
Die Vereinbarkeit des Ownership Unbundlings, des ISO und des ITO mit Art. 295 EG und dem Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum

Christian el Khoury*

Inhalt

A. Einleitung	264
B. Sinn und Zweck der Entflechtung von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen	266
I. Grundprinzipien der Rechtsakte im Elektrizitätssektor	267
II. Energiesektorspezifische Besonderheiten	267
C. Die „Unbundling“-Maßnahmen der Richtlinie 2003/54/EG	269
D. Stand des Wettbewerbs im Elektrizitätssektor	271
E. Die neue Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie des Rates und des Europäischen Parlaments	273
I. „Full Ownership Unbundling“ (OU)	274
II. „Independent System Operator“ (ISO)	275
III. „Independent Transmission Operator“ (ITO)	275
F. Rechtliche Realisierbarkeit des verschärften „Unbundling“-Regimes	277
I. Vereinbarkeit des OU, des ISO und des ITO mit dem Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum	278
1. Entwicklung des Gemeinschaftsgrundrechts durch den EuGH	278
2. Verletzung der Eigentumsfreiheit durch das OU	279
a) Schutzbereich	279
b) Eingriff	280
c) Schranken	282
3. Verletzung der Eigentumsfreiheit durch den ISO und den ITO	287
Heft 2 - 2009 - ZEuS	263

* Den Beitrag verfasste der Autor als Magisterarbeit zum Erwerb des LL.M. Seit März 2009 ist er als Assessor in der Rechtsabteilung der GRTgaz Deutschland tätig. Dieser Beitrag gibt ausschließlich persönliche Auffassungen des Verfassers wieder.

a) Schutzbereich	287
b) Eingriff	287
c) Schranken	288
4. Zwischenergebnis	290
II. Regelungskompetenz gemäß Art. 95 EG	290
III. Kompetenzausübungsschranke des Art. 295 EG	291
1. Standpunkt des EuGH	292
2. Streitstand in der Literatur	293
a) Weite Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung	293
b) Enge Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung	294
3. Stellungnahme	296
4. Zwischenergebnis	297
IV. Verstoß des Vorschlags gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz	297
G. Vierte Option: Freiwilliger Verkauf der Netze	298
H. Fazit	299

A. Einleitung

Der Energiebinnenmarkt im Umbruch: Der europäische Energiebinnenmarkt bleibt eine der sich am dynamischsten entwickelnden Industrien Europas. In kaum einem anderen Sektor ändern sich die rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen so rasant wie in der Energieindustrie.

Das von der Kommission im September 2007 vorgeschlagene dritte Richtlinienpaket zur Energiemarktliberalisierung wird nach zähem Ringen in Rat und Europäischem Parlament voraussichtlich noch im Juni oder Juli dieses Jahres in Kraft treten, wenn der Rat erwartungsgemäß dem zwischen ihm und dem Parlament ausgetauschten Kompromiss zustimmt. Die Mitgliedstaaten könnten dann zwischen drei „Unbundling“-Optionen wählen: Dem *Full Ownership Unbundling* (OU), dem *Independent System Operator* (ISO) und dem *Independent Transmission Operator* (ITO).

Nach Ansicht der Kommission sind die Entflechtungsmaßnahmen der zweiten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG zur Herstellung von mehr Wettbewerb nicht effizient genug. Im Januar 2007 stellte die Kommission ihre Sektoruntersuchung zum Stand des Wettbewerbs auf den europäischen Energiemarkten

vor,¹ in der sie bemängelt, dass nach wie vor kein effektiver Wettbewerb auf dem europäischen Energiesektor herrsche.²

Drittes Legislativpaket: Die Erkenntnisse aus der Sektoruntersuchung wurden in die „dritte Generation“ von Richtlinien zum Binnenmarkt für Elektrizität und Gas eingearbeitet, die die Kommission am 19. September 2007 vorstellte.³ In diesem dritten Legislativpaket zum Energiebinnenmarkt ist nunmehr ein Richtlinienvorschlag zur Änderung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG zur Verbesserung des Wettbewerbs auf dem europäischen Energiemarkt vorgesehen.

Den größten Effekt auf den Wettbewerb verspricht sich die Kommission vom *Ownership Unbundling*, also der eigentumsrechtlichen Trennung des Netzbetriebs von Produktion und Vertrieb. Als zweitbeste Lösung sieht die Kommission den *Independent System Operator* an, bei dem der Netzbetrieb auf einen unabhängigen Dritten übertragen wird, wobei das Eigentum an den Übertragungsnetzen bei dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbleibt. Damit solle der Prozess der Liberalisierung des Energiebinnenmarktes abgeschlossen werden.⁴

Voraussichtliche Änderungen des Kommissionsvorschlags: Dem Kompromiss zwischen Rat und Parlament gingen langwierige Verhandlungen voraus. Die Position der Befürworter des Kommissionsvorschlags wurde zunächst durch das Parlament gestärkt, welches in einer am 18. Juni 2008 in erster Lesung beschlossenen Stellungnahme zu dem Vorschlag sogar einen Verzicht auf die Option des ISO und die alternativlose Einführung des OU forderte.⁵ Nicht zuletzt weil dreizehn europäische Länder das OU bereits eingeführt haben,⁶ sprach sich eine Mehrheit der Delegationen im Rat auch für das OU aus.⁷ Frankreich, in dem *Électricité de France* in staatlicher Hand ist, bildete gemeinsam mit Deutschland die Front der Gegner gegen die Kommissionsvorschläge. Die Diskussion mündete in einem Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 9. Januar 2009,⁸ der den Vorschlag der Kommission abänderte. Dieser enthielt als Zugeständnis an die Gegner des Kom-

¹ Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM (2006) 851 endg.

² Pressemitteilung der KOM v. 10.1.2007, Memo/07/9.

³ Pressemitteilung der KOM v. 19.9.2007, IP/07/1361.

⁴ Ibid.

⁵ Abänderung 75 der Stellungnahme des EP v. 18.6.2008 zu dem Richtlinienvorschlag, T6-0294/2008.

⁶ Commission Staff working document accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas: Impact assessment, SEC(2007) 1179, S. 14: Tschechien, Dänemark, Finnland, Italien, die Niederlande, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Schweden und das Vereinigte Königreich. Pressemitteilung der KOM v. 10.1.2007, Memo/07/9.

⁷ Pressemitteilung des Europäischen Rates v. 6.6.2008, 10310/08 (Presse 162), S. 6.

⁸ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 8/2009 v. 9.1.2009, ABl. Nr. C 70 E v. 24.3.2009, S. 1.

missionsvorschlags die „dritte Option“. Neben OU und dem ISO sollte zusätzlich das Modell des *Independent Transmission Operators* eingeführt werden, bei dem Eigentum und Netzbetrieb bei den Energieversorgungsunternehmen verbleiben. Seine Ablehnung gegenüber dem ISO und dem ITO gab das Parlament allerdings in zweiter Lesung, als es am 23. April 2009 einem mit dem Rat ausgehandelten Kompromiss dem ISO und dem ITO als Alternativen zum OU zustimmte, wieder auf.⁹ Es wird nun erwartet, dass der Rat dem Kompromiss kurz vor oder nach der Sommerpause zustimmen wird und das dritte Legislativpaket damit in Kraft treten kann.

Rechtliche Bedenken gegen die Vorschläge: Die Vorschläge der Kommission haben in Deutschland eine kontrovers geführte Debatte über deren rechtliche Zulässigkeit ausgelöst. In der deutschen Fachliteratur zum Energierecht stoßen die Vorschläge der Kommission auf breite Ablehnung. Vorwiegend wird kritisiert, dass Art. 95 EG keine taugliche Kompetenzgrundlage darstelle. Zudem sei die Gemeinschaft an der Einführung des OU und des ISO wegen der Kompetenzausübungssperre des Art. 295 EG gehindert. Auch sei eine Enteignung der Energieversorgungsunternehmen oder das Modell des ISO mit dem Eigentumsgrundrecht unvereinbar. Besondere Brisanz erhalten die Vorschläge dadurch, dass es auf Gemeinschaftsebene praktisch keine Erfahrungen beim direkten Zugriff auf das Eigentum gibt. Auch der EuGH hat noch in keinem Fall eine entschädigungspflichtige Eigentumsbeschränkung angenommen. Mit dem Richtlinienentwurf betritt die Kommission also Neuland.

Ausgehend von dem zwischen Rat und Parlament ausgehandelten Kompromiss zu dem Richtlinievorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt untersucht der Beitrag die Vereinbarkeit des OU, des ISO und des ITO mit dem Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum. Ferner wird geprüft, ob Art. 295 EG eine Kompetenzausübungsschranke zu der Richtlinie darstellt.

B. Sinn und Zweck der Entflechtung von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen

Um die Rechtsakte und Instrumente zur Regulierung und Liberalisierung des Energiesektors nachvollziehen zu können, ist es erforderlich, sich die Grundprinzipien sowie die sektorspezifischen Besonderheiten dieser Industrie zu vergegenwärtigen.

⁹ Legislative Entschließung des EP v. 22.4.2009 zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der RL des EP und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, TA-0241/2009.

I. Grundprinzipien der Rechtsakte im Elektrizitätssektor

Die Rechtsakte der Gemeinschaft im Rahmen des Elektrizitätssektors haben im Wesentlichen die Verwirklichung von drei Grundprinzipien zum Ziel: Die Schaffung von mehr Wettbewerb, die Versorgungssicherheit und die Nachhaltigkeit.¹⁰ Die Energiepolitik der EU verfolgt daher das Ziel, die flächendeckende Energieversorgung zu niedrigen und stabilen Preisen sowie die Versorgungs- und Anlagensicherheit zu gewährleisten.¹¹ Diese Ziele stellen ein Schlüsselement bei der Schaffung von „Wachstum und Verbrauchervorteilen in der Europäischen Union“ dar.¹² Diese Prinzipien, die sich auch in der Rechtssetzung für andere Energieträger wie Gas, Kohle oder Kernenergie finden, sind der Ausgangspunkt der gemeinschaftlichen Rechtsakte. Die Kommission betrachtet die Versorgungssicherheit nicht mehr als rein nationale Angelegenheit, da insbesondere die Koordinierung der transeuropäischen Netze längst noch nicht gegeben sei.¹³ Gerade ein funktionierender Binnenmarkt trage zu steigenden Investitionen in die Netze bei und fördere so die Versorgungssicherheit und die Diversifizierung der Märkte.¹⁴

II. Energiesektorspezifische Besonderheiten

Um effektiven Wettbewerb im Energiebinnenmarkt herzustellen, ist es erforderlich, die Grundstruktur von leistungsgebundenen Industrien zu berücksichtigen.

