

Diese Norm stellt eine Möglichkeit der Netzzugangsverweigerung im Einzelfall dar, nicht die Möglichkeit einer generellen Nichtanwendung oder Bereichsausnahme wie

¹¹⁵⁴ Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 446.

¹¹⁵⁵ Neveling, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 449.

¹¹⁵⁶ Allgemein zum Netzzugang Gas, Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 184ff.

¹¹⁵⁷ Püstow, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 29.

¹¹⁵⁸ Vgl. ausführlicher oben D.I.5).

¹¹⁵⁹ Art. 3 Abs. 8 der Strom-Richtlinie; vgl. oben unter D.II.1.d).

in Art. 3 Abs. 5 iVm Art. 4.¹¹⁶⁰ Insofern über die Regelung des Art. 3 Abs. 5 hinausgehend¹¹⁶¹ sieht die Gas-Richtlinie hinsichtlich des Netzzugangs die unmittelbare Möglichkeit vor, dass Erdgasunternehmen selbst im Falle der Gefährdung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen den Zugang zum Erdgasnetz verweigern können. Eine vorherige Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates ist also im Gegensatz zu der Regelung im Strombereich nicht erforderlich. Diese unmittelbare Möglichkeit ist nicht an eine vorherige Entscheidung der Mitgliedstaaten geknüpft. Daher besteht an dieser Stelle auch kein Optionsrecht für die Mitgliedstaaten, sondern eine Umsetzungspflicht.¹¹⁶²

Aufgrund dieser Besonderheit sind mehrere Fragen anzusprechen. Solange keine entsprechende mitgliedstaatliche Regelung besteht, können sich die Erdgasunternehmen nicht direkt auf Art. 21 berufen,¹¹⁶³ da Richtlinien eben keine unmittelbare Wirkung in Privatrechtsverhältnissen zukommt.¹¹⁶⁴ Jedoch ist in jedem Fall eine richtlinienkonforme Auslegung z.B. bei unbestimmten Rechtsbegriffen erforderlich.¹¹⁶⁵ Der Grundsatz des Verbots der unmittelbaren Drittwirkung von Richtlinien ist darüber hinaus auch durch eine neuere Entscheidung des EuGH¹¹⁶⁶ noch nicht ins Wanken geraten.

Auch hier kommt es auf die „Verhinderung“ der Erfüllung der „auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ gemäß Art. 3 Abs. 2 an. Zum einen ist deshalb fraglich, ob strengere Maßstäbe an die Prüfung der Verhinderung der Aufgabenstellung gestellt werden müssen oder nicht, weil es sich hier um Private und nicht um die Mitgliedstaaten selbst handelt. Baur sieht hier eine restriktivere Regelung, da den privaten Unternehmen im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten keine Einschätzungs- und Bewertungsspielraum zukommen dürfe.¹¹⁶⁷

Demgegenüber sehen andere Autoren keinen Grund für solch erhöhte Anforderungen.¹¹⁶⁸ Zunächst läge kein Anhaltspunkt in der Rechtsprechung vor, dass strengere

¹¹⁶⁰ Von *Burchard/Riemer*, in: ET 1998, S. 783.

¹¹⁶¹ Vgl. oben D.III.1.e).

¹¹⁶² *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 435.

¹¹⁶³ Vgl. auch *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 206f.

¹¹⁶⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-106/89 – *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135.

¹¹⁶⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-91/92 - *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Tz. 26; vgl. auch die Ausführungen von *Lutz*, in: RdE 1999, S. 107 zur Auslegung von § 19 GWB.

¹¹⁶⁶ EuGH, verbundene Rs. C-397-401/01 vom 9. März 2004 - *Pfeiffer et al/Deutsches Rotes Kreuz*, Slg. 2004, I-8835, Tz. 113ff: Nach Auffassung des Gerichtshof muss ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit ausschließlich zwischen Privaten anhängig ist, bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist. Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlange, dass das vorliegende Gericht unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts alles tun muss, was in seiner Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten.

¹¹⁶⁷ *Baur*, in: RdE 1999, S. 89.

¹¹⁶⁸ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 152.

Anforderungen vom EuGH an Unternehmen gestellt werden.¹¹⁶⁹ Außerdem könne man zudem schon im dem substantiierten Begründungserfordernis in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 eine Kompensation dafür sehen, dass die Erdgasunternehmen selbst die Entscheidung treffen sollen, so dass auf diese Weise einer größeren möglichen Skepsis gegenüber privaten Entscheidungen genüge getan würde. Darüber hinaus war das weite Verständnis der Verhinderung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag des EuGH, der die letzte für den Art. 86 Abs. 2 maßgebliche Entscheidung am 23.10.1997 fällte, schon vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens der Gas-Richtlinie bekannt. Insofern hätte es dem Gesetzgeber freigestanden diese Erkenntnis in den alten Art. 17 Abs. 1 bzw. den neuen Art. 21 Abs. 1 einfließen zu lassen und eine höhere Hürde für private Unternehmen einzurichten. Da dies nicht für nötig gehalten wurde, sollte auch von gleichen Anforderungen für Private im Rahmen des Art. 21 Abs. 1 der Gas-Richtlinie ausgegangen werden können.

