

Der Grundsatz der Energiesolidarität als unionsverfassungsrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstab: Besprechung der unionsgerichtlichen Entscheidungen in den Rechtssachen T-883/16 und C-848/19 P

Kristina Müller*

Inhalt

A. Einführung: Aktuelle Energiesolidaritätsdiskurse und -dimensionen	820
B. Die Urteile der Unionsgerichte	823
I. Tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund	823
II. Die Standpunkte Polens, der Europäischen Kommission und Deutschlands	826
III. Die Würdigung der Unionsgerichte	827
C. Einordnung und Bewertung	830
I. Der Grundsatz der Energiesolidarität als eigenständig justiziable (Primär-)Rechtmäßigkeitsmaßstab und seine Stellung im EU-Verfassungsrecht	831
II. Die Begründung der Unionsgerichte im konkreten Fall	833
III. Über die konkrete Entscheidung hinausreichende Folgen für die EU-Energiepolitik	835
1. Weiter sachlicher Anwendungsbereich und Adressatenkreis	836
2. Unklarer Abwägungsmaßstab	837
D. Schlussbetrachtung	838

Abstract

In den Rechtssachen T-883/16 und C-848/19 P haben die Unionsgerichte die in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankerte Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten erstmals ausdrücklich als justiziablen primärrechtlichen Rechtmäßigkeitsmaßstab im Bereich der EU-Energiepolitik eingestuft. Der Beitrag ordnet die Entscheidungen in den aktuellen Diskurs zur Solidarität im Energiesektor ein und analysiert die Urteilsbegründungen anhand des konkret zugrundeliegenden Sachverhalts sowie im Hinblick auf die Auswirkungen des „Grundsatzes der Energiesolidarität“ auf die Energiepolitik der EU insgesamt.

* Dr. iur.; Die Autorin ist Referentin im Fachbereich Europa der Verwaltung des Deutschen Bundestags (Germany). Email: fr.kristina-mueller@web.de. Der Beitrag gibt ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder.

The Principle of Energy Solidarity as a Legal Standard of EU Constitutional Law: Discussion of the Union Court Decisions in the Cases T-883/15 and C-848/19 P

In the cases T-883/16 und C-848/19 P, the EU Courts have for the first time explicitly classified the solidarity between Member States enshrined in Article 194 (1) TFEU as a justiciable primary law standard of legality in the area of EU energy policy. The article places the decisions in the current discourse on solidarity in the energy sector and analyses the reasons for the judgements on the basis of the specific case at hand as well as with regard to the effects of the “principle of energy solidarity” on the EU’s energy policy as a whole.

Keywords: Principle of Energy Solidarity, Security of Supply, Art. 194 TFEU, OPAL Case, Case C-849/19 P, Case T-883/16, Gas Supply from Russia

A. Einführung: Aktuelle Energiesolidaritätsdiskurse und -dimensionen

Der russische Angriffskrieg auf die Ukraine hat Diskussionen um die zwischenmitgliedstaatliche Solidarität im Bereich der Gasversorgung befeuert.¹

Hierbei geht es um tatsächliche zwischenmitgliedstaatliche Unterstützungsleistungen, wie sie in der Gassicherungsverordnung (auch: SOS- [Security-of-Supply]-Verordnung) aus 2017 vorgesehen sind.² Diese Verordnung schafft – nicht zuletzt

1 Statt vieler: *Hecking/Knobbe/Publ/Traufetter/Lüdke*, Solidarität? Ausgerechnet mit den Deutschen?, Spiegel v. 16.7.2021, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/kampf-ums-gas-in-der-eu-stresstest-fuer-die-solidaritaet-a-40feb224-49a9-4694-9516-80ecce685d90> (23.10.2022); *Jachmann*, Die Grenzen europäischer Energie-solidarität, zdf v. 6.10.2022, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland-frankreich-energie-nordstream-100.html#:~:text=Deutschland%20und%20Frankreich%20Die%20Grenzen%20europ%C3%A4ischer%20Energie%2DSolidarit%C3%A4t&text=In%20der%20Energiekrise%20beliefert%20Frankreich,europ%C3%A4ischen%20Partnern%20ist%20nicht%20grenzenlos> (23.10.2022).

2 Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010, ABl. L 280 v. 28.10.2017, S. 1 in der Fassung der Verordnung (EU) 2022/1032 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2022 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1938 und (EG) Nr. 715/2009 im Hinblick auf die Gasspeicherung, ABl. L 173 v. 30.6.2022, S. 17; für Deutschland sieht § 2a des Gesetzes zur Sicherung der Energieversorgung (Energiesicherungsgesetz – EnSiG) vom 20.12.1974, BGBl. I S. 3681, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8.7.2022, BGBl. I S. 1054 geändert worden ist, entsprechende Regelungen vor; Überblick zu sekundärrechtlichen Ausprägungen des Solidaritätsgrundsatzes etwa bei: *Gundel*, EuZW 2021/17, S. 760 f.; zum als Reaktion auf die durch den russischen Angriff hervorgerufenen Belastungen und Störungen des globalen Energiemarkts kommissionsseitig entwickelten Plan „REPower-EU: erschwingliche, sichere und nachhaltige Energie für Europa“: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/repower-eu-affordable-secure-and-sustainable-energy-europe_de#:~:text=Die%20Kommission%20schl%C3%A4gt%20vor%2C%20das,Fit%20f%C3%BCr%2055%E2%80%9C%20DPaket (23.10.2022).

angesichts der EU-Importabhängigkeit und der daher in den 2000er-Jahren aufgetretenen Versorgungsprobleme durch Lieferunterbrechungen Russlands – einen im Ausgangspunkt verpflichtenden zwischenmitgliedstaatlichen Solidaritätsmechanismus: Danach sollen um Unterstützung ersuchte Mitgliedstaaten als *ultima ratio* die eigene Gasvollversorgung beschränken, um die Notversorgung des ersuchenden Mitgliedstaates zu gewährleisten.³ Dieser Mechanismus ist nach aktuellem Stand⁴ aber nicht unmittelbar vollziehbar, sondern hängt von der (auch *ad hoc*) Einigung der jeweiligen Mitgliedstaaten über die Modalitäten der Hilfeleistung ab.⁵

Deutschland hat in den vergangenen Jahren zwar bereits sechs solcher „SOS-Abkommen“ geschlossen.⁶ Im Zusammenhang mit der Einstellung russischer Gaslieferungen über die insbesondere für Deutschland essenzielle Nord Stream 1-Pipeline (Nord Stream 1)⁷ rückte darüber hinaus aber u.a. die Unterstützungsbereitschaft Polens in den Fokus.⁸ Dass Polen in Sachen Gasversorgung recht gut aufgestellt ist, liegt gerade an der seit Jahren gehegten Skepsis, ob es sich bei Russland um einen zuverlässigen Partner in Sachen Energieversorgung handelt und an der daher ver-

3 Vgl. Erwägungsgründe 5, 31 Gassicherungsverordnung; zur Verordnung und ihren Rechtsvorgängern etwa: *Gundel*, RdE 2019/1, S. 1 ff.

4 Art. 67 i.V.m. Anhang IX des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie für Wasserstoff (Neufassung), COM(2021) 804 final, 15.12.2021, der bei fehlender Einigung die Geltung technischer, rechtlicher und finanzieller Standardregelungen anordnet, ist noch nicht in Kraft, vgl. nunmehr auch *Kommission*, Kommission legt zusätzliche Vorschläge zur Senkung der hohen Energiepreise und zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit vor, Pressemitteilung v. 18.10.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_22_6225 (23.10.2022). Dort heißt es, dass noch nicht alle Mitgliedstaaten die erforderlichen bilateralen Solidaritätsvereinbarungen geschlossen hätten, weshalb die Kommission Standardregelungen vorschläge, um sicherzustellen, dass jeder Mitgliedstaat im Notfall gegen einen fairen Ausgleich Gas von anderen Mitgliedstaaten erhalte.

5 Vgl. Art. 13 Abs. 8 UA 3, Abs. 10, Abs. 14 Gassicherungsverordnung; *Gundel*, RdE 2019/1, S. 5.

6 Das erste Abkommen schloss Deutschland am 14.12.2020 mit Dänemark, weitere fünf Abkommen wurden am 2.12.2021 zwischen Deutschland und Österreich, am 4.1.2022 zwischen Estland und Lettland, am 10.3.2022 zwischen Litauen und Lettland, am 22.4.2022 zwischen Italien und Slowenien und am 25. April 2022 zwischen Finnland und Estland unterzeichnet, vgl.: https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/secure-gas-supplies_de (23.10.2022).

7 Deutschland bezog in den letzten Jahren über die Hälfte seines Erdgases aus Russland; im Jahr 2020 waren es 66,1 % der Importe, vgl. etwa: Eurostat, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy_trade/entrade.html?geo=DE&year=2020&language=EN&trade=imp&size=G3000&filter=top5&fuel=gas&unit=TJ_GCV&defaultUnit=TJ_GCV&detail=1&chart=time (23.10.2022); siehe auch: *Richter/Klimkeit/Blickle*, Aus dem Osten kommt es an, Zeit Online, 18.2.2022, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wirtschaft/2022-02/gasversorgung-russland-abhaengigkeit-alternativen> (23.10.2022).