Auf dem Elektrizitätsmarkt lassen sich drei Funktionsgruppen identifizieren: Die Produktion, die Übertragung in Hochspannungsnetzen und die Verteilung an die Letztverbraucher. Elektrizität ist eine Sekundärenergieform, die aus primären Energieträgern gewonnen wird. Die Produzenten von Elektrizität stellen den Strom daher in Kraftwerken aus solaren Energieträgern (wie z.B. Kohle, Gas, Öl oder Photovoltaik) oder nicht solaren Energieträgern (wie z.B. Kernkraft) her und speisen ihn in die Übertragungsnetze ein. Die Betreiber der Übertragungsnetze leiten den Strom durch Hochspannungsnetze an die regionalen Verteiler weiter. Diese beliefern in regionalen Niederspannungsnetzen (Verteilungsnetzen) die Endkunden. Im Gegensatz zu Gas kann Strom nicht gespeichert werden. Daher ist ein System erforderlich, in dem die Produktion flexibel variiert werden kann und die angebotene Strommenge stets mit der Nachfrage übereinstimmt.¹⁵ Die Betreiber der Übertragungsnetze haben daher die Aufgabe, das Angebot stets der Nachfrage an-

¹⁰ KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 3, Rdnr. 6.

¹¹ *Mickel/Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 3. Aufl. 2005, Energiepolitik, Rdnr. 2.

¹² KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 1.

¹³ *Ibid.*, S. 5.

¹⁴ Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2006) 841 endg., S. 4 f.

¹⁵ *Grunwald*, Das Energierrecht der europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 377 f.

zupassen, um so bei Spitzenlasten die Kapazitäten hochzufahren oder in Nebenzeiten die Leistung zu verringern.¹⁶

Vor der Liberalisierung wurden Monopole auf dem Energiemarkt als Garant zur Verwirklichung von Versorgungssicherheit und Marktstabilität angesehen. Die nationalen Märkte waren ursprünglich weitgehend abgeschottet und innerhalb der Staaten regional aufgeteilt. Da die Energieversorgungsunternehmen ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Leitungsnetzen verweigern konnten, war die Entstehung von Wettbewerb nicht möglich. Durch die Abschottung der Energiemärkte und dem damit verbundenen geringen Wettbewerbsdruck waren nicht Verbrauchsentscheidungen, sondern Engpässe in der Primärenergieversorgung entscheidend für die Preisgestaltung.¹⁷ Zudem war die Energiepolitik rein von nationalen Interessen geprägt. Um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, waren vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen ausdrücklich erwünscht, da durch die Bündelung sämtlicher Wertschöpfungsstufen in einem Konzern eine effiziente Koordinierung von Produktion und Konsum erwartet wurde. Auch heute wird noch die Ansicht vertreten, dass nur vertikal integrierte Unternehmen die komplexe Koordinierung zwischen Einspeisung und Ausspeisung effektiv vornehmen könnten.¹⁸ Der Übergang zu einem von Wettbewerb geprägten Markt gestaltet sich durch die starke Verflechtung der vertikal integrierten Unternehmen als besonders schwierig, da sich die gewachsenen Strukturen bisher kaum aufbrechen ließen.

Effektiver Wettbewerb in netzgebundenen Industrien ist aber nur dann möglich, wenn Dritten ein allgemeiner und diskriminierungsfreier Zugang zum Netz gewährt wird. Einem dritten Stromanbieter ist es nur dann möglich, Strom an Letztverbraucher anzubieten, wenn er die Möglichkeit hat, diesen vom Kraftwerk bis zum Verbraucher zu transportieren. Da Dritte über kein eigenes Netz verfügen und es wirtschaftlich sinnlos wäre, parallele Infrastrukturen aufzubauen, sind sie auf den Netzzugang bei einem Netzbetreiber angewiesen. Die Eigentümer der Übertragungs- und Verteilernetze sind jedoch regelmäßig vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen,¹⁹ die in mindestens zwei der drei Hauptfunktionsgruppen des Elektrizitätsmarktes tätig sind. Unternehmen, die neben dem Netzbetrieb zusätzlich in Produktion und Vertrieb der Energie aktiv sind, haben naturgemäß kein Interesse daran, Wettbewerbern auf der Vertriebsstufe Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. In den Elektrizitäts- oder Gasmärkten verfügen Unternehmen, die sowohl die Produktion als auch die Durchleitung kontrollieren, über ein natürliches Monopol und damit die Möglichkeit, den Zugang Dritter zu

¹⁶ Ibid., S. 403 ff.

¹⁷ *Rayermann/Loibl*, Energerecht, 2003, S. 23.

¹⁸ *Börner*, Zum Umfang der Trennung von Netz und Betrieb bei Strom und Gas, VW 2007, S. 126.

¹⁹ Im Sinne des Art. 2 RL 2003/54/EG.

ihren Netzen zu behindern.²⁰ Damit besteht die Gefahr der Präferenz der eigenen Produzenten durch die Netzbetreiber.²¹

C. Die „Unbundling“-Maßnahmen der Richtlinie 2003/54/EG

Die Entflechtungsmaßnahmen der Richtlinie 2003/54/EG erlegen den Energieversorgungsunternehmen Beschränkungen im Hinblick auf Nutzung und Organisation ihrer Unternehmen auf, damit Dritte diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen erhalten und ein funktionierender Wettbewerb realisiert werden kann. Nachfolgend wird ein kurzer Überblick über das gegenwärtige „Unbundling“-Regime der Richtlinie 2003/54/EG gegeben sowie auf zu erwartende Änderungen in der neuen Richtlinie hingewiesen.

Um den Zugang Dritter zu gewährleisten, ist den Betreibern der Übertragungsnetze jede Form von Diskriminierung gegenüber den Netznutzern untersagt.²² Der Zugang erfolgt über den geregelten Netzzugang aufgrund veröffentlichter und genehmigter Tarife.²³ Damit soll ein diskriminierungsfreier Zugang zum Netz sichergestellt werden.²⁴ Ziel der bisherigen „Unbundling“-Vorschriften ist es daher, selbstständige Netzbetreiber zu schaffen, die ihre Infrastruktur allen Wettbewerbern gleichberechtigt anbieten und nicht die eigene Muttergesellschaft bevorzugen.²⁵

Rechnungslegerische Entflechtung: Die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind verpflichtet, eine mindestens rechnungslegerische Trennung von Stromerzeugung, -übertragung und -verteilung vorzunehmen.²⁶ Diese Maßnahme²⁷ dient der Sicherung der Transparenz, einer effektiveren Entgeltregulierung sowie der Kontrolle von Quersubventionen. Die Energieversorgungsunternehmen müssen daher spartengetrennte Konten für Übertragung, Erzeugung und

²⁰ KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 5 f.

²¹ *Lecheler/Gundel*, Ein weiterer Schritt zur Vollendung des Energie-Binnenmarktes, EuZW 2003, S. 626.

²² Art. 9 lit. e) RL 2003/54/EG bzw. Art. 12 lit. e) Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

²³ Art. 20 RL 2003/54/EG bzw. Art. 31 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

²⁴ *Angemendi*, Entflechtungsvorhaben in Netzwerkindustrien, N&R 2007, S. 137.

²⁵ *Pießkalla*, Die Kommissionsvorschläge zum „full ownership unbundling“ des Strom- und Gasversorgungssektors im Lichte der Eigentumsneutralität des EG-Vertrags, EuZW 2008, S. 199.

²⁶ Art. 19 RL 2003/54/EG bzw. Art. 30 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

²⁷ Die Vorgabe der RL ist in § 10 EnWG umgesetzt.

Verteilung des Stroms führen.²⁸ Die Bilanz muss ebenfalls für jede Stufe der Wertschöpfungskette getrennt ausgewiesen werden.²⁹

Informationelle Entflechtung: Die informationelle Entflechtung³⁰ bezweckt die Verhinderung von unzulässigem Informationsaustausch zwischen dem Konzern und dem mit ihr verbundenen Netzbetreiber, der ihnen Vorteile gegenüber anderen Wettbewerbern auf den vor- und nachgelagerten Märkten verschaffen würde.³¹ Der Netzbetreiber muss daher wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich behandeln. Informationen, die der Netzbetreiber offen gelegt hat, sind allen Wettbewerbern zugänglich zu machen. Die neue Richtlinie konkretisiert die Vertraulichkeitsanforderungen an die Netzbetreiber zudem dahingehend, dass wirtschaftlich sensible Daten nicht an andere Teile des Unternehmens weitergegeben werden dürfen (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Richtlinien-Kompromiss³²).

Organisatorische Entflechtung: Hinsichtlich der organisatorischen Entflechtung ergeben sich die größten Unterschiede gegenüber der bisherigen Regelung. Artikel 10 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG bestimmt, dass der Übertragungsnetzbetreiber hinsichtlich seiner Rechts- und Organisationsform sowie seiner Entscheidungsgewalt von den übrigen Tätigkeitsbereichen, die nicht mit der Übertragung zusammenhängen, unabhängig sein muss. Das heißt, dass Produktion und Vertrieb des Mutterkonzerns keinen Einfluss auf den Netzbetreiber ausüben dürfen. Über Maßnahmen, die den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes betreffen, kann der Netzbetreiber selbst dann unabhängig entscheiden, wenn dadurch Vermögenswerte des integrierten Unternehmens betroffen sind.³³ Die Einflussnahme des integrierten Unternehmens auf den laufenden Netzbetrieb sowie auf bauliche Maßnahmen ist grundsätzlich unzulässig, es sei denn, diese ist erforderlich, um berechtigte Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens wahrzunehmen. Um die Rentabilität der investierten Mittel zu gewährleisten, kann das Energieversorgungsunternehmen aber allgemeine Verschuldensobergrenzen festlegen.³⁴

Die neue Richtlinie sieht nun noch einschneidendere Maßnahmen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Netzbetreibers vor. Soweit ein Mitgliedstaat das

²⁸ Schmidt-Preuß, Der Wandel der Energiewirtschaft vor dem Hintergrund der europäischen Eigentumsordnung, EuR 2006, S. 481.

²⁹ Börner, (Fn. 18), S. 127.

³⁰ Die Vorgabe der RL ist in § 9 EnWG umgesetzt.

³¹ Art. 12 RL 2003/54/EG bzw. Art. 16 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

³² Nicht näher gekennzeichnete Artikel sind solche der Legislativen Entschließung des EP, (Fn. 9).