Unabhängig davon, ob generell höhere Anforderungen an Private als an Mitgliedstaaten zu stellen sind, ist die Frage zu beantworten, ob der konkrete Nachweis der Verhinderung nicht aus einem anderen Grund schwierig sein könnte. Nach Auffassung von Schweitzer¹¹⁷⁰ lag zumindest der alten Gas-Richtlinie die Vermutung zugrunde, dass aufgrund der niedrigen Marktöffnungsquoten eine wirtschaftliche Gefährdung sowieso unwahrscheinlich sei. Diese Vermutung müsse deshalb im konkreten Einzelfall widerlegt werden, wobei an dieser Stelle eine pauschalisierende Argumentation wie noch in den Energiemonopol-Urteilen¹¹⁷¹ des EuGH nicht ausreichen könne.

Im Rahmen der Netzzugangsverweigerung nach Art. 21 Abs. 1 soll weiterhin erforderlich sein, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft, wie in Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie und Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag bestimmt. Eine solche Voraussetzung ist im Wortlaut des Art. 21 nicht aufgeführt. Dies spricht zunächst gegen die ergänzenden Voraussetzungen insbesondere des Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie.¹¹⁷² Jedoch gehen die Richtlinien nicht nur selbst ausdrücklich von einer uneingeschränkten Anwendung des EG-Vertrages aus¹¹⁷³, sondern es besteht sowieso eine grundsätzliche Bindung an das höherrangige Primärrecht.¹¹⁷⁴ Daher muss das Netzzugangsverweigerungsrecht in Art. 21 Abs. 1 zusätzlich den Anforderungen der Nichtbeeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs entsprechen.¹¹⁷⁵

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch Art. 27 der neuen Gas-Richtlinie,¹¹⁷⁶ der das Verfahren bei Ausnahmen im Zusammenhang mit unbedingten Zahlungsver-

¹¹⁶⁹ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 152 mit Verweis auf das Remailing-Urteil, vgl. schon oben unter D.II.1.e)(3)(a).

¹¹⁷⁰ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 339.

¹¹⁷¹ Vgl. oben C.I.4.

¹¹⁷² *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 484.

¹¹⁷³ Vgl. nur Erwägungsgrund 27 der neuen Gas-Richtlinie.

¹¹⁷⁴ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 484f; vgl. auch oben unter D.II.1.e)(1).

¹¹⁷⁵ *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 484f.

¹¹⁷⁶ Vgl. Art. 25 der alten Richtlinie.

pflichtungen (take or pay) regelt. Bei diesen Verträgen zwischen Gaslieferanten und Versorgungsunternehmen, welche zumeist eine lange Vertragslaufzeit aufweisen, besteht eine Zahlungspflicht unabhängig davon, ob die vertraglich vereinbarte Liefermenge auch tatsächlich abgenommen wird.¹¹⁷⁷ Nach Art. 27 kann ein Erdgasunternehmen bei dem betreffenden Mitgliedstaat oder der benannten zuständigen Behörde eine befristete Ausnahme von Art. 18 (Zugang Dritter) beantragen, sollten diesem Unternehmen aufgrund eines oder mehrerer Gaslieferverträge mit unbedingter Zahlungsverpflichtung ernsthafte wirtschaftliche und finanzielle Schwierigkeiten oder werden solche Schwierigkeiten befürchtet. Die Kriterien, die die Mitgliedstaaten bei ihrer Entscheidung nach Art. 27 Abs. 3 zu berücksichtigen haben, umfassen nach lit. b) die Notwendigkeit, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu erfüllen und die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Aufgrund der Tatsache, dass take or pay Verträge im Gasbereich sehr weit verbreitet sind, führt Art. 21 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 27 der neuen Gas-Richtlinie letztlich zu der klaren Möglichkeit, auch bei bloßer Erschwerung der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Rahmen einer allgemeinen Kosten-Nutzen-Bilanz den Netzzugang zu verweigern.¹¹⁷⁸

4. Berichtspflicht und Monitoring in der Gas-Richtlinie

Auch im Gas-Bereich hat der neue Art. 3 Abs. 6 eine verschärfte Informationspflicht eingeführt. Zusätzlich soll die Kommission regelmäßig einen Bericht veröffentlichen, in dem die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Erreichung gemeinwirtschaftlicher Ziele untersucht und in ihrer Wirksamkeit verglichen werden, um Empfehlungen für Maßnahmen auszusprechen, die auf einzelstaatlicher Ebene zur Gewährleistung einer hohen Qualität der gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu ergreifen sind. Zusätzlich wurde auch im Gasbereich ein Monitoring der Versorgungssicherheit, Art. 5, eingeführt.¹¹⁷⁹

5. Fernleitung, Speicherung, Verteilung und Versorgung etc und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Im Gegensatz zum Netzzugang weisen die Themen Fernleitung, Speicherung und Versorgung nur wenig spezielle Überschneidungen mit den gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf, so dass diese Bereiche auch nur cursorisch angesprochen werden sollen. Die Verteilung demgegenüber wurde schon im Rahmen der generellen Freistellungsmöglichkeit nach Art. 3 Abs. 5 sowie hinsichtlich der Genehmigungsregeln bearbeitet.

Die Betreiber von Fernleitungsnetzen, Speicher- und/oder LNG-Anlagen sind nach Art. 8 Abs. 1 verpflichtet, unter wirtschaftlichen Bedingungen und unter gebührender Beachtung des Umweltschutzes sichere, zuverlässige und leistungsfähige Fernleitungsnetze, Speicher- und/oder LNG-Anlagen zu betreiben, zu warten und auszubauen.

¹¹⁷⁷ *Ostendorf*, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 152.