8 Vgl. etwa die vom CSU-Abgeordneten Markus Ferber im Deutschlandfunk-Interview getätigte Aussage, wonach man überlegen müsse, „ob Osteuropäer, die schon volle Speicher haben, auch mal Richtung Westen liefern können“, vgl.: *Klein*, Kritik am EU-Gasnotfallplan – Ferber (CSU): „Es ist wichtig, Solidarität in der EU zu organisieren“, 20.7.2022, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/energie-solidaritaet-in-europa-interview-markus-ferber-mdep-csu-dlf-c7a10e40-100.html> (18.10.2022).

folgten Strategie, von russischen Gasimporten unabhängig zu werden.⁹ Die von Deutschland vorangetriebenen Vorhaben, russisches Gas über die Off-Shore Pipelines Nord Stream 1 und Nord Stream 2 direkt in die EU zu bringen stießen in Polen daher ebenso auf Kritik, wie die von deutscher Seite erhobenen Solidaritätsforderungen im Sinne tatsächlicher Unterstützungsleistungen bei der Gasversorgung.¹⁰

Es war zudem gerade Polen, das – zusammen mit weiteren osteuropäischen Mitgliedstaaten – unter dem Eindruck russischer Lieferunterbrechungen in den 2000er-Jahren beim Abschluss des Vertrags von Lissabon eine ausdrückliche Bezugnahme auf die zwischenmitgliedstaatliche Solidarität in Art. 194 Abs. 1 AEUV (Energiepolitik) und in Art. 122 AEUV (Maßnahmen bei gravierenden Schwierigkeiten) forderte.¹¹ Ferner war es ausgerechnet Polen, das den in Art. 194 Abs. 1 AEUV genannten „Geiste der Solidarität“, in dem die EU-Energiepolitik zu verfolgen ist, in der Rechtssache T-883/16 vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) und in der Beschwerdeinstanz vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in der Rechtssache C-848/19 P als justiziablen Primärrechtsgrundsatz gegen einen Kommissionsbeschluss in Stellung brachte, der eine stärkere Auslastung der Nord Stream 1 ermöglicht hätte.¹² Hier ging es also nicht um Solidarität im Sinne tatsächlicher zwischenmitgliedstaatlicher Beistandspflichten (im Krisenfall), sondern um die Solidarität als primärrechtlicher Kontrollmaßstab des Handelns der EU-Organe.

Gegenstand dieser Nichtigkeitsklageverfahren war der von der Europäischen Kommission erlassene Beschluss C(2016) 6950 final vom 28. Oktober 2016 (im Folgenden: streitiger Beschluss), der Vorgaben für die Ausgestaltung einer von der deutschen Bundesnetzagentur (BNetzA) gewährten Gasregulierungsfreistellung für die an die Nord Stream 1 anschließende terrestrische Ostseepipeline-Anbindungsleitung (OPAL) enthielt. Polen war der Ansicht, dass der Kommissionsbeschluss

9 Dies soll insbesondere durch Importe aus Norwegen über die neue Baltic Pipeline und Flüssiggas (LNG) geschehen, vgl. Fuß, Polen setzt auf Gas aus Norwegen, Katar und den USA, Germany Trade and Invest, 11.5.2021, abrufbar unter: <https://www.gtai.de/de/trade/polen/branchen/polen-setzt-auf-gas-aus-norwegen-katar-und-den-usa-837236> (15.8.2022); Whalen, Poland spent decades trying to quit Russian gas. Now it has no choice, Washington Post, 27.4.2022, abrufbar unter: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/04/27/poland-russian-gas-diversify-strategy/> (15.8.2022).

10 So meldete die DPA, dass der Generalsekretär der nationalkonservativen Regierungspartei PiS, Krzysztof Sobolewski, Erdgaslieferungen aus den vollen polnischen Speichern nach Deutschland vom Erreichen bestimmter „Meilensteine“ abhängig machen wolle. Dazu zählten polnische Forderungen nach Kriegsreparationen für die im Zweiten Weltkrieg erlittenen Verluste, aber auch eine Entschuldigung dafür, dass Deutschland die Nord Stream 1 und Nord Stream 2 stets als rein wirtschaftliche Projekte dargestellt habe, vgl. Polen will Gasvorräte nur ungern mit Deutschland teilen, Handelsblatt, 20.7.2022, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/dpa/wirtschaft-polen-will-gasvorräte-nur-ungern-mit-deutschland-teilen/28535820.html> (18.10.2022).

11 Vgl. GA Sánchez-Bordona, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Fn. 54 und Lübbig, EuZW 2021/17, S. 738 m.w.N.

12 Vgl. den Überblick über die Verfahren, die auch der polnische Staatskonzern Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA (PGNiG) gegen den streitigen Beschluss anstrenge, bei: Boute, CMLR 2020/3, S. 895.

den in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankerten Grundsatz der Energiesolidarität verletze, weil er nicht berücksichtige, dass die durch ihn eröffnete Möglichkeit einer stärkeren Auslastung der OPAL, und damit der Nord Stream 1, die Versorgungssicherheit in Polen durch eine Wegverlagerung der bisher durch die terrestrischen Fernleitungen in Osteuropa verlaufenden Gasströme gefährde. Deutschland war dem Verfahren vor dem EuG als Streithelfer beigetreten und legte gegen das Polen Recht gebende EuG-Urteil Rechtsmittel ein. Damit kam es zu einer „direkten Konfrontationssituation“ zwischen Polen und Deutschland vor dem EuGH, in der sich die deutsche Vertretung auf den Standpunkt stellte (und stellen musste), dass es sich beim Prinzip der Energiesolidarität um einen ausschließlich politischen Grundsatz handele, der nicht justiziabel sei.¹³ Der EuGH bestätigte die Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses.

Die vorgenannten Urteile vom 10. September 2019 und 15. Juli 2021, die über den konkreten Fall weit hinausreichende Bedeutung für die gesamte EU-Energiepolitik haben, sollen im Folgenden näher analysiert werden.

B. Die Urteile der Unionsgerichte

I. Tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund

Der streitige Beschluss erging im Rahmen des unional-nationalen Verbundverfahrens zur Gasregulierungsfreistellung nach Art. 36 der Gasrichtlinie (GasRL).¹⁴¹⁵

Nach Art. 36 GasRL können große neue Infrastrukturen, also insbesondere die Mitgliedstaaten verbindende Pipelines, für einen bestimmten Zeitraum von der unionsrechtlichen Netzzugangs- und Preisregulierung ausgenommen werden.¹⁶ Anders als dies etwa im EU-Beihilferecht der Fall ist, haben die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 36 Abs. 3 GasRL im Ausgangspunkt die alleinige Sachentscheidungsbefugnis für die Gewährung einer solchen Ausnahme.¹⁷ Nach Art. 36 Abs. 8

13 Gündel, EuZW 2021/17, S. 759.

14 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. L 280 v. 14.8.2009, S. 94, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2022/869 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2009, (EU) 2019/942 und (EU) 2019/943 sowie der Richtlinien 2009/73/EG und (EU) 2019/944 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 347/2013, ABl. L 152 v. 3.6.2022, S. 45. Die deutsche Umsetzung des Art. 36 GasRL erfolgt in § 28a des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetzes – EnWG) vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970, 3621, das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Juli 2022, BGBl. I S. 1325 geändert worden ist.

15 Zur Verbundstruktur siehe etwa: Britz, EuR 2006/1, S. 65; zum Regulierungsverbund: Franke/Schütte, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), § 21, Rn. 11 ff.

16 Arndt, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), § 28a EnWG, Rn. 5, 11; Däuper, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), § 28a, Rn. 3.

17 EuGH, Rs. C-117/18 P, *PGNiG Supply & Trading GmbH*, ECLI:EU:C:2019:1042, Rn. 40 f., 48.

GasRL müssen die nationalen Regulierungsentscheidungen aber der Europäischen Kommission notifiziert werden. Diese kann dann gemäß Art. 36 Abs. 9 UA 1 innerhalb eines (verlängerbaren) Zeitraums von zwei Monaten eine Änderung oder den Widerruf der nationalen Freistellungsentscheidung verlangen. Nach Art. 36 Abs. 9 UA 3 GasRL kommt die Regulierungsbehörde dem Beschluss der Kommission innerhalb eines Monats nach und setzt die Kommission davon in Kenntnis.¹⁸ Das bedeutet, dass die nationale Regulierungsbehörde, nachdem sie ein Änderungsverlangen der Kommission erhält, ihrerseits noch einmal die Rechtmäßigkeit der Kommissionsaufforderung prüfen muss und dann insoweit Ermessen hat, als sie den Erlass der Ausnahmeentscheidung auch ganz ablehnen kann.¹⁹

Die Gewährung einer Freistellung hängt davon ab, ob die in Art. 36 Abs. 1 lit. a – lit. e GasRL normierten materiellen Voraussetzungen erfüllt sind. Danach muss unter anderem die neue Infrastruktur – d.h. die Investition bzw. Anlage als solche – die Versorgungssicherheit verbessern (vgl. lit. a) und darf die Ausnahme – d.h. die Freistellungsregelung – keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes haben, an das die Infrastruktur angeschlossen ist (vgl. lit. e).²⁰ Seit 2019 – und damit nach Erlass des streitigen Beschlusses – sieht Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL außerdem vor, dass sich die Ausnahme auch nicht negativ auf die Erdgasversorgungssicherheit der Union auswirken darf.²¹

Der streitige Beschluss erging konkret in einem Verfahren zur Änderung einer bereits seit 2009 geltenden und auf 22 Jahre befristeten Ausnahmeregelung zugunsten der Leitungsbetreiberin OPAL Gastransport GmbH & Co. KG (OGT).²² Dieses – von einem WTO-Panel als GATT-widrig eingestufte²³ – Freistellungsregime 2009 macht die Befreiung von der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung

18 Vgl. auch § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG; das Verhältnis zwischen dem (für nichtig erklärten) streitigen Beschluss und der nationalen Entscheidung, insbesondere die analoge Anwendbarkeit von § 58 Abs. 2 VwVfG, bildete den zentralen Streitpunkt in den beim OLG und BGH anhängigen Verfahren gegen die nationale (deutsche) Regulierungsfreistellung als solche und gegen nationale Maßnahmen zur Durchsetzung des EuG-Urteils vom 10.9.2019, vgl. BGH, EnVR 36/21, Rn. 19f., OLG Düsseldorf, VI-3 Kart 845/19 und das Verfahren beim OLG Düsseldorf zum Aktenzeichen VI-3 Kart 1203/16.