³³ Die Vorgabe der RL ist in § 8 EnWG umgesetzt.

³⁴ Storr, Die Vorschläge der Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, EuZW 2007, S. 233.

OU gewählt hat, erübrigen sich Regelungen zur organisatorischen Entflechtung. Die Maßnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit des ISO und des ITO werden weiter unten dargestellt.

Gesellschaftsrechtliche Entflechtung: Um den innerbetrieblichen Zugriff des Energieversorgungsunternehmens auf den Netzbetrieb auszuschließen, bestand bislang nur die Verpflichtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen, die mit ihnen verbundenen Netzbetreiber in eigene Gesellschaften auszugliedern (Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG³⁵). Der Netzbetreibergesellschaft wird entweder das Eigentum oder der Besitz an den Netzen übertragen.³⁶ Soweit sich ein Mitgliedstaat gemäß der neuen Richtlinie zur Einführung des OU entschließt, bestünde dann die Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, das Übertragungsnetz zu veräußern. Soweit der ISO oder ITO eingeführt werden, würde es bei der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Trennung bleiben.

D. Stand des Wettbewerbs im Elektrizitätssektor

Zuletzt hat die Kommission Mitte März 2009 auf die schwerwiegenden Störungen bei der Entwicklung des Wettbewerbs im europäischen Energiesektor hingewiesen.³⁷ Die Ziele der zweiten Richtliniengeneration, den Preiswettbewerb zu steigern und die Wahlfreiheit der Verbraucher zu stärken, seien nicht erreicht worden.³⁸ Die bisherigen „Unbundling“-Maßnahmen hätten nicht zu einer effektiven Entflechtung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen geführt.³⁹

Nach wie vor zeichnet sich der Energiebinnenmarkt durch eine zu hohe Konzentration aus.⁴⁰ Die großen Energieversorgungsunternehmen haben über Jahre hinweg ihre marktbeherrschende Stellung gefestigt und ausgebaut.⁴¹ Da die meisten Konzerne mehr als eine der drei Funktionsgruppen kontrollieren, können sie den Netzzugang Dritter behindern oder erschweren. Die Marktstärke der großen vier Energieversorgungsunternehmen in Deutschland (E.ON, RWE, Vattenfall, EnBW)

³⁵ Die Vorgabe der RL ist in § 9 EnWG umgesetzt.

³⁶ *Börner*, (Fn. 18), S. 130.

³⁷ Bericht über die Fortschritte bei der Verwirklichung des Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM (2009) 115 endg.

³⁸ KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 2.

³⁹ Erwägungsgrund 6 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528 endg.

⁴⁰ KOM (2009) 115 endg., (Fn. 37), S. 6.

⁴¹ *Lévèque*, Antitrust Enforcement in the Electricity and Gas Industries: Problems and Solutions for the EU, Electricity Journal 2006, S. 27 ff.

verhindert die Entstehung eines effektiven Wettbewerbs. Diese produzieren nahezu 90 % der Nettostrommenge und kontrollieren 95 % der Höchstspannungs- und circa 70 % der Hoch- und Niederspannungsnetze.⁴² In ihrem Abschlussbericht hat die Kommission zwar gewisse Fortschritte durch die Liberalisierung anerkannt, allerdings zeichneten sich die Energiemarkte durch Marktkonzentration, vertikale Abschottung und fehlende Transparenz aus.⁴³ Die Kommission stellt zudem fest, dass sich die steigenden Strom- und Gaspreise nicht durch höhere Primärbrennstoffpreise oder Umweltauflagen erklären lassen.⁴⁴

Die Marktstellung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ermöglichte es diesen, den Markt für neue Energieanbieter zu verschließen. Die gesellschaftsrechtlichen „Unbundling“-Maßnahmen hätten zwar dazu geführt, dass die Energieversorgungsunternehmen ihre Netze nunmehr von Netzbetreibergesellschaften in Form von GmbH betreiben lassen. Deren Geschäftsführung ist aber gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden, so dass die Netzbetreiber tatsächlich nicht unabhängig vom Mutterkonzern agieren können.⁴⁵ Zudem ist anzunehmen, dass sich die Geschäftsführer der Netzesellschaften zunächst der Gewinnmaximierung des Mutterkonzerns verpflichtet fühlen. Diese Situation führt dazu, dass vertikal integrierte Unternehmen den Netzzugang Dritter behindern und ihre nationalen Märkte auf diese Weise abschotten können. Der Netzzugang Dritter werde häufig auch dadurch behindert, dass der Netzeigentümer Kapazitäten horte und so den Zugang zum Markt verhindere.⁴⁶ Ferner sei nicht gewährleistet, dass wirtschaftlich sensible Informationen nicht vom Netzbetreiber an das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen weitergeleitet würden, da es an der erforderlichen Transparenz fehle. Die Kommission bemängelt, dass die Netze der Energieversorgungsunternehmen vor allem den strategischen Interessen des Unternehmens dienten.⁴⁷ Dritte hätten daher nach wie vor keinen diskriminierungsfreien Zugang zu Informationen.⁴⁸

Darüber hinaus hätten die Energieversorgungsunternehmen kein Interesse an einem Ausbau ihrer Netze, da dies bedeuten würde, dass die frei gewordenen Kapazitäten auch Wettbewerbern zur Verfügung gestellt werden müssten.⁴⁹ Von dem grenzüberschreitenden Energiehandel gehe zudem noch kein ernstzuneh-

⁴² BKartA, 16. Hauptgutachten der Monopolkommission 2004/2005, BT-Ds. 16/2460, S. 522.

⁴³ KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 13 ff.

⁴⁴ Ibid., S. 2.

⁴⁵ *Pießkalla*, (Fn. 25), S. 199.

⁴⁶ KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 6, Rdnr. 19.

⁴⁷ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), S. 5.

⁴⁸ KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 11.

⁴⁹ SEC (2007) 1179, (Fn. 6), S. 14.

mender Wettbewerbsdruck aus, da es an Verbindungskapazitäten und Investitionsanreizen fehle.⁵⁰ Die Netze arbeiteten nahe am physikalischen Limit, was die Wahrscheinlichkeit von Stromausfällen erhöhe. Mit Investitionen von lediglich 200 Mio. Euro jährlich werde nicht ausreichend in die grenzüberschreitenden Übertragungsleitungen investiert.⁵¹

Nach Ansicht der Kommission seien unabhängige Netzbetreiber eher bereit, in ihre Netze zu investieren.⁵² Diese hätten im Gegensatz zu vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ein Interesse daran, ihre Kapazitäten auszubauen, um möglichst vielen Wettbewerbern Zugang zu ihren Netzen zu ermöglichen. Dadurch würde der grenzüberschreitende Zusammenschluss von Netzbetreibern gefördert werden. Dies würde auch dazu führen, dass der Markt weniger streng reguliert werden müsste.⁵³ In den Ländern, die das OU eingeführt haben, habe ein positiver Effekt auf den Wettbewerb festgestellt werden können.⁵⁴

E. Die neue Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie des Rates und des Europäischen Parlaments

In dem ursprünglichen Richtlinien-Vorschlag zur Abänderung der geltenden Richtlinie 2003/54/EG hat sich die Kommission für eine Verschärfung der Maßnahmen zur Herstellung von Wettbewerb im Energiesektor mit dem Ziel ausgesprochen, „einen vollständigen Binnenmarkt mit freiem Wettbewerb und effizienter Regulierung bis Januar 2009“ zu verwirklichen.⁵⁵ Die Kommission hat zunächst zwei Modelle vorgeschlagen: Das OU und den ISO, wobei sie eine klare Präferenz für das OU hat. Auf Druck der Gegner der Kommissionsvorschläge ist nun noch die dritte Option, der ITO, hinzugekommen.

Da zu erwarten ist, dass der Rat den zwischen ihm und dem Parlament gefundenen Kompromiss⁵⁶ kurz vor oder nach der Sommerpause unverändert billigen wird, ist davon auszugehen, dass es sich bei der vom Parlament am 22. April 2009 verabschiedeten Fassung um diejenige handelt, in der die Richtlinie in Kraft tre-

⁵⁰ KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 7.

⁵¹ Vorrangiger Verbundplan, KOM (2006) 846 endg., S. 5.

⁵² KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), Erwägungsgrund 7.

⁵³ KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 11.

⁵⁴ SEC (2007) 1179, (Fn. 6), S. 22: Tschechien, Dänemark, Finnland, Italien, die Niederlande, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Schweden und das Vereinigte Königreich.

⁵⁵ Pressemitteilung der KOM v. 10.1.2007, Memo/07/9.

⁵⁶ Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

ten wird. Nachfolgend werden die drei Varianten anhand des Richtlinienkompromisses und unter Berücksichtigung des ursprünglichen Richtlinienvorschlags der Kommission sowie des Gemeinsamen Standpunktes des Rates vorgestellt.

I. „Full Ownership Unbundling“ (OU)

In Mitgliedstaaten, die sich für das OU entscheiden werden, ist es vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen künftig untersagt, neben Produktion und Versorgung von Elektrizität zusätzlich auch das Eigentum an Übertragungsnetzen zu halten.⁵⁷ Zudem müssen die Betreiber der Übertragungsnetze zugleich auch die Eigentümer der Netze sein.⁵⁸ Dieselben Personen, die ein Unternehmen kontrollieren, das eine Funktion in der Erzeugung oder Versorgung wahnimmt, dürfen nicht zugleich mittelbar oder unmittelbar Kontrolle über einen Übertragungsnetzbetreiber oder ein Übertragungsnetz ausüben. Dasselbe gilt auch für den umgekehrten Fall, nämlich den, dass natürliche oder juristische Personen, die die Übertragungsnetze kontrollieren, nicht gleichzeitig mittelbar oder unmittelbar in der Produktion oder der regionalen Verteilung tätig sein dürfen.⁵⁹ Zudem darf nicht dieselbe Person gleichzeitig im Aufsichts- oder Verwaltungsrat oder in den zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organen eines Übertragungsnetzbetreibers oder eines Übertragungsnetzes tätig sein und Kontrolle über ein Unternehmen ausüben, welches in der Erzeugung oder Verteilung tätig ist.⁶⁰ Artikel 2 Nr. 34 definiert die Kontrolle über ein Unternehmen als die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben. Im Richtlinienvorschlag der Kommission sollte dies auch bei der Innehabung einer Sperrminorität der Fall sein.⁶¹ Mit dieser Forderung konnte sich die Kommission allerdings nicht durchsetzen. Energieversorgungsunternehmen sind daher nicht daran gehindert, Minderheitsbeteiligungen an Übertragungsnetzbetreibern zu halten.⁶² Auch eine Mitgliedschaft im Aufsichts- und Verwaltungsrat ist diesen Personen verboten.