¹¹⁷⁸ Vgl. auch *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 340: Diese Möglichkeit stellt insofern einen Kompromiss dar, als Frankreich auf eine allgemeine Ausnahmebestimmung zugunsten von „take or pay“ Verträgen drängte.

¹¹⁷⁹ Vgl. schon oben, D.II.1.k).

en. Diese Vorgaben gelten gemäß Art. 12 Abs. 1 auch für Verteilerunternehmen. Diese stellen Anforderungen dar, die zwar gemeinwirtschaftlichen Charakter aufweisen und insofern die gemeinwirtschaftlichen Aspekte in Art. 3 Abs. 1 widerspiegeln. Allerdings sind diese Normen sehr generell gehalten.

Die vormalige Regelung in Art. 9 Abs. 2 der alten Gas-Richtlinie, wonach Mitgliedstaaten den Verteiler- und/oder Versorgungsunternehmen die Verpflichtung auferlegen konnten, Kunden in einem bestimmten Gebiet und/oder Kunden einer bestimmten Kategorie zu beliefern, wobei der Tarif für diese Lieferungen festgelegt werden konnte, ist nunmehr in Art. 3 Abs. 3 der neuen Gas-Richtlinie zu finden.

Zusätzlich haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Fernleitungsnetzbetreibern zur Auflage zu machen, bei der Wartung und dem Ausbau des Fernleitungsnetzes einschließlich der Verbindungskapazitäten bestimmte Mindestanforderungen einzuhalten.

6. Zwischenfazit

Die neue Gas-Richtlinie hat sich gegenüber der Strom-Richtlinie nicht so entscheidend verändert, weil prägende verbindliche Elemente wie die Grundversorgungspflicht auch weiterhin fehlen. Schließlich ist das Service-public-Element der Gasversorgung aufgrund der Substituierbarkeit nicht so immanent ist wie im Strombereich. Trotzdem wurden auch hier zum ersten Mal mit Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 4 verpflichtende gemeinwirtschaftliche Elemente eingeführt, die eine deutliche Erweiterung im Verbraucherschutz darstellen. Die mitgliedstaatlichen Spielräume sind im Vergleich zum Stand der Energiemonopolurteile insbesondere aus Beweislastgründen verengt.

IV. Regulierungsbehörde und gemeinwirtschaftliche Leistungen

Ein weiteres wichtiges Element der Beschleunigungsrichtlinien, welches sich in die schon beschriebene Tendenz der Richtlinien zur mehr Regulierung einfügt, ist die verbindliche Einführung einer Regulierungsbehörde, Art. 23 der Strom-Richtlinie bzw. Art. 25 der Gas-Richtlinie.¹¹⁸⁰ Nach Art. 23 Abs. 1 betrauen die Mitgliedstaaten eine oder mehrere zuständige Stellen mit der Aufgabe als Regulierungsbehörde, wobei diese Behörden von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft vollkommen unabhängig sein müssen. Ihre Aufgabe besteht darin, Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren des Markts sicherzustellen.

Die Regulierungsbehörde hat keine ausdrücklichen Aufgaben hinsichtlich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen.¹¹⁸¹ Während man aufgrund der ausführlicheren und für die Mitgliedstaaten verbindlichen Vorgaben z.B. in den Artikeln 3 Abs. 3, Abs. 5, Abs. 6 und Abs. 7 der Strom-Richtlinie und Art. 3 Abs. 4 und 5 der Gas-Richtlinie davon hätte ausgehen können, dass auch besondere Befugnisse der Regulierungsbehörde in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen eingeführt sind, sind die Regelungen zu diesem Thema in Art. 23 der Strom-Richtlinie bzw. Art. 25 der Gas-

¹¹⁸⁰ Dazu mehr *Kasper*, in: Leprich/Georgi/Evers (Hrsg.), S. 137ff;

¹¹⁸¹ Vgl. auch *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 266.

Richtlinie sehr zurückhaltend.¹¹⁸² Das Monitoring der Versorgungssicherheit in Art. 4 der Strom- und Art. 5 der Gas-Richtlinie stellt lediglich eine optionale Aufgabe der Regulierungsbehörde dar.

Dies ist aber nur auf den ersten Blick überraschend und anhand der ausschlaggebenden Motive für die Einführung der Regulierungsbehörden zu begründen: Diese wurden aufgrund der defizitären wettbewerblichen Ergebnisse der alten Richtlinien als erforderlich empfunden, nicht wegen einer etwaigen defizitären Umsetzung im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Vorgaben. Auch wenn nun z.B. eine verbindliche Grundversorgung eingeführt wird, bedarf es alleine deswegen noch keiner entsprechenden Regelungen oder Befugnisse einer Regulierungsbehörde. Schließlich soll die Regulierungsbehörde keine „zentralistische Superregulierungsbehörde“¹¹⁸³ sein, die für alle Vorgaben der Richtlinien explizit zuständig ist. Im Unterschied zu der Situation im Telekommunikationssektor sind die Regulierungsbehörden der Beschleunigungsrichtlinien lediglich Wettbewerbsbehörden.¹¹⁸⁴

V. Zusammenfassung der Veränderungen

Auf den ersten Blick springt ins Auge, dass sich der Umfang der Regelungen in Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen erheblich vergrößert hat. Offensichtlich ist diesen Leistungen in den neuen Richtlinien mehr Raum gewidmet. Die Normen mit Bezug zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen sind auch inhaltlich weitgehender.