19 Vgl. EuGH, Rs. C-117/18 P, *PGNiG Supply & Trading GmbH*, ECLI:EU:C:2019:1042, Rn. 44 ff.

20 Vgl. zur Abgrenzung dieser Tatbestände: BNetzA, Beschluss v. 25.2.2009, BK7-08-009, *OPAL-Freistellung*, S. 34 ff.; Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper, Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, SEC(2009)642 final, Rn. 60; *Thole*, in: Säcker (Hrsg.), Band 1, § 28a EnWG, Rn. 14.

21 Neugefasst durch Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. L 117 v. 3.5.2019, S. 1.

22 Siehe im Einzelnen zum Sachverhalt etwa: EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 5 ff.

23 Auf Beschwerde Russlands stufte ein WTO-Panel die *de facto* ausschließlich den russischen Staatskonzern Gazprom treffenden Buchungsbeschränkungen des Freistellungsregimes 2009 unter anderem als unzulässige mengenmäßige Beschränkung i.S.v. Art. XI:1

davon abhängig, dass auf den der OPAL vor- oder nachgelagerten Märkten marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich nicht mehr als 50% der jährlichen Kapazitäten am Ausspeisepunkt der OPAL an der tschechischen Grenze buchen durften. Diese Kapazitätsobergrenze durfte aber bei Aktivierung des sog. „Gas- und Capacity-Release-Programms“ überschritten werden. Danach hätte das betroffene Unternehmen auf der OPAL eine Gasmenge von 3 Mrd. m³/a dem Markt in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren anbieten müssen. Ferner hätte die Verfügbarkeit korrespondierender Transportkapazität mit frei wählbarem Ausspeisepunkt gewährleistet werden müssen.²⁴

Das Gas- und Capacity-Release-Programm wurde jedoch nie aktiviert, weshalb erhebliche Kapazitäten der OPAL ungenutzt blieben. Bemühungen, diesen Zustand zu ändern, führten schließlich im Mai 2016 zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags i.S.v. §§ 54, 55 VwVfG zwischen der BNetzA, OGT, OAO Gazprom und Gazprom Export. Danach sollten die vorbeschriebenen Buchungsbeschränkungen entfallen. Im Gegenzug sollten aber mindestens 50% der bisher vollständig von der Regulierung ausgenommenen Transportkapazität der OGT nunmehr der Netzzugangsregulierung unterworfen und in Auktionen angeboten werden. Da diese Kapazitäten von der Netzentgeltregulierung befreit bleiben, handelt es sich um sog. „teilregulierte Verbindungskapazitäten“.²⁵ Im streitigen Beschluss bestätigte die Kommission die im Vergleichsvertrag aus Mai 2016 vorgesehenen Regelungen vorbehaltlich bestimmter Änderungen hinsichtlich der Ausgestaltung und Ersteigerbarkeit der teilregulierten Verbindungskapazitäten. Diese Änderungen wurden in den am 28. November 2016 auf nationaler Ebene zwischen den vorgenannten Vertragsparteien geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag zur Änderung des Freistellungsregimes aus 2009 übernommen.²⁶

des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (Agreement on Tariffs and Trade, GATT) ein, vgl. Panel-Report v. 10.8.2018, WT/DS 476/R, Rn. 7.1003. Wegen der derzeitigen Funktionsunfähigkeit des WTO-Streitbeilegungsmechanismus hat der Appellate Body über diese Frage noch nicht rechtsverbindlich entschieden. Die Unionsgerichte gingen auf den Umstand, dass die Nichtigerklärung des streitigen Beschlusses einem welthandelsrechtlich fragwürdigen Rechtsregime wieder zur Geltung verschaffen würde, nicht ein; zustimmend: *Gundel*, EuZW 2021/17, S. 762; der Generalanwalt führte aus, dass die WTO-Konformität des Freistellungsregimes ggf. zu prüfen sei: GA *Sánchez-Bordona*, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Rn. 46; *Boute*, CMRL 2020/3, S. 911, fordert den Erlass eines neuen, GATT-konformen Kommissionsbeschlusses. Auf nationaler Ebene wiesen die Gerichte das Vorbringen der dortigen Beschwerdeführer zurück, die Untersagung der weiteren Durchführung des Freistellungsregimes 2016 sei wegen Nichtberücksichtigung des Grundsatzes der völkerrechtskonformen Auslegung des Unionsrechts und des nationalen Rechts ermessensfehlerhaft, vgl. BGH, EnVR 36/21, Rn. 37; OLG Düsseldorf, VI-3 Kart 845/19, Rn. 101.

24 Vgl. BNetzA, Beschl. v. 25.2.2009 in der auf Aufforderung der Europäischen Kommission (K(2009) 4694 final v. 12.6.2009) geänderten Fassung vom 7.7.2009, BK7-08-009, *OPAL-Freistellung*.

25 Vgl. etwa: vgl. BGH, EnVR 36/21, Rn. 4.

26 Der BGH hat die Nichtigkeit dieses Vergleichsvertrags in seinem Beschluss vom 5.4.2022 festgestellt. Zum einen bestehe ein Vertragsformverbot; überdies sei der Vertrag gemäß § 58 Abs. 2 VwVfG analog wegen Nichtigkeit des streitigen Beschlusses unwirksam, vgl. BGH, EnVR 36/21, Rn. 11 ff., 18 ff.

II. Die Standpunkte Polens, der Europäischen Kommission und Deutschlands

Polen stützte seine Nichtigkeitsklage unter anderem auf einen Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. a GasRL (Verbesserung der Versorgungssicherheit durch die Investition) und vor allem auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Energiesolidarität.²⁷ Dieser in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankerte Grundsatz verpflichte die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der EU-Energiepolitik im Geist der Solidarität. Insbesondere verstießen Maßnahmen der Unionsorgane gegen den Grundsatz der Energiesolidarität, die die Energiesicherheit bestimmter Regionen oder Mitgliedstaaten, einschließlich der Sicherheit ihrer Gasversorgung, gefährdeten.²⁸

Der streitige Beschluss verletze den Grundsatz der Energiesolidarität, weil er die Energie- und Gasversorgungssicherheit in Polen gefährde. So ermögliche die Änderung des Freistellungsregimes 2009 eine stärkere Auslastung der Nord Stream 1, was zu einer Wegverlagerung der bisher über die Gasfernleitungen Brotherhood und Jamal verlaufenden Gasflüsse führe. Eine Verringerung oder Unterbrechung des Transports über die Brotherhood verhindere eine Fortführung der Versorgung auf polnischem Gebiet durch diese Gasfernleitung von der Ukraine aus. Angesichts des Auslaufens des Gastransportvertrags über die Jamal nach Westeuropa im Jahr 2020 und des Auslaufens des Gasliefervertrags durch diese Gasfernleitung nach Polen im Jahr 2022 bestehe auch insoweit die Gefahr einer Verringerung oder Unterbrechung der Gasversorgung.²⁹

Die Europäische Kommission und Deutschland traten dem entgegen: Nicht nur machten sie geltend, dass das Freistellungsregime 2016 die Erdgasversorgungssicherheit in Mittel- und Osteuropa nicht in Frage stelle. Sie wandten sich insbesondere auch gegen das polnische Verständnis der Energiesolidarität.³⁰ Dabei handele es sich nicht um einen justiziablen Kontrollmaßstab für die Gültigkeit des Handelns von Unionsorganen, sondern vielmehr um ein rein politisches, an den Unionsgesetzgeber und nicht an die Verwaltung gerichtetes Postulat. Dieses könne allein durch eine Konkretisierung im Sekundärrecht rechtliche Bedeutung erlangen und Pflichten für die Exekutive entfalten. Zudem betreffe die Energiesolidarität im Sinne eines Notfallmechanismus nur Krisensituationen, nicht aber die in der GasRL festgelegten Grundsätze für das normale Funktionieren dieses Marktes. Wie die Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 222 AEUV zeigten, impliziere der Solidaritätsgrundsatz (nur) in diesen Ausnahmefällen unbedingte Beistandspflichten. Die Gassicherungsverord-

27 Vgl. EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 48.

28 EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 61; vgl. zudem: EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 31 ff., auch zu den Ansichten der ebenfalls Verfahrensbeteiligten Lettland und Litauen.