Gemäß dem neu eingefügten Art. 9 Abs. 6 gilt die eigentumsrechtliche Entflechtung bei staatlichen Unternehmen als erfüllt, wenn es zwei von einander getrennte öffentlich-rechtliche Stellen gibt, die einerseits einen Übertragungsnetzbetreiber und andererseits ein Unternehmen in der Erzeugung oder Versorgung kontrollieren. Damit soll das OU auch innerhalb öffentlicher Unternehmen vollzogen werden können.

⁵⁷ Ibid., Art. 9.

⁵⁸ Ibid., Art. 9 Abs. 1 lit. a).

⁵⁹ Ibid., Art. 9 Abs. 1 lit. b) i).

⁶⁰ Ibid., Art. 9 Abs. 1 lit. c).

⁶¹ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), Erwägungsgrund 7.

⁶² Erwägungsgrund 8 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

II. „Independent System Operator“ (ISO)

Ein Mitgliedstaat kann entscheiden, alternativ zum OU einen unabhängigen Netzbetreiber zu benennen.⁶³ Das Eigentum an den Netzen verbleibt bei dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, während der Betrieb des Übertragungsnetzes von einem unabhängigen Unternehmen übernommen wird. Im Gegensatz zum operationellen *Unbundling* gemäß Art. 10 Richtlinie 2003/54/EG sind die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Netzbetreibers aber noch stärker ausgeprägt. Dies soll dadurch geschehen, dass dem ISO umfassende Nutzungsrechte an den Netzen eingeräumt werden. Ferner müssten diese personell vollständig von den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen getrennt werden.⁶⁴ Der Eigentümer der Netze erhält ein festgesetztes Entgelt für die Übertragung der Nutzung auf das andere Unternehmen. Der ISO ist allein für die Gewährung des Zugangs Dritter verantwortlich (Art. 13 Abs. 4). Der Eigentümer ist gemäß Art. 13 Abs. 5 lit. b) verpflichtet, die vom ISO beschlossenen und von der Regulierungsbehörde genehmigten Investitionen zu finanzieren oder seine Zustimmung zur Finanzierung durch eine dritte Partei zu erteilen. Zur Erleichterung der Finanzierung sind Garantien zu stellen (Art. 13 Abs. 5 lit. d)). Die Finanzierungsvereinbarungen unterliegen der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Artikel 14 enthält zudem Bestimmungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des ISO, die denjenigen des organisatorischen *Unbundlings* entsprechen.

Bei der Umsetzung kommen verschiedene Modelle in Betracht. Eine Variante ist das Pachtmodell. Der unabhängige Netzbetreiber würde dann mit dem Eigentümer einen Pachtvertrag abschließen. Dies könnte vor allem deshalb problematisch werden, weil eine vollständige Unabhängigkeit des Netzbetreibers nicht unbedingt gewährleistet ist. Das Pachtverhältnis würde es dem Eigentümer nach wie vor ermöglichen, einen bestimmten Einfluss auf den Betreiber auszuüben.⁶⁵

III. „Independent Transmission Operator“ (ITO)

Den Bedenken im Hinblick auf die Reichweite, den Zeitplan, die Durchsetzbarkeit des OU sowie die Wahrung der finanziellen Interessen der Energieversorgungsunternehmen wurde zunächst in dem Kompromissvorschlag der slowenischen Ratspräsidentschaft Rechnung getragen.⁶⁶ Wichtigste Änderung ist, dass die Mitgliedstaaten nun die Möglichkeit haben, eine dritte Option, den *Independent*

⁶³ Ibid., Art. 9 Abs. 8 Satz 2 lit. a).

⁶⁴ Säcker, Das neue „institutionelle Design“ des Independent System Operator, et 2007, S. 89.

⁶⁵ Storr, (Fn. 34), S. 234.

⁶⁶ Pressemitteilung des Europäischen Rates v. 6.6.2008, 10310/08 (Presse 162), S. 6 f.

Transmission Operator (ITO), einzuführen.⁶⁷ Das Modell des ITO steht nunmehr sowohl für den Elektrizitäts- als auch für den Gassektor zur Verfügung.⁶⁸ Im Gegensatz zu dem vorgenannten OU und dem ISO verbleiben sowohl Eigentum als auch der Netzbetrieb beim vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. Der Richtlinienkompromiss enthält gleichwohl detaillierte Regelungen zur Sicherstellung weitgehender Unabhängigkeit und Kontrolle des Übertragungsnetzbetreibers.

Um die Unabhängigkeit des ITO zu gewährleisten, sieht der Richtlinienkompromiss in Art. 18 Abs. 1 lit. a) vor, dass der Übertragungsnetzbetreiber wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf Vermögenswerte hat, die für Betrieb, Wartung oder Ausbau des Netzes relevant sind. Zudem kann er sich hierfür auch Geld auf dem Kapitalmarkt in Form von Darlehen beschaffen. Ferner bedürfen sämtliche kommerziellen und finanziellen Vereinbarungen des Übertragungsnetzbetreibers mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.⁶⁹

Zur Vermeidung von Interessenkonflikten muss der Übertragungsnetzbetreiber über alle personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen verfügen, die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlich sind (Art. 17 Abs. 1).

Der Übertragungsnetzbetreiber ist verpflichtet, einen diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewährleisten.⁷⁰ Ferner ist es dem Energieversorgungsunternehmen untersagt, den ITO bei der Erfüllung seiner Pflichten zu behindern.⁷¹

Besondere Bedeutung kommt dem obligatorischen Aufsichtsrat des Übertragungsnetzbetreibers zu. Dieser setzt sich aus Vertretern des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, Vertretern von dritten Anteilseignern und gegebenenfalls Arbeitnehmervertretern zusammen.⁷² Mindestens die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder abzüglich eines Mitglieds müssen sich unter Berücksichtigung der oben dargestellten Regeln zur Unabhängigkeit der Unternehmensleitung des Übertragungsnetzbetreibers (Art. 20 Abs. 3) zusammensetzen.

Der Aufsichtsrat trifft „Entscheidungen im Zusammenhang mit der Genehmigung des jährlichen Finanzplans, der Höhe der Verschuldung des Übertragungsnetzbetreibers und der Höhe der an die Anteilseigner auszuzahlenden Divi-

⁶⁷ Kompromissvorschlag des Ratspräsidenten v. 3.6.2008, ENER 165 CODEC 667, 9968/08, S. 2.

⁶⁸ Ibid., S. 2 f.

⁶⁹ Art. 18 Abs. 7 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

⁷⁰ Ibid., Art. 18 Abs. 5.

⁷¹ Ibid., Art. 18 Abs. 9.

⁷² Ibid., Art. 20 Abs. 2.

denden“. Das Aufsichtsorgan hat aber keine Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der laufenden Geschäfte und der Aufstellung des Entwicklungsplans.⁷³

Das Personal und das Management des Übertragungsnetzbetreibers müssen vom Eigentümer unabhängig sein. Personalentscheidungen über die Ernennung oder die Vergütung des Managements des Übertragungsnetzbetreibers werden vom Aufsichtsrat getroffen.⁷⁴ Damit haben die Eigentümer zumindest ein Mitspracherecht bei der Auswahl des ITO-Managements. Führungskräfte und Mitglieder des Aufsichtsrats dürfen erst nach einer „Karenzzeit“ von vier Jahren in ein anderes Konzernunternehmen wechseln.⁷⁵

Der ITO ist zudem verpflichtet ein Gleichbehandlungsprogramm aufzustellen, welches von einem Gleichbehandlungsbeauftragten überwacht wird.⁷⁶ Damit sollen diskriminierende Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Zur Erfüllung seiner Pflicht ist dem Gleichbehandlungsbeauftragten Zugang zu allen einschlägigen Daten und den Geschäftsräumen des ITO zu gewähren.⁷⁷

Die Regulierungsbehörde soll ferner gemäß Art. 22 kontrollieren, ob der zehnjährige Netzwerk-Entwicklungsplan des ITO mit dem gemeinschaftsweiten Plan im Einklang steht.

F. Rechtliche Realisierbarkeit des verschärften „Unbundling“-Regimes

Im Folgenden wird zunächst eine Verletzung des Gemeinschaftsgrundrechts auf Eigentum und sodann das Vorliegen einer tauglichen Kompetenzgrundlage sowie die möglicherweise entgegenstehende Kompetenzausübungsschranke des Art. 295 EG geprüft. Dies ist erforderlich, um eine unübersichtliche Inzidentprüfung zu vermeiden, da einige der zur Reichweite des Art. 295 EG vertretenen Ansichten danach differenzieren, ob eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt. Dies müsste dann bei der Darstellung der verschiedenen Ansichten jeweils erörtert werden. Daher bietet es sich an, zuvor festzustellen, ob, und wenn ja, wie die Eigentumsfreiheit verletzt ist.

⁷³ Ibid., Art. 20 Abs. 1.

⁷⁴ Ibid., Art. 19 Abs. 1.

⁷⁵ Ibid., Art. 19 Abs. 7.

⁷⁶ Ibid., Art. 21 Abs. 1.

⁷⁷ Ibid., Art. 21 Abs. 10.

I. Vereinbarkeit des OU, des ISO und des ITO mit dem Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum

Die Liberalisierung des Elektrizitätssektors ist häufig mit Eingriffen in die Eigentumsrechte der Energieversorgungsunternehmen verbunden. Es stellt sich damit die Frage nach den Grenzen der EG-Rechtssetzung und ab wann ein Eingriff der Gemeinschaft in das Privateigentum nicht mehr mit der Erreichung von wichtigen Gemeinschaftszielen gerechtfertigt werden kann. Das OU, der ISO und der ITO haben zwangsläufig Auswirkungen auf die Individualrechte der betroffenen Netzeigentümer, da sie entweder verpflichtet werden sollen, ihre Netze zu verkaufen oder einem unabhängigen Netzbetreiber zu überlassen oder das Modell des ITO umzusetzen. Diese Maßnahmen stehen in einem Spannungsverhältnis zu dem Grundrecht auf Eigentum der betroffenen Energieversorgungsunternehmen.