Dass insgesamt die mitgliedstaatlichen Spielräume in den neuen Richtlinien eingeschränkt wurden¹¹⁸⁵, wurde schon an anderer Stelle dargelegt. In den alten Richtlinien waren sämtliche gemeinwirtschaftlichen Regeln im Gegensatz zu den wettbewerbsfördernden Regeln der Richtlinie nicht verpflichtend.¹¹⁸⁶ Es handelte sich nur um Kann-Vorschriften. Nun gibt es z.B. die verbindliche Grundversorgung in Art. 3 Abs. 3, welche nicht mehr optional ausgestattet ist, sondern dem Konzept des Universaldienstes entspricht,¹¹⁸⁷ sowie eine Pflicht zur Stromkennzeichnung in Art. 3 Abs. 6, und weitere verbindliche Vorgaben in Art. 3 Abs. 5 und Abs. 7 der Strom-Richtlinie, sowie Art. 3 Abs. 3 und 5 der Gas-Richtlinie.

Auch sind die Regelungen der neuen Richtlinien detaillierter: Verbraucherschutzaspekte, die in der alten Richtlinie nur in den Erwägungsgründen auftauchen, werden

¹¹⁸² Vgl. auch *Jones*, Energy Law, S. 147.

¹¹⁸³ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 322.

¹¹⁸⁴ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 267. Im deutschen Recht ist nach § 35 EnWG auch vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben ein Monitoring über die Erfüllung der Stromkennzeichnungspflicht in Abs. 1 Nr. 9, über die wettbewerbliche Entwicklung aus Sicht der Haushaltskunden in Abs. 1 Nr. 11 und die Bedingungen der erneuerbaren Energie in Abs. 1 Nr. 6 durchführt.

¹¹⁸⁵ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 264; *Schroeder-Czaja*, Integration Mittelosteuropas in den Elektrizitätsbinnenmarkt, S. 232; *Lecheler/Gundel*, in: EWS 2001, S. 254; *Schneider/Prater*, in: IR 2004, S. 7; *Möstl*, in: RdE 2003, S. 98.

¹¹⁸⁶ *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates, S. 125.

¹¹⁸⁷ Diese obligatorische Grundversorgung gibt es auch in der neuen Beschleunigungsrichtlinie Gas nicht, was sich aus den oben unter D.III.1.c) angesprochenen Gründen erklärt. Auch ein der Stromkennzeichnung vergleichbares Institut gibt es in der Gas-Richtlinie nicht.

in Art. 3 Abs. 5 der neuen Strom-Richtlinie konkret benannt, nämlich Maßnahmen zum „Schutz der Endkunden“, einschließlich angemessenem Schutz für schutzbedürftige Kunden, Maßnahmen zur Vermeidung des Ausschlusses von der Versorgung, Transparenz der Vertragsbedingungen etc. Auch der Aspekt des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, der zunächst nicht die konkreten Anforderungen der Liberalisierung der Energiemärkte betrifft, erreicht in den neuen Richtlinien einen ganz anderen Stellenwert, wenn die Mitgliedstaaten nun gemäß Art. 3 Abs. 7 „geeignete Maßnahmen zur Erreichen der Ziele des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts sowie des Umweltschutzes [...] und der Versorgungssicherheit“ ergreifen. Dagegen musste nach der alten Richtlinie nur ganz allgemein und lediglich in dem recht vage gehaltenen Ermessensgrund 20 „in hohem Maße der gemeinschaftlichen Zielsetzung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts Rechnung getragen werden“.

VI. Bewertung der Veränderungen der Beschleunigungsrichtlinien im Vergleich zu den ersten Richtlinien

Mit der Darstellung der Binnenmarktrichtlinien Gas und Strom und der Gegenüberstellung der einzelnen Normen mit Bezug auf gemeinwirtschaftliche Leistungen soll geklärt werden, ob die Beschleunigungsrichtlinien einen „neuen Geist“¹¹⁸⁸ atmen und ob die neuen Fassungen über die allgemeine Trendverschiebung hinausgehen, welche primärrechtlich im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes hinsichtlich der Energiemärkte zu verzeichnen ist.

1. Veränderte Herangehensweise der Kommission

Den ersten Richtlinien liegt im Gegensatz zu den Beschleunigungsrichtlinien noch die Vorstellung zugrunde, dass Wettbewerb mittelbar auch dem Ziel des Umweltschutzes und der Versorgungssicherheit dient und automatisch für eine erschwingliche Versorgung sorgt.¹¹⁸⁹ Das ist offensichtlich so nicht mehr der Fall.¹¹⁹⁰

Die Herangehensweise der Kommission im Gesetzgebungsverfahren selbst ist in diesem Punkt nicht ganz eindeutig gewesen. Insbesondere ist die Einschätzung der Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Leistungen widersprüchlich und die Motivationslage unklar. Auf der einen Seite betont die Kommission, dass den gemeinwirtschaftlichen Belangen schon in den alten Richtlinien Genüge getan wurde und dass alles in bester Ordnung sei. Weiter ist die Kommission der Auffassung, dass die Erfahrung gezeigt habe, dass Standards für gemeinwirtschaftliche Leistungen – insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung des Universaldienstes¹¹⁹¹ und des

¹¹⁸⁸ Kühne, in: Baur (Hrsg.), S. 73f.

¹¹⁸⁹ So Kühne, in: Baur (Hrsg.), S. 72.

¹¹⁹⁰ Vgl. nur Art. 3 Abs. 3, Abs. 5, Abs. 7 der neuen Strom-Richtlinie.