29 Vgl. EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 62 ff.

30 Deutschland stützte sein Rechtsmittel auf insgesamt fünf Gründe, die hier aber nur soweit wiedergegeben werden, als sie für die Beurteilung des Energiesolidaritätsgrundsatzes relevant sind.

nung zeige dabei, dass es sich bei der im Bereich der Gasversorgung bestehenden Beistandspflicht lediglich um ein letztes Mittel handle. Zudem sei die Nord Stream 1 als ein Prioritätsprojekt der EU anerkannt, dessen verstärkte Nutzung mit dem gemeinsamen und europäischen Interesse entspreche. Jedenfalls sei davon auszugehen, dass die in Art. 36 Abs. 1 GasRL normierten materiellen Voraussetzungen für die Freistellungsgewährung den Grundsatz der Energiesolidarität konkretisierten, weshalb die Prüfung dieser Tatbestandsvoraussetzungen als hinreichende Berücksichtigung des Energiesolidaritätsgrundsatzes einzustufen sei.³¹

III. Die Würdigung der Unionsgerichte

Die Unionsgerichte bestätigen im Wesentlichen die Rechtsansicht Polens.

Dabei stützten sie die Nichtigkeitserklärung des streitigen Beschlusses nicht auf eine tatsächliche Gefährdung der Gasversorgungssicherheit in Polen. Von einer solchen wäre wohl auch nicht auszugehen gewesen.³² Die Nichtigkeit wird vielmehr darauf gestützt, dass die Kommission den in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankerten Grundsatz der Energiesolidarität beim Beschlussserlass nicht berücksichtigt habe.³³ Der streitige Beschluss lasse nicht erkennen, dass die Europäische Kommission die Auswirkungen des Freistellungsregimes 2016 auf die polnische Versorgungssicherheit und die mittelfristigen Folgen einer Transportroutenverlagerung zugunsten der Nord Stream 1/OPAL für die Energiepolitik Polens geprüft und mit der festgestellten Erhöhung der Versorgungssicherheit auf Unionsebene abgewogen habe.³⁴ Diese von Deutschland im Rechtsmittelverfahren erfolglos³⁵ angefochtene Begründung des EuG stützt sich im Wesentlichen auf die Nichterwähnung des Grundsatzes der Energiesolidarität und darauf dass der streitige Beschluss nur allgemein die mangelnde Gefährdung der Versorgungssicherheit in den östlichen Mitgliedstaaten durch Transportroutenverlagerungen untersuchte.³⁶ Insbesondere weil eine Gefährdung

31 Vgl. im Einzelnen: EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 65 f. sowie: EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 27 ff., 55 ff., auch jeweils zur Gegenargumentation Polens und der Streithelfer Lettland und Litauen.

32 *Yafimava*, The OPAL Exemption Decision: a comment on the Advocate General's Opinion on its annulment and its implications for the Court of Justice judgment and OPAL regulatory treatment, Energy Insight 87, Oxford Institute for Energy Studies, abrufbar unter: <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wp-content/uploads/2021/03/Insight-87-The-OPAL-Exemption-Decision.pdf> (18.10.2022), S. 6 f.

33 *Boute*, CMLR 2020/3, S. 906, der den streitigen Beschluss dahingehend analysiert, dass die Kommission etwaige negative Auswirkungen auf Polen sehr wohl berücksichtigt habe.

34 EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 81 f.; EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 90, 97 ff., 106.

35 Vgl. EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 77 ff.

36 Vgl. streitiger Beschluss, Rn. 49 f.

der Versorgungssicherheit in Polen allein durch das Freistellungsregime 2016 nicht zu erwarten war, wird der Ansatz des EuG zu Recht als formalistisch kritisiert.³⁷

Nach Ansicht der Unionsgerichte handelt es sich bei dem in Art. 194 Abs. 1 AEUV genannten „Geiste der Solidarität“ um eine besondere bzw. spezifische Ausprägung des allgemeinen zwischenmitgliedstaatlichen Solidaritätsgrundsatzes, der seinerseits einer der tragenden Grundsätze des Unionsrechts sei und – wie die Erwähnung in zahlreichen Bestimmungen der Verträge zeige³⁸ – dem gesamten Rechtssystem der EU zugrunde liege.³⁹ Dabei sei der Solidaritätsgrundsatz eng mit dem in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verbunden, wonach sich die Union und die Mitgliedstaaten bei der Erfüllung der sich aus den Verträgen ergebenden Aufgaben gegenseitig achten und unterstützen müssen.⁴⁰

Der EuGH weist insbesondere die Einschätzung Deutschlands zurück, dass der Energiesolidaritätsgrundsatz keinen justiziablen Rechtmäßigkeitsmaßstab für das Handeln der Unionsorgane enthalte. So habe der Gerichtshof bereits auf den in Art. 80 AEUV verankerten Solidaritätsgrundsatz rekurriert, um festzustellen, dass Mitgliedstaaten gegen einige ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen im Bereich Kontrolle an den Grenzen, Asyl und Einwanderung verstoßen hätten. Nichts lasse die Annahme zu, dass der Solidaritätsgrundsatz in Art. 194 Abs. 1 AEUV als solcher keine verbindlichen Rechtswirkungen für die Mitgliedstaaten und die Unionsorgane erzeugen könne. Er liege zudem allen Zielen der Energiepolitik der Union zugrunde, die er zusammenführe und denen er Kohärenz verschaffe.⁴¹ Daraus folge insbesondere, dass die Handlungen der Unionsorgane (nicht nur des Unionsgesetzgebers) im Licht des Grundsatzes der Energiesolidarität auszulegen seien und ihre Rechtmäßigkeit anhand dieses Grundsatzes zu beurteilen sei.⁴²

37 *Boute*, CMLR 2020/3, S. 906 f., der den streitigen Beschluss dahingehend analysiert, dass die Kommission etwaige negative Auswirkungen auf Polen sehr wohl berücksichtigt habe.

38 Genannt werden: Präambel des EUV, in Art. 2, Art. 3 Abs. 3, Art. 21 Abs. 1, Art. 24 Abs. 2 und Abs. 3 EUV sowie in Art. 67 Abs. 2, Art. 80, Art. 122 und Art. 222 AEUV, vgl. EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 39; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 69.

39 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 38 ff.; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 69 ff.

40 So: EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 41; das EuG führt unter Verweis auf das Urteil des Gerichtshofs, verb. Rs. 6/69 und 11/69, *Kommission v. Frankreich*, ECLI:EU:C:1969:68, Rn. 16, etwas abweichend aus: „Dieser Grundsatz liegt gemäß der in Art. 4 Abs. 3 EUV eingegangenen Verpflichtung dem gesamten System der Union zugrunde.“ (vgl. Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 69).

41 Vgl. auch: GA Sánchez-Bordona, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Rn. 76 f.

42 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 41 ff., hstl. Art. 80 AEUV unter Bezugnahme auf: EuGH, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, *Slowakei und Ungarn v. Rat*, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 291;

Der Solidaritätsgrundsatz berechtiige und verpflichte die Union und die Mitgliedstaaten gleichermaßen, wobei sich diese dreidimensionalen Rechte-Pflichten-Beziehungen nicht auf Beistandspflichten in Notfall- und Notstandslagen beschränkten. Für ein derart begrenztes Verständnis gebe es im Wortlaut des Art. 194 AEUV wiederum keinen Anhaltspunkt.⁴³

Vielmehr umfasse der Solidaritätsgrundsatz

eine allgemeine Verpflichtung der Union und der Mitgliedstaaten, im Rahmen der Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse die Interessen der anderen Akteure zu berücksichtigen.⁴⁴

Für die EU-Energiepolitik bedeute dies,

dass sich die Union und die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Befugnisse im Rahmen dieser Politik bemühen müssen, Maßnahmen zu vermeiden, die geeignet sein könnten, die Interessen der Union und der anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Sicherheit und die wirtschaftliche und politische Tragbarkeit der Versorgung sowie die Diversifizierung der Versorgungsquellen oder der Versorgung zu beeinträchtigen, um ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und faktischen Solidarität Rechnung zu tragen.⁴⁵

Die Anwendung des Grundsatzes der Energiesolidarität bedeute nicht, dass die Energiepolitik der Union in keinem Fall negative Auswirkungen auf die besonderen Interessen eines Mitgliedstaats in diesem Bereich haben dürfe. Die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten seien aber verpflichtet,

bei der Durchführung dieser Politik die Interessen sowohl der Union als auch der verschiedenen möglicherweise betroffenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und diese Interessen im Konfliktfall gegeneinander abzuwägen.⁴⁶

Diesen Vermeidungs-, Berücksichtigungs- und Abwägungspflichten sind umfassende Ermittlungspflichten vorgeschaltet. So wies der EuGH das Argument der Europäischen Kommission zurück, sie habe keine Informationen zu Gefährdungen des polnischen Gasmarkts erhalten. Die mangelnde Übermittlung entsprechender

verb. Rs. C-715/17, C-718/17 und C-719/17, *Kommission v. Polen, Ungarn und Tschechische Republik*, ECLI:EU:C:2020:257, Rn. 80, 181.

⁴³ EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 55 ff.; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 70 f.

⁴⁴ EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 72; bestätigt durch: EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 49.

⁴⁵ EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 72.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 53, 69, 73; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 73, 77.