Das Grundrecht auf Eigentum hat eine zentrale Bedeutung in marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnungen. Es ist durch eine Ausschlussfunktion gekennzeichnet, die dem Inhaber das Recht gibt, es exklusiv zu nutzen und anderen die Nutzung zu untersagen. Der Eigentümer ist somit frei in der Nutzung seines Eigentums und der Verfügung darüber. Daneben hat das Eigentum auch eine Anreizfunktion. Nur wenn der Eigentümer darauf vertrauen kann, dass ihm für die Investitionen, die er tätigt, ein Gewinn als Prämie für das übernommene Risiko verbleibt, wird er bereit sein, finanzielle Risiken einzugehen. Investitionen sind die Grundlage für technischen Fortschritt und wirtschaftliches Wachstum und dienen damit auch der Versorgungssicherheit. Da das Eigentum den „Transmissionsriemen für Wachstum und Investition“ in einer Marktwirtschaft bildet, darf dessen Bestand und Wirkkraft nicht leichtfertig in Frage gestellt werden.⁷⁸

Im Folgenden wird die Entwicklung des Gemeinschaftsgrundrechts auf Eigentum durch den EuGH skizziert. Im Anschluss daran wird erörtert, ob die Eigentumsfreiheit durch das OU, den ISO oder das Modell des ITO verletzt ist.

1. Entwicklung des Gemeinschaftsgrundrechts durch den EuGH

Nach dem „Solange I“-Beschluss des BVerfG⁷⁹ erkannte der EuGH in der Rechtsache *Stauder* erstmals das Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum an.⁸⁰ In einer Reihe weiterer Entscheidungen wurde dessen Umfang und Schutzbereich weiter konkretisiert.

Der EuGH hat die Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannt. Diese ergeben sich aus den gemeinsamen Verfas-

⁷⁸ Schmidt-Preuß, (Fn. 28), S. 465.

⁷⁹ BVerfGE 37, 271, *Solange I*.

⁸⁰ EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*, Slg. 1969, 419, Rdnr. 7.

sungstraditionen der Mitgliedstaaten, die alle den Schutz des Eigentums verfassungsrechtlich verankert haben.⁸¹ Ferner ist die EU gemäß Art. 6 Abs. 2 EU verpflichtet, die Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie sie sich aus der EMRK ergeben, zu achten.⁸² Das Eigentumsrecht bindet die Union sowie die Mitgliedstaaten, soweit diese Gemeinschaftsrecht durchführen.⁸³ Die Europäische Gemeinschaft verfügt immer noch über keinen eigenen Grundrechtskatalog.⁸⁴ Die Europäische Grundrechtecharta (GRCh) ist als Rechtserkenntnisquelle anerkannt, ohne jedoch rechtsverbindlich zu sein.⁸⁵ Dies wird sich jedoch mit dem Vertrag von Lissabon ändern. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EU-Entwurf soll die Europäische Grundrechtecharta für die Gemeinschaft Verbindlichkeit erlangen.⁸⁶ Damit wird auch der in Art. 17 GRCh verankerte Eigentumsschutz für die Gemeinschaft verbindlich.⁸⁷

2. Verletzung der Eigentumsfreiheit durch das OU

Der EuGH prüft die Grundrechtsverletzung in drei Schritten: Ist der Schutzbereich eröffnet? Liegt ein Eingriff vor? Und kann dieser gerechtfertigt werden?⁸⁸ Zu prüfen ist, ob Art. 9, der das OU vorschreibt, einen gerechtfertigten Eingriff in das Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum darstellt.

a) Schutzbereich

Bei der Definition des Schutzbereichs kann maßgeblich auf Art. 17 GRCh sowie Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK zurückgegriffen werden.⁸⁹ Der sachliche Schutzbereich des gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsbegriffs umfasst jedes vermögenswerte Recht, das dem Einzelnen so zugeordnet ist, dass er es in eigenver-

⁸¹ EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 17 ff.

⁸² *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 6 EU, Rdnr. 18.

⁸³ *Jarass*, EU-Grundrechte, 1. Aufl. 2005, S. 257, Rdnr. 1.

⁸⁴ *Bitterlich*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 6 EU, Rdnr. 4.

⁸⁵ *Kingreen*, Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, S. 858 f.; *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 6 EU, Rdnr. 12.

⁸⁶ Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 19.

⁸⁷ Der gescheiterte Entwurf über eine Verfassung für Europa sah in Teil II eine Kodifizierung der EU-Grundrechtecharta vor. Art. 17 GRCh wäre danach in den inhaltsgleichen Art. II-77 EUVerfE überführt worden.

⁸⁸ EuGH, Rs. 59/83, *Biovilac*, Slg. 1984, 4057, Rdnr. 21 f.

⁸⁹ *Streinz*, in: Streinz, (Fn. 85), Art. 17 GRCh, Rdnr. 1.

antwortlicher Entscheidung und zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.⁹⁰ Der EuGH hat anerkannt, dass der Eigentumsschutz zum einen die Inhaberschaft des Eigentumstitels und zum anderen die Nutzungs- und Verfügungsfreiheit umfasst.⁹¹ Auch Kapitalbeteiligungen werden von der gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsgarantie erfasst.⁹² Juristische Personen können vom persönlichen Schutzbereich des Grundrechts erfasst sein, soweit dieses seinem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar ist.⁹³

Die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen sind als Eigentümer der Übertragungsnetze vom Schutzbereich der Eigentumsfreiheit erfasst.

b) Eingriff

Im Folgenden wird geprüft, ob die Verpflichtung der Eigentümer zum Verkauf der Übertragungsnetze einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit darstellt. Die Eigentumsgarantie kann verschiedenen Einschränkungen unterworfen werden. Aus Art. 17 Abs. 1 Satz 1 GRCh folgt, dass Enteignungen auf Gemeinschaftsebene möglich sind, soweit sie dem Gemeinwohl dienen und eine Entschädigung gewährt wird. Eine Enteignung liegt bei einem vollen und dauerhaften Verlust der Eigentümerstellung vor.⁹⁴ Neben der Enteignung ist noch die „de facto“-Enteignung anerkannt, die vorliegt, wenn dem Eigentümer sein Eigentum zwar verbleibt, dieses aber vollständig entleert ist.⁹⁵ Zudem kann die Nutzung des Eigentums durch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung begrenzt werden (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRCh). Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung liegt vor, wenn die Eigentümerstellung formal unberührt bleibt, aber eine bestimmte Nutzung des Eigentums vorgeschrieben wird.⁹⁶ Demgegenüber liegt selbst bei einer weit reichenden Nutzungsbeschränkung keine Entziehung vor, solange der Eigentümer noch über sein Eigentum verfügen darf.⁹⁷ Die Nutzungsbeschränkung des Eigentums ist grundsätzlich, wegen der Sozialbindung, entschädigungslos hinzunehmen

⁹⁰ *Jarass*, (Fn. 83), S. 258, Rdnr. 6.

⁹¹ EuGH, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411, Rdnr. 80 ff.

⁹² *Schmidt-Preuß*, (Fn. 28), S. 468.

⁹³ *Kingreen*, (Fn. 85), S. 861; *Schwarze*, Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta, EuZW 2001, S. 518.

⁹⁴ *Jarass*, Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, NVwZ 2006, S. 1092.

⁹⁵ *Calliess*, (Fn. 82), Art. 17 GRCh, Rdnr. 9.

⁹⁶ *Streinz*, (Fn. 89), Art. 17 GRCh, Rdnr. 19.

⁹⁷ *Jarass*, (Fn. 94), S. 1092; *Penski/Elsner*, Eigentumsgewährleistung und Berufsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrechte, DÖV 2001, S. 269.

(Art. 17 Abs. 1 Satz 3 GRCh).⁹⁸ Dabei spielt die gesellschaftliche und soziale Funktion der jeweiligen Eigentumsposition eine besondere Rolle.⁹⁹

In Betracht kommt vorliegend eine Enteignung. Artikel 9 Abs. 1 lit. a) bestimmt, dass natürliche oder juristische Personen, welche elektrizitätsproduzierende oder -verteilende Unternehmen kontrollieren, nicht zusätzlich die Übertragungsnetze betreiben dürfen. Dies gilt für jede Form der Kapitalbeteiligung oder Eigentum an den Übertragungsnetzen. Damit werden die Energieversorgungsunternehmen gezwungen, die in ihrem Eigentum stehenden Netze zu verkaufen. Den Energieversorgungsunternehmen wird jede Möglichkeit genommen, frei über ihr Eigentum zu verfügen. Die Eigentümer haben nur noch eine einzige Nutzungsmöglichkeit ihrer Übertragungsnetze: Den Verkauf sämtlicher zur Ausübung von Kontrolle über einen Übertragungsnetzbetreiber befähigenden Anteile. Damit stellt das OU einen vollständigen Entzug des Eigentums dar. Nach anderer Ansicht stellt der Zwangsverkauf lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar.¹⁰⁰ Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis sei jedoch so massiv, dass sie funktional einer Enteignung gleichzusetzen sei. Die Eigentumsfreiheit umfasse nicht nur eine positive Verfügungsbefugnis, sondern umgekehrt auch das Recht, nicht über sein Eigentum verfügen zu müssen. Diese aber würde dem Energieversorgungsunternehmen entzogen werden. Weigert sich das Unternehmen, würde es enteignet werden.¹⁰¹ Diese Ansicht ist allerdings abzulehnen, da sie ihrer Argumentation die deutsche Dogmatik zu Art. 14 GG zugrunde legt, die weder auf Gemeinschaftsebene anerkannt noch auf sie übertragbar ist. Die aus der deutschen Grundrechtsdogmatik bekannte Unterscheidung zwischen Nutzungsbeschränkung und Enteignung gibt es im Gemeinschaftsrecht nicht.¹⁰² Ob eine Enteignung vorliegt, bestimmt sich danach, ob die Maßnahme auf den Wechsel des Eigentums gerichtet ist und nicht danach, ob sie ihn bewirkt.¹⁰³ Vorliegend beweckt Art. 9 den Wechsel der Netzeigentümer als Mittel zur Herstellung von effektivem Wettbewerb im Energiesektor, so dass der Zwangsverkauf als Enteignung zu werten ist.

⁹⁸ *Streinz*, (Fn. 89), Art. 17 GRCh, Rdnr. 19.

⁹⁹ *Jarass*, (Fn. 83), S. 269, Rdnr. 27.

¹⁰⁰ *Storr*, (Fn. 34), S. 236.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Kable*, Die Eigentumsrechtliche Entflechtung (Ownership Unbundling) der Energieversorgungsunternehmen aus europarechtlicher Sicht und verfassungsrechtlicher Sicht, RdE 2007, S. 294.