¹¹⁹¹ Allerdings muss hier nachgehakt werden: Einen Universaldienst gab es in der alten Richtlinie noch gar nicht, denn dieser wurde erst mit der neuen Strom-Richtlinie unter dem Begriff Grundversorgung, vgl. Art. 3 Abs. 3, eingeführt. Mit Erfahrungen können hingegen jene in Bezug auf den Telekommunikationssektor gemeint sein. Dort entstand durch die Marktöffnung eine ganz unerwartete Dynamik. Die Liberalisierung führte im Telekommunikationssektor unbe-

Verbraucherschutzes – in einem wettbewerbsgeprägten Markt nicht nur beibehalten, sondern verbessert werden konnten.¹¹⁹² Basierend auf den alten Richtlinien war die Kommission zu der Auffassung gelangt, die Praxis der Mitgliedstaaten habe keine gemeinwirtschaftlichen Ausnahmen von den allgemeinen Wettbewerbsregeln der Richtlinie erforderlich gemacht. Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu.¹¹⁹³ Es können tatsächlich mehrere Beispiele für entsprechende Ausnahmeregelungen aufgezählt werden¹¹⁹⁴: in Deutschland wurde das Prinzip vorrangiger Netznutzung in § 3 Abs. 1 EEG a.F. unter Berufung auf Art. 3 Abs. 2 der alten Strom-Richtlinie gerechtfertigt.¹¹⁹⁵ Für die deutsche Braunkohleklausele musste eine Übergangsregelung nach Art. 24 der alten Strom-Richtlinie beantragt werden.¹¹⁹⁶ Frankreich nahm die durch Art. 3 Abs. 3 der alten Richtlinie eingeräumte Möglichkeit in Anspruch, die Tätigkeit der Gasverteilung von einem diskriminierungsfreien Genehmigungsverfahren nach Art. 4 der alten Strom-Richtlinie auszunehmen.¹¹⁹⁷ Die Kommission selbst verweist darauf – leider ohne genauere Angaben, dass mehrere Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 der Elektrizitäts- und Gas-Richtlinien Maßnahmen zum Schutz der Umwelt eingeführt haben.¹¹⁹⁸

Trotz der o.a. optimistischen Einschätzung der gemeinwirtschaftlichen Belange hielt es die Kommission für erforderlich, eine Bestimmung in den Vorschlag aufzunehmen, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Grundversorgung trotz fortschreitender Marktöffnung zu gewährleisten.¹¹⁹⁹ Dies klang in den Erwägungsgründen¹²⁰⁰ der alten Richtlinie noch anders: es wurde die geradezu zweifelnde Annahme geäußert, dass dies „der freie Wettbewerb allein *ihres* [Mitgliedstaaten – *Ann. d. Verf.*] Erachtens nicht unbedingt garantieren kann“. Die Kommission distanzierte sich geradezu indirekt von den Befürchtungen der Mitgliedstaaten.¹²⁰¹ Diese vorsichtige, indirekte Formulierung wird im Gesetzgebungsverfahren der Beschleunigungsrichtlinien durchaus verschärft: „Um die Grundversorgung im Elektrizitätssektor trotz fortschreitender Marktöffnung sicherzustellen, hält es die Kommission

streitbar nicht nur zu niedrigeren Preisen und vielen verbesserten und völlig neuen Produkten, sondern auch zur Auffassung, dass Kundenservice und Verbraucherinformationen umsatzsteigernd sind und neue Geschäftsfelder erschließen können. Die Erfahrungen aus dem Telekommunikationssektor können aber nicht ohne weiteres auf den Energiemarkt übertragen werden, so dass die positiven Erfahrungen, die die Kommission anspricht, im Dunkeln bleiben.

¹¹⁹² KOM (2001) 125 final, S. 22.

¹¹⁹³ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 64.

¹¹⁹⁴ Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 64.

¹¹⁹⁵ BT-Drs. 14/2776, S. 18, 20.

¹¹⁹⁶ BT-Drs. 13/7274.

¹¹⁹⁷ Lecheler/Püstow, in: RdE 2003, S. 131.

¹¹⁹⁸ Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 2.1.2.4.).

¹¹⁹⁹ KOM (2001) 125 final, S. 45.

¹²⁰⁰ Erwägungsgrund 13 der alten Richtlinie Strom; Erwägungsgrund 12 der alten Richtlinie Gas; vgl. auch Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV in den einzelnen Wirtschaftssektoren, S. 149f.

¹²⁰¹ Kühne, in: Baur (Hrsg.), S. 72; Ostendorf, Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung des Art. 86 II, S. 149, Fn. 484.

[also nicht mehr nur die Mitgliedstaaten – *Anm. d. Verf.*] für erforderlich, eine Bestimmung in den Vorschlag aufzunehmen, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die Grundversorgung zu gewährleisten.“ Wichtig ist im Rahmen der neuen Richtlinien nicht nur, dass eine Grundversorgung für erforderlich gehalten wird, sondern von wem. Es sind nach dieser Formulierung nicht mehr nur die Mitgliedstaaten, die Bedenken hegen, sondern die Kommission selbst hält bestimmte Maßnahmen für nötig. Letztendlich betont die Kommission, dass Art. 3 der neuen Richtlinien für den Elektrizitäts- bzw. Erdgasbinnenmarkt die geltenden Bestimmungen bezüglich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und des Verbraucherschutzes stärken soll.¹²⁰²