Informationen könne die unterbliebene Prüfung des Energiesolidaritätsgrundsatzes nicht rechtfertigen.⁴⁷

Im Rahmen der Gasregulierungsfreistellung entbinde zudem auch die Berücksichtigung der materiellen Freistellungsvoraussetzungen aus Art. 36 Abs. 1 GasRL nicht von der eigenständigen Prüfung des Energiesolidaritätsgrundsatzes. Zwar hätten – wie das EuG feststellt – Erwägungen des Energiesolidaritätsgrundsatzes in Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL in der zum Erlasszeitpunkt des streitigen Beschlusses geltenden Fassung Niederschlag gefunden.⁴⁸ Der Grundsatz der Energiesolidarität könne aber – wie der EuGH betont – insbesondere nicht dem in Art. 36 Abs. 1 lit. a GasRL genannten Erfordernis der Gewährleistung der Versorgungssicherheit gleichgestellt oder darauf reduziert werden; diese sei nur eine Ausprägung des Grundsatzes der Energiesolidarität, da Art. 194 Abs. 1 AEUV vier verschiedene, im Geist der Solidarität anzustrebende Ziele anführe.⁴⁹ Art. 36 Abs. 1 GasRL könnte nicht dahin verstanden werden, dass er die Tragweite des in Art. 194 Abs. 1 AEUV genannten Grundsatzes der Energiesolidarität begrenze.⁵⁰

Die Europäische Kommission hätte folglich nach dem Grundsatz der Energiesolidarität in Verbindung mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit beim Erlass des streitigen Beschlusses prüfen müssen, ob eine Gefahr für die Gasversorgung auf den Märkten der Mitgliedstaaten bestehe und nach dem Grundsatz der Energiesolidarität eine Abwägung der betroffenen Interessen vornehmen müssen.⁵¹

C. Einordnung und Bewertung

Die Entscheidungen der Unionsgerichte stellen erstmals klar, dass es sich bei der in Art. 194 Abs. 1 AEUV genannten zwischenmitgliedstaatlichen Solidarität nicht nur um einen politischen Begriff, sondern um ein ohne weitere Konkretisierungsakte justiziables Rechtsprinzip handelt, das die Mitgliedstaaten und die Union verpflich-

47 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 50 f.

48 Namentlich in den Begriffen „effektive[s] Funktionieren des Erdgasinnenmarktes“ und „effiziente[s] Funktionieren des regulierten Netzes ...“, an das die Infrastruktur angeschlossen ist“, vgl. EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 74 ff.

49 Neben der Versorgungssicherheit sind das die Funktionsfähigkeit des Energiemarktes, die Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und die Förderung der Interkonnektion der Energienetze, vgl. allgemein zu den Zielen: Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 9 ff.

50 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 46 f.

51 Vgl. EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 52 f.; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 78.

tet, die Interessen der übrigen betroffenen Akteure an energiepolitischen Entscheidungen zu ermitteln und deren Belange mit den eigenen Bedürfnissen abzuwägen.⁵²

Im Folgenden soll die Stellung des Energiesolidaritätsgrundsatzes im EU-Verfassungsrecht analysiert (nachfolgend I.) und beurteilt werden, ob die Urteilsbegründungen im konkret zu entscheidenden Fall (nachfolgend II.) sowie hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den gesamten Bereich der EU-Energiepolitik (nachfolgend III.) überzeugen.

I. Der Grundsatz der Energiesolidarität als eigenständig justiziabler (Primär-)Rechtsmaßstab und seine Stellung im EU-Verfassungsrecht

Die Unionsgerichte stellen zunächst klar, dass es sich beim Solidaritätsgrundsatz um ein eng mit dem Loyalitätsgrundsatz verbundenes,⁵³ primärrechtsinhärentes Strukturprinzip⁵⁴ mit Rechtsgeltung handelt.⁵⁵ Die aus dem Solidaritätsgrundsatz folgenden Pflichten der EU und der Mitgliedstaaten, bei der Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse, die Interessen der übrigen Akteure zur berücksichtigen, sind danach bereichsspezifisch konkretisierungsfähig und – jedenfalls von den privilegierten Klagebefugten im Sinne von Art. 263 Abs. 2 AEUV – vor den Unionsgerichten einklagbar.⁵⁶

52 *Boute*, CMLR 2020/3, S. 889; *Gundel*, EuZW 2021/17, S. 759 f.; *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2022/14, S. 999; *Sölter*, EuR 2022/1, S. 130.

53 Die Formulierung des EuG, wonach der Solidaritätsgrundsatz „gemäß der in Art. 4 Abs. 3 EUV eingegangenen Verpflichtung dem gesamten System der Union zugrunde [liegt]“ (siehe oben Fn. 41) entspricht dabei dem aus Rechtsprechung bekannten Ansatz, Art. 4 Abs. 3 EUV als Grundlage des Solidaritätsprinzips heranzuziehen, wohingegen die Aussage des EuGH zur nur „engen Verbundenheit“ von Solidaritäts- und Loyalitätsgrundsatz sowie die Ableitung der kommissionsseitigen Prüfpflicht aus beiden Grundsätzen die Eigenständigkeit der Prinzipien unterstreicht; zum Ganzen m.N. aus der Rechtsprechung: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 222 AEUV, Rn. 8; *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 4 AEUV, Rn. 104; *Lais*, S. 148: „mittelbare Absicherung“; *Müller*, § 14 B.II.3.6; *Sölter*, EuR 2022/1, S. 135: Solidarität als „Kernelement“ des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit; vgl. auch: *Boute*, CMLR 2020/3, S. 899, wonach Solidarität helfe, dem Loyalitätsgrundsatz Geltung zu verschaffen („reinforce“).

54 Im Gegensatz zu den aus einem wertenden Rechtsvergleich der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnungen und der EMRK gewonnenen allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind Strukturprinzipien dem Unionsrecht inhärent, sie folgen also aus den Eigenheiten der Unionsrechtsordnung, vgl.: *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 19 EUV, Rn. 20 ff.; *Lais*, S. 146 f.; *Schroeder*, S. 264 f.

55 Zur Einordnung des Solidaritätsprinzips als allgemeines EU-Verfassungsprinzip: *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 4 EUV, Rn. 104 m.w.N.; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 222 AEUV, Rn. 7 ff. m.w.N.; dazu, dass allein die Bezeichnung als „Grundsatz“ oder „Prinzip“ keine Rechtsgeltung impliziert: *Kaufhold*, EuR 2012/4, S. 427; *Kloska*, S. 294; *Schroeder*, S. 265; *von Bogdandy*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), S. 25 f.

56 Ob sich auch private Dritte unmittelbar auf eine Verletzung des Energiesolidaritätsgrundsatzes berufen können, ist noch nicht geklärt. Dagegen könnte sprechen, dass es sich bei den aus den ihm abgeleiteten Pflichten um rein mitgliedstaatlich-unionale handelt. Die Klagen des staatlichen, polnischen Gaskonzerns haben die Unionsgerichte wegen fehlender unmittelbarer Betroffenheit durch den streitigen Beschluss zurückgewiesen, vgl. EuGH, Rs. C-117/18 P, *PGNiG Supply & Trading v. Kommission*, ECLI:EU:C:2019:1042

Soweit es bezüglich des Grundsatzes der Energiesolidarität im Urteil des EuGH heißt, dass der Grundsatz der Energiesolidarität „ebenso wie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts ein Kriterium für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit“ von Maßnahmen der Unionsorgane sei,⁵⁷ dürfte dies nicht in dem Sinne zu verstehen sein, dass der Energiesolidaritätsgrundsatz ein eigenständiges, neben die allgemeinen Unionsrechtsgrundsätze tretendes Primärrechtsprinzip ist. Vielmehr handelt es sich bei ihm um ein bereichsspezifisches Subprinzip des allgemeinen Solidaritätsgrundsatzes, dessen Pflichtengehalt als eigenständiger, justizialer Rechtmäßigkeitsmaßstab konkretisiert wird.⁵⁸

Soweit Sölter die Rechtsgeltung des allgemeinen Solidaritätsgrundsatzes unter Verweis auf das Fehlen eines abstrakt bestimmbar materiellen Pflichtgehalts in Zweifel zieht,⁵⁹ lässt sich dem entgegenhalten, dass die sprachliche Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit gerade zu den anerkannten Wesensmerkmalen allgemeiner Rechtsprinzipien zählen und dass sie zudem außerrechtliche freiwilligkeitsbasierte Werte – wie die Solidarität – verrechtlichen können.⁶⁰ Die Feststellung und Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch die Unionsgerichte ist zudem insbesondere wegen ihrer für das Unionsrechtssystem einheits- und systembildenden Funktion allgemein anerkannt.⁶¹

Vor diesem Hintergrund sind die Entscheidungen der Unionsgerichte insoweit zu begrüßen, als sie den rechtlichen Gehalt des Solidaritätsbegriffs im Bereich der Energiepolitik der Union erhellen und klarstellen, dass der Solidaritätsbegriff des Art. 194 Abs. 1 AEUV nicht nur politische Appellfunktion entfaltet.⁶² Damit ist aber noch nicht festgestellt, ob der Einsatz des Grundsatzes der Energiesolidarität

und EuG, Rs. T-849/16, *PGNiG Supply & Trading v. Kommission*, ECLI:EU:T:2017:924 sowie: EuGH, Rs. C-342/18 P, *Polskie Górnictwo Naftowe i żownictwo SA v. Kommission*, ECLI:EU:C:2019:1043 und EuG, Rs. T-130/17, *Polskie Górnictwo Naftowe i żownictwo SA v. Kommission*, ECLI:EU:T:2017:541.