¹⁰³ *Calliess*, (Fn. 82), Art. 17 GRCh, Rdnr. 14.

c) Schranken

Die Eigentumsfreiheit wird nicht schrankenlos gewährleistet. Es ist daher zu prüfen, ob der Eingriff in das Eigentum gerechtfertigt werden kann. Hierfür müssten gemäß der für alle Grundrechte geltenden Schrankenbestimmung (Art. 52 Abs. 1 GRCh) zwingende Gründe des öffentlichen Interesses die Individualinteressen der Energieversorgungsunternehmen überwiegen und der Eingriff verhältnismäßig sein. Die Einschränkung muss gesetzlich vorgesehen sein und den wesentlichen Gehalt des Grundrechts achten.¹⁰⁴

Ein Eingriff ist zulässig, sofern dieser dem Gemeinwohl dient und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist.¹⁰⁵ Das Merkmal der Geeignetheit wird vom EuGH regelmäßig nur sehr kurz geprüft.¹⁰⁶ Die Prüfung der Erforderlichkeit fällt ebenfalls kurz aus.¹⁰⁷ Schließlich prüft der EuGH noch das Merkmal der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Hier werden die Belange des Gemeinwohls mit denen der Betroffenen gegeneinander abgewogen.¹⁰⁸ Dabei stellt der EuGH häufig darauf ab, dass es gilt, den Wesensgehalt der Grundrechte zu wahren.¹⁰⁹ Schmidt-Preuß kritisiert in diesem Zusammenhang, dass der EuGH den Begriff „wenig fassbar“ mache und mithin keine klare Definition einer Beeinträchtigung des Wesensgehalts liefere, die eine dogmatische Einordnung ermöglichen würde.¹¹⁰ Beschränkungen des Eigentums können einen unverhältnismäßigen Eingriff darstellen, wenn diese entschädigungslos hinzunehmen sind.¹¹¹ Daraus folgt, dass der EuGH davon ausgeht, dass ein unverhältnismäßiger Eingriff der Gemeinschaft zulässig werden kann, sofern eine angemessene Entschädigung gewährt wird. Allerdings zieht nur eine unzumutbare Beschränkung eine Entschädigungspflicht nach sich.¹¹²

¹⁰⁴ Schwarze, (Fn. 93), S. 519; Beutler, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Kommentar, 6. Aufl. 2004, Art. 6 EU, Rdnr. 80.

¹⁰⁵ EuGH, verb. Rs. C-37/02 und C-38/02, *Di Leonardo Adriano und Dilexport*, Slg. 2004, I-6911, Rdnr. 82.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-280/93, *Bananenmarktordnung*, Slg. 1994, I-4973, Rdnr. 95.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-306/93, *SMW Winzersekt GmbH*, Slg. 1994, I-5555, Rdnr. 21.

¹⁰⁸ EuGH, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411, Rdnr. 79 ff.

¹⁰⁹ EuGH, verb. Rs. C-37/02 und C-38/02, *Di Leonardo Adriano und Dilexport*, Slg. 2004, I-6911, Rdnrs. 82 und 44.

¹¹⁰ Schmidt-Preuß, (Fn. 28), S. 472.

¹¹¹ EuGH, verb. Rs. C-20/00 und C-64/00, *Booker Aquaculture und Hydro Seafood*, Slg. 2003, I-7411, Rdnr. 79.

¹¹² Ibid., Rdnr. 79 ff.

Zunächst bedarf es gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 und Art. 52 GRCh einer gesetzlichen Grundlage. Vorliegend bestünde diese in dem Richtlinienkompromiss.¹¹³

Das geforderte Gemeinwohlinteresse wird vom EuGH in der Regel ohne längere Begründung festgestellt.¹¹⁴ Das erforderliche öffentliche Interesse begründet die Kommission damit, dass das OU effektiven Wettbewerb herstellen würde. Dritte würden durch die Maßnahme diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen erhalten. Bei einem vollständig entflochtenen Netzbetreiber könnte es schließlich zu keinem Interessenkonflikt mit der Muttergesellschaft kommen, so dass die dringend erforderlichen Investitionen in die Netze getätigt werden würden. Schließlich habe der Netzbetreiber ein Interesse daran, mehr Energieanbieter zu Zugang zu seinem Netz zu verschaffen, da er dadurch eine höhere Rendite erwirtschaften könnte. Durch den Markteintritt neuer Wettbewerber würden die Preise für Strom und Gas für die Verbraucher und Großkunden sinken. Damit würde den Zielen der Versorgungssicherheit und des Verbraucherschutzes gedient.¹¹⁵

Der Eingriff müsste weiterhin verhältnismäßig sein. Das heißt, dass der Eingriff geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.¹¹⁶

Zunächst müsste das OU geeignet sein. Teilweise wird angenommen, dass die Maßnahme marktfremd sei und deshalb nicht zu mehr Wettbewerb führe.¹¹⁷ Da aber das OU bereits in einigen Mitgliedstaaten eingeführt worden ist und sich dort durchaus positive Effekte auf den Wettbewerb feststellen ließen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Maßnahme marktfremd sei. Insbesondere ist nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass die damit verfolgten Ziele nicht erreicht werden können.

Es ist weiter zu prüfen, ob das OU tatsächlich erforderlich ist und zu mehr Wettbewerb führt. Die Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn es kein gleich geeignetes mildereres Mittel gibt.¹¹⁸

Die Kommission hat festgestellt, dass sich „getrennt operierende Netzunternehmen [...] bei Investitionsentscheidungen nicht von sich überlagernden Angebots- bzw. Erzeugerinteressen leiten lassen.“¹¹⁹ Das OU sei daher erforderlich, um

¹¹³ Ob der Richtlinienkompromiss auf einer tauglichen Kompetenzgrundlage beruht und ob die Kompetenzausübungsschranke des Art. 295 EG entgegensteht wird weiter unten geprüft.

¹¹⁴ *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, S. 389.

¹¹⁵ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), Erwägungsgrund 7.

¹¹⁶ *Jarass*, (Fn. 94), S. 1093.

¹¹⁷ *Schmidt-Preuß*, (Fn. 28), S. 485.

¹¹⁸ *Jarass*, (Fn. 83), S. 270, Rdnr. 31.

¹¹⁹ Eine Energiepolitik für Europa, KOM (2007) 1 endg., S. 8.

den „inhärenten Interessenkonflikt“¹²⁰ zu beheben. Nur so könne sichergestellt werden, dass die Investitionsanreize für die Eigentümer nicht durch entgegenstehende Interessen der Muttergesellschaft behindert würden.¹²¹ Ferner könnte so der Zugang Dritter zu marktsensiblen Informationen über die Netze garantiert werden. Vollständig entbündelte Netzbetreiber hätten schließlich ein Interesse daran, möglichst vielen Wettbewerbern Zugang zu ihren Netzen zu verschaffen.¹²² Schließlich wird noch ein positiver Effekt auf die Versorgungssicherheit und den grenzüberschreitenden Handel erwartet.¹²³

Die Hypothese der Kommission, dass eine Trennung der Übertragungsnetze von den übrigen Produktionsstufen des Elektrizitätssektors automatisch zu mehr Wettbewerb in Erzeugung und Vertrieb führt, sollte einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Zunächst müsste die Frage geklärt werden, ob sich die Netze real trennen lassen und ob dies sinnvoll wäre. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil die Netze verschaltete Leitungen sind. Die Netze sind so auf einander abgestimmt, dass die Einspeisung des Energieproduzenten stets flexibel der Nachfrage angepasst ist,¹²⁴ die eingespeiste Strommenge also stets mit der ausgespeisten übereinstimmen muss. Damit wird einerseits die Versorgung sichergestellt und andererseits auf Lastschwankungen flexibel reagiert. Gerade mit Blick auf die Verbrauchervorteile sollte daher gefragt werden, ob das OU auch einen Wohlfahrtsverlust durch die Trennung von Netz und Produktion mit sich bringen würde. Es ist nämlich ein erheblicher Koordinierungsaufwand zwischen den einzelnen Produktionsstufen erforderlich. Dieser müsste in einem vollständig entflochtenen Markt sichergestellt sein. Der unabhängige Netzbetreiber müsste daher mindestens ebenso effizient auf die Lastschwankungen reagieren können, wie dies die Energieversorgungsunternehmen mit ihrer vertikalen Struktur leisten können.

Die Befürchtung, dass die Einführung des OU mit Qualitätsverlusten einhergeht, scheint indessen unbegründet. Der Netzbetreiber wird ein großes Interesse an einem Höchstmaß an Qualität haben, um mehr Kunden zu gewinnen. Hierfür wird er die erforderlichen Investitionen in die Netze tätigen. Zudem kann es sich ein Netzbetreiber nicht leisten, nur einzelne profitable Teile des Netzes in Stand zu halten und andere zu vernachlässigen, da es zu den Besonderheiten des Elektrizitätsnetzes gehört, dass die Überlastung eines Teils des Netzes zum Zusammenbruch des gesamten Netzes führt.¹²⁵ Darüber hinaus haben bereits einige Mitglied-

¹²⁰ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), S. 6.

¹²¹ Ibid., Erwägungsgrund 7; KOM (2006) 851 endg., (Fn. 1), S. 13.

¹²² KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 11 f.

¹²³ SEC (2007) 1179, (Fn. 6), S. 74.