2. Eine andere Statik der gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Einige Vertreter in der Lehre gehen von lediglich unwesentlichen Veränderungen aus.¹²⁰³ Hinsichtlich der Umweltaspekte meint z.B. Schalast, dass die Umweltkonzeption der neuen Richtlinie Strom gänzlich der alten entspräche.¹²⁰⁴

Andere Autoren sind demgegenüber der Auffassung, dass die Beschleunigungsrichtlinien, insbesondere natürlich die neue Strom-Richtlinie, einen gänzlich neuen Geist atmen.¹²⁰⁵ Die neuen Richtlinien wiesen demnach eine ganz andere Statik auf¹²⁰⁶, was alleine durch den veränderten Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 als Grundprinzip des Binnenmarktes angezeigt wird.¹²⁰⁷ Diese Veränderungen stellen nach Auffassung einiger Autoren eine politische Wendemarke und Abkehr von der rein theoretischen Dogmatik des Binnenmarktes zur energiewirtschaftlichen Realität dar.¹²⁰⁸ Die gemeinwirtschaftlichen Ziele sei gestärkt worden. Hervorzuheben sei die viel deutlicher akzentuierte Gewichtsverschiebung hin zu den gemeinwohlorientierten Aufgaben.¹²⁰⁹ Die Neuregelungen seien daher als umfassend und tiefgreifend anzusehen.¹²¹⁰

In der Richtlinie ist die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eine „grundlegende Anforderung“ der neuen Strom-Richtlinie, so dass es wichtig sei, dass in der Richtlinie von allen Mitgliedstaaten einzuhaltende gemeinsame Mindestnormen festgelegt werden, die den Zielen des Verbraucherschutzes, der Versorgungssi-

¹²⁰² Vermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr über die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom 16.01.2004, unter 1.).

¹²⁰³ Z.B. *Schneider/Prater*, in: IR 2004, S. 7, sehen zwar nur eine schwache prozedurale Steuerung in Form der behördlichen Beobachtung relevanter Marktentwicklungen, stellen jedoch gleichzeitig ebenfalls fest, dass insgesamt die mitgliedstaatlichen Spielräume eingeschränkt und einheitliche Mindeststandards sichergestellt werden sollen.

¹²⁰⁴ *Schalast*, in: ZNER 2004, S. 137.

¹²⁰⁵ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 73; *Börner*, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 270.

¹²⁰⁶ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 74.

¹²⁰⁷ Vgl. oben unter D.II.1.a).

¹²⁰⁸ *Börner*, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 270.

¹²⁰⁹ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 74.

¹²¹⁰ *Börner*, in: Versorgungswirtschaft 2003, S. 270; zur der Frage, ob die Regelungen wirklich umfassend sind, ausführlicher unten, D.VI.4.

cherheit, des Umweltschutzes und einer gleichwertigen Wettbewerbsintensität in allen Mitgliedstaaten Rechnung tragen.¹²¹¹

Zusammenfassend sind die Unterschiede in den neuen Richtlinien nicht nur quantitativer, sondern auch qualitativer Natur, die ein anderes Verständnis der Bedeutung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in den liberalisierten Energiemärkten nahe legen. Die gemeinwirtschaftlichen Leistungen sollen nicht nur ein wichtigeres, sondern ein prägendes Element der Beschleunigungsrichtlinien sein.¹²¹²

Nicht nur die Grundversorgungspflicht und die Stromkennzeichnung, sondern auch die (wenn auch sehr unbestimmten) Pflichten in Art. 3 Abs. 5, und 7 der Strom-Richtlinie und Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 4 Gas-Richtlinie sind aufgrund ihres obligatorischen Charakters wesentliche qualitative Veränderungen der Beschleunigungsrichtlinien.

3. Mehr gemeinschaftsrechtliche Regelungen mit gemeinwirtschaftlichen Bezug – weniger nationaler Spielraum

Während die bisherigen Richtlinien den Mitgliedstaaten nur die Möglichkeit gewährten, gemeinwirtschaftliche Ziele zu verwirklichen, liegt die wesentliche Bedeutung der Beschleunigungsrichtlinie darin, dass diese Trendverschiebung nicht darin besteht, dass die mitgliedstaatlichen Spielräume noch größer werden, sondern im Gegenteil: Die Spielräume der Mitgliedstaaten werden dadurch kleiner, dass nun gemeinschaftsrechtliche Regelungen bzw. mit der Grundversorgung auch ein neues gemeinschaftsrechtliches Instrument eingefügt werden. Das ist der wesentliche Unterschied zur Trendverschiebung im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. Durch die Beschleunigungsrichtlinie soll alles gestrafft werden, einschließlich der mitgliedstaatlichen Spielräume.¹²¹³ Die angestrebte Beschleunigung der Marktöffnung zeichnet sich insgesamt durch die weitgehende Abkehr vom optionalen Ansatz aus, der auch die gemeinwirtschaftlichen Leistungen erfasst.¹²¹⁴

Das durch die wettbewerblich verschärften Anforderungen vergrößerte Spannungsfeld soll durch ausführlichere Vorgaben hinsichtlich gemeinwirtschaftlicher Leistungen abgefedert werden.¹²¹⁵ Auch im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag sind die mitgliedstaatlichen Spielräumen durch die Bestimmungen der Richtlinien allgemein verengt worden, weil sich nun die Erforderlichkeit der Ausnahme an den Vorgaben der Richtlinie im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen messen lassen müssen. Es bestehen also weniger Ausnahmemöglichkeiten von den wettbewerblichen Vorgaben für die Mitgliedstaaten aufgrund ihres rein nationalen Verständnisses der öffentlichen Aufgaben.