57 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 45.

58 Vgl. EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 38: „besondere Ausprägung des Solidaritätsgrundsatzes“; EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 69: „spezifische Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“.

59 Sölter, EuR 2022/1, S. 135 f.

60 Vgl. etwa: Kaufhold, EuR 2012/4, S. 427; Lais, S. 163; siehe auch: GA Sánchez-Bordona, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Rn. 53 ff., der insbesondere in Rn. 72, die Heterogenität des Solidaritätsbegriffs im Unionsrecht konzidiert und in Rn. 97 davon ausgeht, dass Solidarität in den Verträgen bereichsabhängig rein politisch oder rechtsverbindlich sein kann.

61 Darauf verweist auch: Sölter; vgl. zudem etwa: *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 19 EUV, Rn. 18.

62 Vgl. Boute, CMLR 2020/3, S. 889; zu den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit und Justiziabilität: Boute, CMLR 2020/3, S. 899, Fn. 43; Gundel, EuZW 2021/17, S. 759; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 24; Sölter, EuR 2022/1, S. 135 f. Gestärkt wird insbesondere das Verständnis, wonach der Solidaritätsgrundsatz sowohl prozedurale als auch materielle Gehalte einschließt, dazu: Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 222 AEUV, Rn. 9; Lais, S. 346.

im konkreten Fall überzeugt (nachfolgend II.) und ob die Auswirkungen der unionsgerichtlich aus dem Energiesolidaritätsgrundsatz abgeleiteten Pflichten auf die EU-Energiepolitik positiv zu bewerten sind (nachfolgend III.).

II. Die Begründung der Unionsgerichte im konkreten Fall

Kern des Rechtsschutzanliegens Polens war es, die – gegenüber dem auf 22 Jahre ausgelegten Freistellungsregime 2009 – „vorzeitige“ teilweise Unterwerfung der OPAL unter die Gasregulierung und damit die stärkere Auslastung der Nord Stream 1 und OPAL zu verhindern. Zum (angeblich gebotenen) Schutz seiner Versorgungssicherheit wandte sich Polen also gegen ein „Mehr an Regulierung“, das durch die teilregulierten Verbindungskapazitäten des Freistellungsregimes 2016 im Gegensatz zu den vollständig von der Regulierung ausgenommenen Verbindungskapazitäten des Freistellungsregimes 2009 geschaffen worden wäre. Dieses Rechtsschutzanliegen verfolgte Polen, obwohl es gerade die Regulierung ist, die einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb sowie die Sicherstellung eines zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen sicherstellen soll.⁶³ Die Gasregulierungsfreistellung schafft hiervon eng begrenzte Ausnahmen, um Anbieter freigestellter Erdgasinfrastrukturen durch eine Erweiterung ihrer Handlungsspielräume zu privilegieren und so die jeweilige Investition erst wirtschaftlich attraktiv zu machen.⁶⁴ So wird deutlich, dass sich das Rechtsschutzanliegen Polens im Grunde gegen den durch die Nord Stream 1 und die OPAL eröffneten Transportweg als solchen richtet. Die vollständige Unterwerfung unter die Regulierung wäre bzw. wird mit Ablauf des Freistellungsregimes 2009 ohnehin eintreten. Insofern drängt sich die Frage auf, ob Polen sein Rechtsschutzbegehren nicht im Genehmigungsverfahren der Nord Stream 1 und der OPAL bzw. im Rahmen der ursprünglichen Freistellung hätte geltend machen müssen.⁶⁵ Der EuGH wies das in diese Richtung gehende Vorbringen Deutschlands mit dem formalistischen Argument zurück, dass es sich bei den beiden Kommissionentscheidungen aus 2009 und 2016 um selbstständige Entscheidungen handele.⁶⁶

Hinzukommt, dass es die polnische Seite selbst war, die im Rahmen ihrer Emanzipationsstrategie von russischem Gas den Transport- und Transitvertrag auf bezüglich der Jamal im Jahre 2020 bzw. 2022 auslaufen lassen wollte. Hieraus resultierende Transportroutenverlagerungen und Nachteile für die polnische Versorgungssicherheit wären gerade nicht unmittelbar und allein auf das Freistellungsregime 2016, sondern die entsprechenden Entscheidungen der polnischen Seite

⁶³ Vgl. § 1 Abs. 2 EnWG.

⁶⁴ Heller, S. 211, 214.

⁶⁵ Dagegen: Thole, in: Säcker (Hrsg.), § 28a EnWG, Rn. 15.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 103, 107.

zurückzuführen gewesen.⁶⁷ Auf diese Gesichtspunkte gehen die Unionsgerichte nicht ein.

Hinsichtlich des Einsatzes des Grundsatzes der Energiesolidarität zur Entscheidung des konkreten Falls gilt Folgendes:

Der Hinweis der Unionsgerichte darauf, dass sich der in Art. 194 AEUV zum Ausdruck kommende Grundsatz der Energiesolidarität nicht nur auf die in Art. 194 Abs. 1 lit. b AEUV genannte Versorgungssicherheit, sondern vielmehr alle Ziele der EU-Energiepolitik bezieht, überzeugt. Es ist aber nicht nur anerkannt, dass die Gasversorgungssicherheit einen Kernaspekt der Energiesolidarität darstellt.⁶⁸ Dies wird nicht zuletzt im Urteil des EuGH deutlich, das an verschiedenen Stellen die Bedeutung des Grundsatzes der Energiesolidarität (nur) für die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit betont.⁶⁹ Es ist vielmehr auch klar, dass es Polen im konkreten Fall in erster Linie um die Berücksichtigung seiner Interessen an einer sicheren Gasversorgung ging.

Insofern war die zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Beschlusses geltende und damit für die Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit maßgebliche Rechtslage unbefriedigend. Denn zum fraglichen Zeitpunkt fand die Gewährleistung der Versorgungssicherheit lediglich im auf die Investition als solche bezogenen Art. 36 Abs. 1 lit. a GasRL Erwähnung. Das EuG hat konsequent entschieden, dass diese Bestimmung auf die Änderung einer Freistellungsentscheidung, die die eigentliche Infrastruktur unberührt lässt, nicht anwendbar sei.⁷⁰ Wie oben unter B.I. dargestellt, wurde der auf die Ausnahmeregelung als solche bezogene Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL erst im Jahr 2019 um die Abwesenheit nachteiliger Auswirkungen auf die Energieversorgungssicherheit in der EU ergänzt.

Insofern hätte es – wie es letztlich auch *Gundel* deutlich macht – nahegelegen, Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL primärrechtskonform dahingehend zu ergänzen, „dass bei der Prüfung solcher Vorhaben in primärrechtskonformer Auslegung auch die Auswirkungen auf die Versorgungslage anderer Mitgliedstaaten einzubeziehen sind.“⁷¹ Die spätere ausdrückliche Normierung der „Versorgungssicherheit in der

67 Dem ist Russland im April 2022 durch den Stopp sämtlicher Gastransporte über die Jamal zuvorgekommen. Auch dieser Umstand ist aber nicht kausal mit dem – in diesem Zeitpunkt gar nicht gültigen – Freistellungsregime 2016 verbunden; vgl. hierzu: *Fuß*, Polen setzt auf Gas aus Norwegen, Katar und den USA, *Germany Trade and Invest*, 11.5.2021, abrufbar unter: <https://www.gtai.de/de/trade/polen/branchen/polen-setzt-auf-gas-aus-norwegen-katar-und-den-usa-837236> (15.8.2022); *Lohmann*, Vertrag für russischen Gastransit durch Polen ausgelaufen, 19.5.2020, abrufbar unter: <https://www.energate-messenger.de/news/202614/vertrag-fuer-russischen-gastransit-durch-polen-ausgelaufen> (15.8.2022); sowie: Polen in den Fesseln des JAMAL-Vertrags, *Energy Brief*, 18.5.2020, abrufbar unter: <https://energy-europe.eu/oil-and-gas-de/polen-in-den-fesseln-des-jamal-vertrags/> (15.8.2022).

68 *Boute*, CMRL 2020/3, S. 903; *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2022/14, S. 995 f.

69 EuGH, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:598, Rn. 52, 69.

70 Vgl. EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 58, wonach bauliche Änderungen hätten im Freistellungsverfahren aber nicht in Rede gestanden hätten.

71 *Gundel*, EuZW 2021/17, S. 761.

EU⁷² in Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL hätte man dann als Bestätigung des Bedeutungsgehalts des primärrechtlichen Energiesolidaritätsgrundsatzes deuten können.