¹²⁴ Börner, (Fn. 18), S. 126.

staaten erfolgreich das OU eingeführt, in denen sich derartige Probleme nicht gezeigt haben, so dass sich dieser Einwand als nicht haltbar erweist. Ein wesentlicher Vorteil des OU ist vor allem, dass kein Interessenkonflikt zwischen dem entbündelten Netzbetreiber und der energieerzeugenden Muttergesellschaft entstehen kann, da der unabhängige Netzbetreiber nur noch die eigene Gewinnmaximierung im Blick hat und die Muttergesellschaft nicht gegenüber Wettbewerbern bevorzugen wird.¹²⁶

Die Kommission hat ferner festgestellt, dass der Netzzugang Dritter häufig dadurch erschwert wird, dass langfristige Stromlieferverträge der etablierten Betreiber mit ihren Kunden anderen Wettbewerbern den Zugang zum Markt der Versorgung versperren.¹²⁷ Dem kann entgegengehalten werden, dass es zwar richtig ist, dass großvolumige Verträge die Kunden der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen langfristig binden und diese damit „vom Markt nehmen“. Auch wird es für den Abnehmer üblicherweise (noch) einen erheblichen Kostenvorteil bedeuten, wenn er sich langfristig bindet. Allerdings kann hieraus nicht zwingend der Schluss gezogen werden, dass die Energieversorgungsunternehmen derartige Verträge abschließen, um den Zugang Dritter zu verhindern.¹²⁸

Dieses Argument ist auch aus einem weiteren Grund nicht stichhaltig. Das OU ist nicht erforderlich, um eine Funktionalisierung der Netze zu verhindern, da das europäische Kartellrecht hierfür ausreichende Mechanismen anbietet. Langfristige Lieferverträge können einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG darstellen.¹²⁹ Es handelt sich dabei um eine Wettbewerbsbeschränkung, die die Abschottung der Märkte zur Folge hat, da die langfristig gebundenen Abnehmer ihren gesamten Bedarf bei einem einzigen Lieferanten decken. Derartige Verträge sind, sofern keine Freistellung gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 2790/1999¹³⁰ oder eine Einzelfreistellung gemäß Art. 81 Abs. 3 EG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003¹³¹ greift, nach Art. 81 Abs. 2 EG nichtig. Dieses Ergebnis zeigt, dass das OU nicht erforderlich ist, um zu verhindern, dass langfristige Lieferverträge geschlossen werden, da das geltende

¹²⁵ *Kable*, (Fn. 102), S. 295.

¹²⁶ *Klotz*, Bericht aus Brüssel: eigentumsrechtliche Entflechtung im Energiesektor, N&R 2007, S. 67.

¹²⁷ KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 6.

¹²⁸ *Börner*, (Fn. 18), S. 128.

¹²⁹ BKartA Beschluss v. 13.01.2006, Az. B 8-113/03-1, WuW 2006, S. 307 ff.; Az. DE-V 1147-1162, NJOZ 2008, S. 862 ff.

¹³⁰ VO (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission v. 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. Nr. L 336 v. 29.12.1999, S. 21.

¹³¹ VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

Kartellrechtsregime einen ausreichenden Schutz hiergegen gewährt. Zudem drohen den Energieversorgungsunternehmen bei Verstößen gegen Art. 81 Abs. 1 oder Art. 82 EG empfindliche Bußgelder, die gemäß Art. 23 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes betragen können.

Der „inhärente Interessenkonflikt“¹³² ließe sich aber in der Tat dadurch beseitigen, dass der Netzbetreiber nur die Profitmaximierung auf seiner Produktionsstufe im Blick hat und nicht mehr die Interessen der Muttergesellschaft berücksichtigen muss, die den Zugang von weiteren Marktteilnehmern verhindern will. Fraglich ist jedoch, ob es hierfür nicht ein gleich geeignetes mildereres Mittel gibt.

Als mildere Mittel kommen der ISO und der ITO in Betracht. Auch dadurch könnte gewährleistet werden, dass Dritte Zugang zum Netz haben. Die Kommission bemängelt diesbezüglich jedoch den dadurch entstehenden unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand und die komplexe Regulierung. Insbesondere sei die kostenintensivere Regulierung weniger wirksam.¹³³ Zudem würde der ISO die mangelnde Investitionsbereitschaft in die Netze nicht in gleichem Umfang beseitigen wie das OU.¹³⁴

Der Einwand der Kommission, dass das Modell des ISO eine intensivere und teurere Regulierung notwendig machen würde, überzeugt jedoch nicht. Ein etwaiiger Verwaltungsaufwand stellt für sich noch kein öffentliches Interesse dar. Zudem dürfen die Individualrechtsgüter der Energieversorgungsunternehmen nicht durch reine Zweckmäßigkeitserwägungen beschränkt werden. Wenn ein unabhängiger Netzbetreiber in der Lage ist, die Ziele der Kommission zu verwirklichen und ausreichende Investitionen in die Netze sichergestellt sind, besteht keine Veranlassung für die Einführung des OU.¹³⁵

Zudem ist noch nicht hinreichend dargelegt, dass die bestehenden Regulierungsinstrumente tatsächlich nicht ausreichend sind, um Wettbewerb in Erzeugung und Versorgung herzustellen. Die Bundesnetzagentur ist keinesfalls ein zahnloser Tiger, sondern verfügt bereits jetzt über einschneidende Maßnahmen, um den bestehenden Rechtsrahmen umzusetzen. Auch das Kartellrecht bietet vielfältige Möglichkeiten, den Wettbewerb in der Energieindustrie zu überwachen und sicherzustellen.

Die Einführung des OU ist damit nicht erforderlich. Das in Art. 9 normierte OU verletzt damit das Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum.

¹³² KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), S. 6.

¹³³ KOM (2007) 1 endg., (Fn. 119), S. 8 f.

¹³⁴ KOM (2006) 841 endg., (Fn. 14), S. 13.

3. Verletzung der Eigentumsfreiheit durch den ISO und den ITO

Nachfolgend wird geprüft, ob der in Art. 13 normierte ISO oder der ITO gemäß Art. 17 eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts darstellt.

a) Schutzbereich

Da die Regelungen des ISO und des ITO die Nutzung des Eigentums der Energieversorgungsunternehmen an den Übertragungsnetzen betreffen, ist vorliegend der Schutzbereich eröffnet.

b) Eingriff

Die Regelung des ISO überträgt den Betrieb des Übertragungsnetzes auf einen unabhängigen Netzbetreiber, so dass den Energieversorgungsunternehmen die Nutzungsmöglichkeit ihres Eigentums fast vollständig entzogen ist. Hierfür erhält der Eigentümer ein Entgelt. Beim ITO-Modell verbleiben Eigentum und Betrieb des Übertragungsnetzes zwar beim Energieversorgungsunternehmen. Diesem werden jedoch umfassende Nutzungsbeschränkungen auferlegt, so dass auch hier die Eingriffsschwelle überschritten ist.

Die Energieversorgungsunternehmen bleiben Eigentümer ihrer Netze, so dass kein Entzug ihrer Eigentumsposition stattfindet. Es liegen mithin nur Inhalts- und Schrankenbestimmungen vor.

Beim Modell des ISO ist ein erheblicher Eingriff in die Verfügungsbeschränkung des Netzeigentümers anzunehmen. Anders als beim ITO wird dem Eigentümer praktisch die gesamte Verfügungsbefugnis über sein Netz entzogen. Es stellt sich daher die Frage, wie die Enteignung von der Nutzungsbeschränkung abzugrenzen ist. Wie der EuGH diese Abgrenzung vornimmt, ist nicht klar. Eine Nutzungsbeschränkung kann dann einer Enteignung gleichgestellt werden, wenn keine andere Nutzungsmöglichkeit des Eigentums verbleibt.¹³⁵ Beim ISO besteht für die Energieversorgungsunternehmen neben der Verpachtung noch die Möglichkeit, ihre Netze zu verkaufen, so dass eine alternative Nutzung möglich ist. Wenn man sich zudem an der Rechtsprechung des EGMR¹³⁶ zu der Frage orientiert, der eine „de facto“-Enteignung nur bei einer völligen Entleerung der Eigentumsposition annimmt, könnte man vorliegend nicht zu dem Ergebnis kommen, dass eine „de facto“-Enteignung vorliegt. Börner geht zwar davon aus, dass das Modell des ISO einer Enteignung gleichzusetzen sei, da „nur die leere Hülse des formalen Eigen-

¹³⁵ EuGH, Rs. C-177/90, *Kühn/Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, Slg. 1992, I-35.

¹³⁶ EGMR, Nr. 7151/75 und 7152/75, *Sporrong und Lönnroth*, EuGRZ 1983, 525, Rdnr. 63.

tums beim bisherigen Eigentümer verbleibt.“¹³⁷ Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, da dieser Argumentation die Dogmatik zu Art. 14 GG zugrunde liegt, die nicht auf die Gemeinschaftsebene übertragbar ist. Den Energieversorgungsunternehmen bleibt das Eigentum erhalten. Mit dem Entgelt, welches sie von dem ISO bekommen, verbleibt ihnen auch eine Nutzungsmöglichkeit.

c) Schranken

Die Nutzungsbeschränkung wäre zulässig, wenn sie dem Gemeinwohl dient, verhältnismäßig ist und nicht den Wesensgehalt des Grundrechts berührt.¹³⁸ Zudem muss eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage vorliegen.¹³⁹ Diese liegt mit den Art. 13 und 17 vor.

Bei der Ausgestaltung der Inhalts- und Schrankenbestimmung ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber ein großer Ermessensspielraum zusteht, wenn das Eigentumsobjekt eine besondere soziale Funktion hat und es weniger der Freiheit von Einzelnen dient, wie dies zum Beispiel bei Wohnungseigentümern der Fall wäre.¹⁴⁰ Der ISO müsste eine dem Gemeinwohl dienende Aufgabe erfüllen. Kapitalgesellschaften betreiben die Netze, um damit Renditen zu erwirtschaften. Den Netzen kommt dabei eine besondere strategische Bedeutung zu, da die moderne Gesellschaft auf Energie angewiesen ist, so dass eine besondere Sozialbindung des Eigentums vorliegt. Die Stromversorgung ist daher eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG.¹⁴¹ Diese muss gewährleistet werden.

Die Kommission fordert mit dem ISO einen vom Netzeigentümer vollständig unabhängigen Netzbetreiber. Die geforderte Unabhängigkeit müsste allerdings auch ein verhältnismäßiges Mittel darstellen. Der ISO ist geeignet und erforderlich zur Erreichung der Ziele.

Vorliegend ist jedoch fraglich, ob die Maßnahme auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also angemessen ist. Das heißt, es muss ein fairer Ausgleich zwischen den betroffenen Individualrechtsgütern und dem Interesse des Allgemeinwohls gefunden werden.¹⁴² Säcker weist zu Recht darauf hin, dass nicht davon ausgegan-

¹³⁷ Börner, (Fn. 18), S. 129; ebenso Baur/Pritzsche/Pooschke, „Ownership Unbundling“ von Energie- netzen und der europäische Schutz des Eigentums, DVBl. 2008, S. 487.

¹³⁸ Beutler, (Fn. 104), Art. 6 EU, Rdnr. 80.

¹³⁹ Jarass, (Fn. 83), S. 269, Rdnr. 28.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. 265/87, Schräder, Slg. 1989, 2237, 2267 f.; EuGH, Rs. 5/88, Wachauf, Slg. 1989, 2609, 2609 ff.