¹²¹¹ Erwägungsgrund 26 der neuen Strom-Richtlinie.

¹²¹² *Neveling*, in: Danner/Theobald, (Hrsg.), Tz. 251.

¹²¹³ Vgl. z.B. *Lecheler/Gundel*, in: EuZW 2003, S. 325.

¹²¹⁴ *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 73.

¹²¹⁵ Vgl. z.B. *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, S. 85f; *Kühne*, in: Baur (Hrsg.), S. 73.

Wichtig sind in diesem Zusammenhang auch die verbindlichen Vorschriften zum Schutz der Endkunden, zur Stromkennzeichnung und zu sonstigen gemeinwirtschaftlichen Aspekten, wie der sozialer und wirtschaftlicher Zusammenhang.

4. Defizite: Fortsetzung der unscharfen Kompromisslegislatur im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen

Trotz dieser offensichtlichen Zunahme an Regelungsraum und Bedeutung für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen und der Einführung der Grundversorgungspflicht fehlt es jedoch an einer kohärenten Konzeption.¹²¹⁶ Zwar unterstützen die obigen Ausführungen die Auffassung, dass der Stellenwert der gemeinwirtschaftlichen Leistungen aufgewertet wurde und die Beschleunigungsrichtlinien sogar noch über den im Primärrecht und Rechtsprechung zu beobachtenden Trend hinausgehen. Mehr Regelungen zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen etc. bewirken aber dann keine materiellen Veränderungen, wenn diese Regelungen über den vorherigen Stand faktisch nicht hinausgehen, weil sie in sich unschlüssig sind.

Insofern setzt sich in den Beschleunigungsrichtlinien die Unschärfe fort, die die Kompromisslegislatur allgemein im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf europäischer Ebene kennzeichnet.¹²¹⁷ Ganz abgesehen von dem wenig stringenten Gebrauch pauschaler Begriffe¹²¹⁸ und anderer terminologischer Ungereimtheiten, enthalten die alten wie neuen Richtlinien Zwiespältigkeiten¹²¹⁹ schon hinsichtlich der angestrebten Ziele und stellen ein „Konglomerat liberalisierender und strukturschonender Erwägungsgründe“¹²²⁰ und offensichtlicher Diskrepanzen dar.¹²²¹ Der Verbraucherschutz¹²²² in der Strom-Richtlinie zum Beispiel umfasst einen bunten Strauss an Gründen: „Aus Gründen der Gerechtigkeit“, sowie der Wettbewerbsfähigkeit und „indirekt zur Schaffung von Arbeitsplätzen“.¹²²³ Auch der Verbraucherbegriff selbst ist im Hinblick auf die im Anhang genannten Richtlinien unklar. Ambivalente Grundprinzipien¹²²⁴ und widersprüchliche Ziele prägen die gemeinwirtschaftlichen Leistungen in den Beschleunigungsrichtlinien, weil jedes am Gesetzgebungsprozess beteiligte Organ noch bestimmte Aspekte genannt sehen will, so dass es dann zu einem „bunten Strauß an Zielsetzungen“ kommt.

Bei einem juristischen Regelungswerk sollte das Argument einer „Überbewertung der Wortwahl“¹²²⁵ auch nicht bemüht werden müssen, um die mangelnde terminolo-

¹²¹⁶ So z.B. *Hancher*, in: ULR 1996, S. 39.

¹²¹⁷ Auch *Oettle*, in: Cox (Hrsg.), S. 57ff, weist auf logische Mängel und Widersprüche in anderen Dokumenten der Gemeinschaft im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen hin.

¹²¹⁸ *Schweitzer*, Daseinsvorsorge, service public, Universaldienst, S. 336; vgl. oben, D.III.b.) (3), hinsichtlich der Begriffe „Sicherheit“ und „Umweltschutz“.

¹²¹⁹ *Rapp-Jung*, in: RdE 1997, S. 134; vgl. auch *Vollmer*, in: JNPÖ 16 (1997), S. 150.

¹²²⁰ *Börner*, in: Brede (Hrsg.), S. 102.

¹²²¹ *Britz*, in: RdE 1998, S. 92; *Püstow*, Die Liberalisierung der deutschen und französischen Gaswirtschaft, S. 124.

¹²²² Vgl. oben D.III.

¹²²³ Erwägungsgrund 19.

¹²²⁴ *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft, S. 416.

¹²²⁵ *Lecheler/Gundel*, in: RdE 1998, S. 100;

gische Kohärenz zu überbrücken. Unterschiedliche Formulierungen – mal heißt es Verpflichtungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, mal gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen - und offensichtliche Unterschiede in den englischen und französischen Fassungen¹²²⁶ stellen weitere Ungenauigkeiten dar.