Die Unionsgerichte gehen aber – jedenfalls für den konkreten Fall ohne Not – weit über einen solchen Ansatz hinaus: So entnehmen sie dem Grundsatz der Energiesolidarität nicht nur Vorgaben für die primärrechtskonforme Auslegung der in Art. 36 Abs. 1 GasRL positivierten Freistellungsvoraussetzungen. Sie bleiben auch nicht dabei stehen, ein sekundärrechtsexternes, aber auf Art. 36 Abs. 1 GasRL beschränktes, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu schaffen.⁷³ Sie stellen vielmehr für sämtliche EU-energiepolitische Entscheidungen der unionalen und nationalen Legislative und Exekutive zusätzlich zu den jeweiligen sekundärrechtlichen Vorgaben zu beachtende, allgemeine Ermittlungs-, Rücksichtnahme-, Berücksichtigungs- und Abwägungspflichten hinsichtlich etwaiger Energieinteressen betroffener Akteure fest.⁷⁴

Auch wenn man Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit entgegenhalten kann, dass die Unionsgerichte kein neues Recht geschaffen, sondern lediglich einen seit dem Vertrag von Lissabon geltenden Rechtsgrundsatz angewendet haben,⁷⁵ verwundert es angesichts des weiten Anwendungsbereichs und der mangelnden Bestimmtheit der Pflichten kaum, dass gleichwohl entsprechende Kritik laut wurde.⁷⁶

III. Über die konkrete Entscheidung hinausreichende Folgen für die EU-Energiepolitik

Wie vorstehend unter C.II. bereits herausgestellt, haben die Unionsgerichte dem Grundsatz der Energiesolidarität über den konkreten Fall hinausreichende, aber unkonkrete Pflichten für die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten entnommen. Dieser Ansatz begründet nicht nur Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der richtigen Anwendung im Einzelfall. Er greift vielmehr auch in den als souveränitätssensibel eingestuften Bereich nationalen Energiepolitik über und hat insofern Konfliktpo-

72 Das Kriterium wäre dann so zu verstehen, dass es eine Abwägung und Ermittlung der Auswirkungen auf die einzelnen Mitgliedstaaten erfordert und einschließt; vgl. demgegenüber etwa: GA *Sánchez-Bordona*, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Rn. 104, zur in Art. 36 Abs. 1 lit. a GasRL verankerten Versorgungssicherheit.

73 Vgl. *Boute*, CMLR 2020/3, S. 900: “The GC, thus, added a substantive criterion on top of those set out in the exemption regime of the Internal Gas Market Directive”.

74 Vgl. auch: *Lübbig*, EuZW 2021/17, S. 738: „Es ging eben nicht darum, dass unklare Normen des Sekundärrechts „im Lichte“ einer primärrechtlichen Regel zu interpretieren waren, sondern um die Pflicht der Behörde zu einer zusätzlichen Prüfung eines primärrechtlichen Grundsatzes, der anders als das einschlägige Sekundärrecht kaum subsumptionsfähige Kriterien enthält“.

75 *Boute*, CMLR 2020/3, S. 900.

76 *Lübbig*, EuZW 2021/17, S. 738; *Sölter*, EuR 2022/1, S. 137; bezüglich der Schlussanträge: *Talus*, The interpretation of the principle of energy solidarity – A critical comment on the Opinion of the Advocate General in OPAL, Energy Insight 2021, abrufbar unter: <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wp-content/uploads/2021/04/Insight-89-The-interpretation-of-the-principle-of-energy-solidarity-.pdf> (18.10.2022), S. 6, 8.

tential als nationale Verwaltungsbehörden berufen sind, die eigenen nationalen Energieinteressen mit denen anderer Mitgliedstaaten in Abwägung zu bringen. Nach der ausdrücklichen Feststellung des Bundesgerichtshofs (BGH) handelt es – sich ungeachtet dieser nachfolgend unter 1. und 2. näher beleuchteten Kritikpunkte – bei der Auslegung des Grundsatzes der Energiesolidarität durch den Gerichtshof gleichwohl nicht um einen Ultra-Vires-Akt.⁷⁷

1. Weiter sachlicher Anwendungsbereich und Adressatenkreis

Die Ermittlungs-, Rücksichtnahme-, Berücksichtigungs- und Abwägungspflichten gelten – unabhängig von konkreten sekundärrechtlichen Vorgaben⁷⁸ – für alle energiepolitischen Entscheidungen (auch für den Strombereich).⁷⁹ Sölter weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein weites Verständnis der unionsgerichtlichen Judikate selbst eine Landesbehörde beim Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses mit möglichen Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Energiemarkt zur Prüfung des Energiesolidaritätsgrundsatzes verpflichten könnte.⁸⁰

Besonders bemerkenswert ist diese weite Ausdehnung primärrechtsunmittelbarer Pflichten, weil sie die (Exekutive der) Mitgliedstaaten⁸¹ gerade im als souveränitäts-sensibel anerkannten Bereich der Energiepolitik unmittelbar in die Pflicht nimmt, ohne dass diese Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens den Pflichtengehalt mitbestimmen konnten. So steht die in Art. 194 Abs. 1 AEUV und in Art. 122 AEUV mit dem Vertrag von Lissabon eingefügte zwischenmitgliedstaatliche Solidarität in einem Spannungsverhältnis zu den in Art. 194 Abs. 2 AEUV zugunsten der Mitgliedstaaten normierten Vorbehalten, über die eigenen natürlichen Ressourcen und den Energiemix in nationaler Kompetenz zu entscheiden.⁸² Art. 194 Abs. 2 AEUV dient also insbesondere auch dem Schutz der mitgliedstaatlichen Souveränität.⁸³

77 BGH, EnVR 36/21, Rn. 38.

78 Jedenfalls, wenn das Sekundärrecht den Grundsatz der Energiesolidarität nicht doch einmal umfassend konkretisierend umsetzt; auch die Beantwortung dieser Frage ist für die jeweils befaste Behörde indes mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden.

79 Vgl. nur: Boute, CMLR 2020/3, S. 904, 910: “[...] extends the solidarity obligations of the EU and the Member States to all decisions that can potentially impact on the energy security of other Member States or the EU, and on the economic viability and diversification of their energy supply.”; Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2022/14, S. 996.

80 Sölter, EuR 2022/1, S. 137.

81 Vgl. zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten: Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2022/14, S. 996; Sölter, EuR 2022/1, S. 136 f.

82 Gundel, RdE 2019/1, S. 2, der darauf verweist, dass Vorsorgemechanismen und Solidaritätspflichten in Krisenzeiten damit nicht unvereinbar sind, weil mit ihnen keine dauerhafte Inanspruchnahme der Rohstoffe anderer Staaten einhergeht; zum Schutzzweck der nationalen Souveränität: Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 9.

83 Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 194 AEUV, Rn. 43.

2. Unklarer Abwägungsmaßstab

Zu den von konkreten Rügen etwaig betroffener Mitgliedstaaten unabhängigen umfassenden Ermittlungspflichten⁸⁴ tritt der Umstand, dass allgemein „Interessen [...] im Energiebereich“ zu berücksichtigen sind.⁸⁵ Eine gewisse Orientierung, welche Interessen welcher Akteure im Einzelnen relevant sind, liefern sicher die in Art. 194 Abs. 1 lit. a – lit. d AEUV mit der EU-Energiepolitik verfolgten Ziele und die Vorgabe der Unionsgerichte, dass die Mitgliedstaaten und die Unionsorgane zur Vermeidung von Maßnahmen verpflichtet sind, die Interessen in Bezug auf die „Sicherheit und die wirtschaftliche und politische Tragbarkeit der Versorgung sowie die Diversifizierung der Versorgungsquellen oder der Versorgung“ berühren.⁸⁶

Unklar bleibt nach den Entscheidungen der Unionsgerichte aber, wie die zu berücksichtigenden Interessen in Abwägung zu bringen sind.⁸⁷ Zwar wird teils angeführt, dass primärrechtsunmittelbar nur eine „Sachermittlungs- und Abwägungspflicht“ im Gegensatz zu „konkrete[n] materiell-energierechtliche[n] Handlungspflichten“ begründet werde.⁸⁸ Zudem wird hervorgehoben, dass die prozeduralen Pflichten eine gewisse Integration der nationalen und EU-Interessen in die nationalen Entscheidungsprozesse mit sich bringen könne,⁸⁹ wobei den Verwaltungsbehörden ein weiter Ermessensspielraum verbleibe.⁹⁰ Dies ändert aber nichts am Konfliktpotential, das sich daraus ergibt, dass politische Wert- und energiepolitische Abwägungsentscheidungen potentiell auf die Ebene der Verwaltung verlagert werden.⁹¹ Ohne konkrete Vorgaben des Gerichtshofs oder des Sekundärrechtsgebers wären es nach der Vorstellung der Unionsgerichte künftig nationale Behörden, die über die Gewichtigkeit der energiebezogenen Interessen anderer Mitgliedstaaten befinden müssen und ist es nicht unwahrscheinlich, dass Kommissionsbeschlüsse zum Gegenstand und der EuGH zum Forum politischer Auseinandersetzungen

⁸⁴ Kritisch: Sölter, EuR 2022/1, S. 138.

⁸⁵ EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 78.

⁸⁶ EuG, Rs. T-883/16, *Republik Polen v. Europäische Kommission*, ECLI:EU:T:2019:567, Rn. 73.

⁸⁷ Vgl. auch die Einschätzung von GA Sánchez-Bordona, Rs. C-848/19 P, *Bundesrepublik Deutschland v. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2021:218, Rn. 111 ff., dass der Energiesolidaritätsgrundsatz ein „gewisses Maß an Abstraktheit“ mit „grauere[n] Bereiche[n]“ aufweise, was seine Anwendung erschwere.

⁸⁸ *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2022/14, S. 996.

⁸⁹ *Boute*, CMLR 2020/3, S. 910.

⁹⁰ Vgl. *Gundel*, EuZW 2021/17, S. 763; *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2022/14, S. 996.

⁹¹ Nach Ansicht von Yafimava, The OPAL Exemption Decision: a comment on the Advocate General's Opinion on its annulment and its implications for the Court of Justice judgment and OPAL regulatory treatment, Energy Insight 87, Oxford Institute for Energy Studies, abrufbar unter: <https://a9w7k6q9.stackpathcdn.com/wpcms/wp-content/uploads/2021/03/Insight-87-The-OPAL-Exemption-Decision.pdf> (18.10.2022), S. 6, spricht gerade die mangelnde Definition konkreter Abwägungskriterien gegen die Einstufung als Rechtsprinzip.

werden.⁹² Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil – wie die hier besprochenen Entwicklungen im Energiebereich, aber auch die Erfahrungen im Bereich des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems zeigen – die Solidaritätsbereitschaft begrenzt ist.⁹³

Es bleibt abzuwarten, ob die mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden aber auch die Kommission in die von den Unionsgerichten geforderte Interessenabwägung eintreten.⁹⁴

D. Schlussbetrachtung

Der EuGH und das EuG bestätigen in ihren Urteilen vom 15. Juli 2021 und 10. September 2019 zunächst, dass es sich beim Solidaritätsprinzip um ein dem gesamten Unionsrecht zugrunde liegendes Verfassungsprinzip handelt.⁹⁵

Weit über den konkret zu entscheidenden Fall hinausreichende Bedeutung haben die besprochenen Entscheidungen dabei für den Bereich der EU-Energiepolitik: Während der konkrete Rechtsstreit in den Rechtssachen T-883/16 und C-848/19 P über eine primärrechtskonforme, ergänzende Auslegung des Art. 36 Abs. 1 lit. e GasRL in der bis Mai 2019 geltenden Fassung hätte gelöst werden können, stellen die Unionsgerichte fest, dass es sich beim Grundsatz der Energiesolidarität um eine bereichsspezifische Konkretisierung des Solidaritätsgrundsatzes handele, die primärrechtsunmittelbar Pflichten für sämtliche nationale und unionale Stellen begründet, sobald diese Befugnisse im Bereich der EU-Energiepolitik ausüben.

Bei diesen primärrechtsunmittelbaren Pflichten handelt es sich um prozedurale, auf die Energieinteressen der Union und der übrigen Mitgliedstaaten bezogene Rücksichtnahme-, Berücksichtigungs- und Abwägungsvorgaben. Die hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs und Adressatenkreises weitreichenden Pflicht-

92 Sölter, EuR 2022/1, S. 138; *Munchmeyer*, Worth the Wait? Energy Solidarity before the Court of Justice in Case C-848/19 P – Germany v Poland, EUJ, 8.9.2021, abrufbar unter: <https://fsr.eui.eu/worth-the-wait-energy-solidarity-before-the-court-of-justice-in-case-c-848-19-p-germany-v-poland/> (18.10.2022); skeptisch auch: *Boute*, CMLR 2020/3, S. 901, 910.

93 Erstaunlich zuversichtlich demgegenüber: *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2022/14, S. 997 ff.

94 Allgemein: *Boute*, CMLR 2020/3, S. 907: „there is a risk that EU and national decision-makers can largely pay lip service to the solidarity requirement“; *Munchmeyer*, Worth the Wait? Energy Solidarity before the Court of Justice in Case C-848/19 P – Germany v Poland, EUJ, 8.9.2021, abrufbar unter: <https://fsr.eui.eu/worth-the-wait-energy-solidarity-before-the-court-of-justice-in-case-c-848-19-p-germany-v-poland/> (18.10.2022), zur formalistischen Begründung in den Entscheidungen der Europäischen Kommission: C(2021) 3374 final und C(2020) 8377 final; Sölter, EuR 2022/1, S. 139, der es als kleinsten Schaden der besprochenen Entscheidungen ansieht, wenn sich Behörden der Interessenabwägung enthalten und sich auf eine „normativ entleerte Besinnungsprosa“ zurückziehen; vgl. auch BNetzA, Beschluss v. 21.6.2021, BK7-18-063-final, S. 48 ff., wo sich eine Abwägung erübrigt, weil schon keine negativen Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit einzelner Mitgliedstaaten zu erwarten seien.

95 Es ist folglich durchaus denkbar, dass die Unionsgerichte auch in weiteren Bereichen des Unionsrechts primärrechtsunmittelbare Pflichten der Mitgliedstaaten und der Unionsorgane aus dem Solidaritätsgrundsatz ableiten. Kritisch: Sölter, EuR 2022/1, S. 136.

ten, gepaart mit einem (bisher) fehlenden Abwägungsmaßstab für souveränitätssensible Energieentscheidungen, bergen Konfliktpotential.

Ob und in welchem Umfang es tatsächlich zu einer Verlagerung politischer Wertentscheidungen auf die Ebene nationaler und unionaler Verwaltungsentscheidungen kommt, bleibt abzuwarten.⁹⁶ Ebenso wird sich zeigen, inwiefern die primärrechtsunmittelbaren prozeduralen Pflichten Bedeutung für die Auslegung und Handhabung sekundärrechtlich verankerter Solidaritätsmechanismen über tatsächliche Beistandsleistungen erlangen.

Bibliographie

- ARNDT, FELIX, § 28a EnWG, in: Britz, Gabriele; Hellermann, Johannes; Hermes, Georg (Hrsg.), EnWG – Energiewirtschaftsgesetz, 3. Auflage, München, 2015
- BOUTE, ANATOLE, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline) Case T-883/16, Republic of Poland v. Commission (OPAL pipeline), Judgment of the General Court (First Chamber, Extended Composition) of 10 September 2019, EU:T:2019:567*, Common Market Law Review, 2020, Jahrgang 57, Heft 3, S. 889–914
- BRITZ, GABRIELE, *Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn*, Europarecht, 2006, Heft 1, S. 46–77
- CALLIESS, CHRISTIAN, Art. 4 EUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 6. Auflage, München 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN, Art. 194 AEUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 6. Auflage, München 2022
- CALLIESS, CHRISTIAN, Art. 222 AEUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 6. Auflage, München, 2022
- DÄUPER, OLAF, § 28a, in: THEOBALD, CHRISTIAN; KÜHLING, JÜRGEN (Hrsg.), Energierecht, Band 1, München, Stand: Januar 2022 (115. Ergänzungslieferung)
- FRANKE, PETER; SCHÜTTE, CHRISTIAN, § 21 *Energieregulierungsbehörden und behördliche Verfahren*, in: Schneider, Jens-Peter; Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch, 5. Auflage, München 2021

⁹⁶ Vgl. zu dieser möglichen, eine „Überfrachtung exekutiver Entscheidungen“ hervorrufenden Entwicklung: Sölter, EuR 2022/1, S. 130, 138 f.

- GAITANIDES, CHARLOTTE, *Art. 19 EUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht – EUV, AEUV, GRC*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- GUNDEL, JÖRG, *Der Grundsatz der Energiesolidarität als justiziable Vorgabe des europäischen Energierechts – Zugleich Bespr. von EuGH, Urt. v. 15.7.2021 – Deutschland/Polen (C-848/19 P)*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2021, Heft 17, S. 758–762
- GUNDEL, JÖRG, *Solidarität der Mitgliedstaaten bei Versorgungskrisen im Energiebinnenmarkt – Europäische Lösungsansätze für die Frage der Versorgungssicherheit*, *Recht der Energiewirtschaft*, 2019, Band 19, Heft 1, S. 1–8
- HELLER, HANS, *Neue Erdgasinfrastrukturen und Freistellung von der Regulierung – Ein legitimes Instrument der Investitionsförderung?*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2013
- KAHL, WOLFGANG, *Art. 4 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar*, 6. Auflage, München 2022
- KAUFHOLD, ANN-KATHRIN, *Gegenseitiges Vertrauen, Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, *Europarecht*, 2012, Jahrgang 47, Heft 4, S. 408–431
- KLOSKA, EWA, *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Europäischen Strafrecht*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2016
- KREUTER-KIRCHHOF, CHARLOTTE, *Europäische Energiesolidarität – Wege zur Vorbeugung und Bewältigung schwerer Energieversorgungskrisen in der EU*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2022, Heft 14, S. 993–998
- LAIS, MARTINA, *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2007
- LÜBBIG, THOMAS, *Solidarität energisch vertreten*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2021, Heft 17, S. 737–738
- MÜLLER, KRISTINA, *Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Mehrebenensystem der Europäischen Union* (im Erscheinen)
- NETTESHEIM, MARTIN, *Art. 194 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München, 75. Ergänzungslieferung, 2022
- THOLE, CHRISTIAN, § 28a *EnWG*, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Band 1, 4. Auflage, Frankfurt am Main, 2019
- SCHROEDER, WERNER, *Das Gemeinschaftsrechtssystem – Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 2002

SÖLTER, NICOLAS, *Abwägung ohne Maßstab – zum Grundsatz der Energiesolidarität – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 15.7.2021, Rs. C-848/19 P (OPAL)*, Europarecht, 2022, Heft 1, S. 130–140

VON BOGDANDY, ARMIN, *Grundprinzipien*, in: von Bogdandy, Armin; Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Bezüge*, 2. Auflage, Heidelberg u.a. 2009, S. 13 ff.