Der schon öfter in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht geäußerte Vorwurf der mangelnden linguistischen und damit rechtlichen bzw. systematische Präzision¹²²⁷ trifft auch auf die Konzeption der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in den Energiebinnenmarktrichtlinien zu. Die oben aufgezeigten sprachlichen Schwachstellen und Ungereimtheiten in den verschiedenen Unterkonzeptionen sind in den Beschleunigungsrichtlinien nicht weniger geworden; eher sind diese Unklarheiten durch die neue Fassung des Art. 3 noch verworrener. Hinsichtlich der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bzw. Leistungen ist es deswegen möglicherweise angebracht davon auszugehen, dass eine inflationäre Verwendung dieses Begriffs vorliegt. Es lassen sich zwar jetzt mehr und vom Wortlaut her weitergehende Regelungen im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen in den neuen Richtlinien finden, aber das heißt eben nicht automatisch, dass man dadurch gemeinwohlorientierten Belangen einen Dienst erweist. Den Richtlinien sieht man gerade zu an, wie politische Erwägungen der unterschiedlichen Interessensgruppen in verschiedenen europäischen Organen im jahrelangen Hin- und Herspülen zwar zu einem Mehr an Regelungen aber einem Weniger an Griffigkeit geführt haben.

Die Gemeinschaft hat zwar nach allgemeiner Auffassung nicht die Kompetenz, die Bereiche, die traditionell den verschiedenen nationalen Konzepten der gemeinwirtschaftlichen Leistungen unterfallen, eigenständig neu zu regeln.¹²²⁸ Dies ist jedoch keine Entschuldigung für Richtlinien, die in sich nicht schlüssig sind.¹²²⁹ Die Regelungen, die in Schnittstellenbereichen zwischen Allgemeinwohl und Wettbewerb getroffen werden, müssen trotzdem gewissen Anforderungen in Bezug auf Logik und Kohärenz genügen. Insofern hat die Gemeinschaft nicht nur die Kompetenz, sondern auch eine Pflicht, diese Ausnahmen und Vorbehalte sauber zu definieren. Schon im Sinne der Rechtssicherheit muss klar sein, wann die von den Mitgliedstaaten zu befolgenden Binnenmarktregeln aufhören und der den Mitgliedstaaten zu Regelung im eigenen Ermessen verbleibende Raum anfängt.¹²³⁰ Aufgrund dieser Ungenauigkeiten und Widersprüche sowie aufgrund der pauschalen Verweise auf die weiten Konzepte

¹²²⁶ Siehe oben unter D.II.1.b)(2).

¹²²⁷ Müller-Graff, in: EuZW 1998, S. 325f.

¹²²⁸ So prägt die Tatsache, dass die genaue Ausgestaltung der Wahl und der Mittel den Mitgliedstaaten zu überlassen ist, da das Instrument der Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist. Auch begrenzt das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EG-Vertrag die Möglichkeiten, die die Gemeinschaft im Bereich von gemeinwirtschaftlichen Leistungen hat, ohne in Detail zu diskutieren, inwieweit gemeinwirtschaftliche Leistungen z.B. unter die Binnenmarktkompetenzen fallen können. Hierbei ist zu bemerken, dass die Regelungen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen insofern keine Kompetenzprobleme auslösen, da sie lediglich als Ausnahmen bzw. Vorbehalten von den ansonsten verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie fungieren.

¹²²⁹ Vgl. Müller-Graff, in: EuZW 1998, S. 325.

¹²³⁰ In dieser Richtung Schalast, in: ZNER 2004, S. 134.

der Versorgungssicherheit und des Umweltschutzes leisten die Binnenmarktrichtlinien abgesehen von der Grundversorgungspflicht in Art. 3 Abs. 3 der Strom-Richtlinie keinen überzeugenden Beitrag, um die Spannungsfelder im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen abschließend aufzulösen.¹²³¹

Zu Recht werden deshalb die Entwicklungen in den Energiebinnenmarktrichtlinien mit Art. 16 EG-Vertrag verglichen.¹²³² So kann den gemeinwirtschaftlichen Leistungen in den Beschleunigungsrichtlinien ebenso wie bei Art. 16 EG-Vertrag auf jeden Fall die politische Aufwertung nicht abgesprochen werden.¹²³³ Hier wie da fand eine Veränderung des Primär- bzw. des Sekundärrechts statt, ohne dass jedoch die Spannungsfelder im Bereich der gemeinwirtschaftlichen Leistungen vollumfänglich gelöst werden. Die Einschätzung Rodrigues in Bezug auf den Kompromisswortlaut in Art. 16 EG-Vertrag trifft auch auf die Kompromisslegislatur¹²³⁴ der Energiebinnenmarktrichtlinien zu: „le fruit d'un compromise politique qui fragilise, voire neutralise sa portée juridique.“¹²³⁵ Gerade aufgrund der Weite und der Unschärfe der gemeinwirtschaftlichen Leistungen im europäischen Konzept wäre aber eine genauere Eingrenzung nötig gewesen.¹²³⁶

¹²³¹ So aber *Börner*, in: *Versorgungswirtschaft* 2003, S. 270.

¹²³² Vgl. zum Beispiel *Schneider*, in: *Schneider Handbuch*, § 2 Tz. 44.

¹²³³ Vgl. die Einschätzung in Bezug auf Art. 16 EG-Vertrag: *Püttner*, in: *Hrbek/Nettesheim*, (Hrsg.) S. 36; so wohl auch *Knauff*, in: *VR* 2004, S. 298; *Ostendorf*, *Der Einfluss des Sekundärrechts auf Auslegung und Anwendung von Art. 86 II EGV*, S. 63; *Cox*, in: *ZöGU* 2002, S. 332.

¹²³⁴ *Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft*, S. 416.

¹²³⁵ *Rodrigues*, in: *RevMC* 1998, S. 37.

¹²³⁶ *Ehlermann*, in: *J.E.N.R.L* 1994, S. 350: “The public service argument is too often put ahead without one knowing exactly what it covers. The public service missions will have therefore to be clearly defined.“