¹⁴¹ Stadler, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 10. Aufl. 2006, Art. 86 EG, Rdnr. 52 m.w.N.

gen werden kann, dass „die Verwaltungsorgane der Netzgesellschaft wie freischwebende Luftballons ohne jede Bindung an die Eigentümer des Unternehmens ihr Amt ausüben können.“¹⁴³ Die Freiheit der Gesellschafter, das Management der Netzgesellschaft auszuwählen, darf nicht durch eine vollumfängliche Fremdbestimmung ersetzt werden. Insofern gilt es, das Modell des ISO grundrechtskonform einzuschränken und anzupassen. Den Verwaltungsorganen ist daher nur eine „aufgabenbezogene funktionale Unabhängigkeit“¹⁴⁴ zuzugestehen. Die Nutzung des Eigentums darf damit keinen substantiellen Beschränkungen unterworfen werden. Den Eigentümern muss eine gewisse Einflussmöglichkeit auf das Netzunternehmen bestehen bleiben.¹⁴⁵ Daher stellt die geforderte vollständige Unabhängigkeit einen unverhältnismäßigen Eingriff dar.

Demgegenüber stellt das Modell des ITO keine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Die Art. 17 bis 23 finden einen akzeptablen Ausgleich zwischen den berechtigten Eigentümerinteressen nach mehr Einfluss auf den ITO und der notwendigen Gewährleistung der Unabhängigkeit des ITO.

Richtig ist zunächst, dass der Einfluss des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens auf den ITO derart reduziert werden muss, dass dieser nicht an der Erfüllung seiner Verpflichtungen als Übertragungsnetzbetreiber gehindert ist. Auch die geforderte personelle Trennung von Eigentümer und ITO (Art. 17 Abs. 1), die einen bestimmenden Einfluss ermöglichen würde, ist notwendig, um die Unabhängigkeit des Netzbetreibers zu gewährleisten. Schließlich führt auch die Möglichkeit des ITO, sich mit frischem Geld einzudecken, zu einer notwendigen finanziellen Unabhängigkeit im operativen Geschäft (Art. 18 Abs. 1). Das Erfordernis der Unabhängigkeit darf aber kein Selbstzweck sein und ist auf das absolut Notwendige zu beschränken.¹⁴⁶ Das heißt, dass den Netzeigentümern ein Mitspracherecht und eine gewisse Einflussnahme auf den ITO zugestanden werden muss, soweit dies für die Erreichung der Ziele der Kommission nicht erforderlich ist.

Die Mitspracherechte der Energieversorgungsunternehmen werden durch den Aufsichtsrat hinreichend gewährleistet. Erstens haben die Eigentümer die Möglichkeit, bis zur Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder abzüglich eines Mitglieds ohne Rücksicht auf die in Art. 19 festgelegten Regeln über die Unabhängigkeit des Personals des ITO zu bestellen. Dies bedeutet, dass auch Führungspersonal des Energieversorgungsunternehmens aus Erzeugung und Versorgung im Aufsichtsrat des ITO

¹⁴² Jarass, (Fn. 83), S. 271 f., Rdnr. 32.

¹⁴³ Säcker, (Fn. 64), S. 88.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., S. 89.

¹⁴⁶ Ibid., S. 88.

sitzen kann.¹⁴⁷ Zweitens können die finanziellen Interessen der Eigentümer im Aufsichtsorgan des ITO hinsichtlich der Verschuldenshöhe und Fragen, die die Genehmigung des Finanzplans betreffen, berücksichtigt werden (Art. 20 Abs. 1). Um die Unabhängigkeit des ITO sicherzustellen, hat das Aufsichtsorgan keine Einflussmöglichkeit auf die laufenden Geschäfte. Besonders bedeutsam ist auch, dass die Energieversorgungsunternehmen einerseits über das Aufsichtsorgan Einfluss auf die Auswahl des Managements nehmen können (Art. 19 Abs. 2). Andererseits trifft die Regelung in Art. 19 umfassende Vorkehrungen, um die Unabhängigkeit des ITO-Managements zu gewährleisten. Damit wird ein gerechter Ausgleich zwischen der erforderlichen Unabhängigkeit und den Eigentümerinteressen gefunden.

Das Modell des ISO stellt eine nicht gerechtfertigte Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Demgegenüber ist das Modell des ITO eine zulässige Beschränkung des Eigentums.

4. Zwischenergebnis

Das in Art. 9 normierte OU stellt eine nicht gerechtfertigte Enteignung dar. Auch der in Art. 13 normierte ISO ist als eine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung anzusehen. Der ITO gemäß den Art. 17 ff. ist demgegenüber als eine zulässige Nutzungsbeschränkung der Eigentumsfreiheit einzustufen.

II. Regelungskompetenz gemäß Art. 95 EG

Eine Spezialkompetenz der Gemeinschaft für Energie sieht der noch geltende EG-Vertrag nicht vor.¹⁴⁸ Der Richtlinienentwurf basiert auf der Kompetenznorm des Art. 95 EG sowie den Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 EG. Danach kann die Gemeinschaft Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten treffen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, soweit die Gemeinschaft damit Wettbewerbshemmnisse oder -verzerrungen beseitigen will. Da die Verschärfung der Entflechtungsmaßnahmen genau diesem Zweck dient, ist Art. 95 EG die einschlägige Kompetenznorm.

¹⁴⁷ Art. 20 Abs. 3 Legislative Entschließung des EP, (Fn. 9).

¹⁴⁸ Art. I-14 II i) des europäischen Verfassungsentwurfs sah erstmals ein Kapitel über Energie vor, dass neben dem Umweltschutz auch die Versorgungssicherheit, die Sicherung der Energiemarkte sowie die Förderung der Energieeffizienz und der Entwicklung erneuerbarer Energien zum Ziel hatte. Nach dem inhaltsgleichen Art. 2c Abs. 1 i) des Vertrags von Lissabon soll die EU mit den Mitgliedstaaten die geteilte Zuständigkeit für Energie haben. Mit dem Titel XX soll für die Rechtssetzung in der Energiepolitik erstmals mit Art. 176a des Vertrags von Lissabon eine eigenständige Gemeinschaftskompetenz für Energie eingeführt werden, ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008.

Zwar wird teilweise eingewendet, dass drei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist noch nicht abschließend beurteilt werden konnte, ob die „Unbundling“-Maßnahmen des zweiten Legislativpakets gescheitert sind.¹⁴⁹ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen, da sie verkennt, dass die Kommission bei der Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes ein weites Ermessen¹⁵⁰ hat und das dritte Legislativpaket nicht ins Blaue hinein, sondern aufgrund nachvollziehbarer Argumente vorgeschlagen hat. Mit demselben Argument können daher auch die Voraussetzungen des Subsidiaritätsgrundsatzes gemäß Art. 5 Abs. 2 EG bejaht werden.¹⁵¹ Damit ist Art. 95 EG die einschlägige Kompetenzgrundlage.

III. Kompetenzausübungsschranke des Art. 295 EG

Allerdings könnte dem Richtlinienentwurf Art. 295 EG entgegenstehen, der bestimmt, dass der Vertrag die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt lässt. Das Gebot, die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung unberührt zu lassen, kann als Kompetenzausübungsvorbehalt verstanden werden. Das bedeutet, dass die Gemeinschaft beim Gebrauch ihrer Kompetenzen nicht in die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten eingreifen darf.¹⁵² Durch die Ausklammerung der Eigentumsordnung können Konflikte dadurch entstehen, dass durch die zunehmende wirtschaftliche Integration des Binnenmarktes häufiger Eigentumsfragen berührt werden. Insbesondere die Liberalisierung der Energiemärkte ließ derartige Konflikte offen zu Tage treten. Mit der Richtlinie 2003/54/EG wurde der geregelte Netzzugang eingeführt, der schon damals Fragen der eigentumsrechtlichen Zulässigkeit provozierte.

Durch die Regelung wird zunächst klargestellt, dass sich die geltenden Eigentumsordnungen durch den EG-Vertrag nicht ändern. Zudem werden die Mitgliedstaaten davor geschützt, dass die Gemeinschaftsorgane in Zukunft Maßnahmen ergreifen, die ihre Sachkompetenz überschreiten. Daher haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ihre Eigentumsordnungen nach ihren eigenen wirtschaftspolitischen Motiven zu gestalten.¹⁵³

Unstreitig umfasst der Begriff der Eigentumsordnung daher, dass die EG keine Regelung über die Zuordnung des Eigentums zur öffentlichen oder privaten Hand

¹⁴⁹ *Pielow/Ehlers*, Rechtsfragen zum „Ownership Unbundling“, IR 2007, S. 261 f.

¹⁵⁰ *Herrnfeld*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 95 EG, Rdnr. 26; *Schmidt-Preuß*, Gemeinschaftskompetenz oder nationale Gesetzgebung, in: Fs. Baur, 2002, S. 316.

¹⁵¹ *Calliess*, Ownership Unbundling für alle? – Kritische Überlegungen zu den aktuellen Entflechtungsvorhaben der Europäischen Kommission, et 2007, S. 93.

¹⁵² *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 82), Art. 295 EG, Rdnr. 5.

¹⁵³ *Everling*, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung in der EG, in: Fs. Raiser, 1974, S. 382.

treffen darf.¹⁵⁴ Die Mitgliedstaaten dürfen also nicht verpflichtet werden, öffentliches in privates Eigentum zu überführen oder privates Eigentum zu verstaatlichen.

Es ist allerdings sehr strittig, ob der Begriff der Eigentumsordnung darüber hinaus in der Weise erweiternd auszulegen ist, dass die Kompetenzschranke auch Entzug und Nutzungsbeschränkungen des Eigentums erfasst. Der Ausgang des Streits ist entscheidend für die Frage, ob die Gemeinschaft für das OU, den ISO und den ITO eine Regelungskompetenz hat.

1. Standpunkt des EuGH

Aus den Urteilen des EuGH lässt sich nicht eindeutig erkennen, wie er den Begriff der Eigentumsordnung auslegt. Dies mag zunächst daran liegen, dass es noch keinen Fall der Legalenteignung oder des Zwangsverkaufs durch einen Gemeinschaftsrechtsakt gegeben hat, in dem die Frage entscheidungserheblich war.

Der EuGH hat zwar in seiner Rechtsprechung zum geistigen Eigentum festgestellt, dass allein die innerstaatliche Gesetzgebung entscheidend und die Rechtsausübung den Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen sei.¹⁵⁵ Dabei ging der EuGH jedoch nicht auf Art. 295 EG ein. Es gibt kein Urteil, in dem der EuGH über eine Enteignung zu befinden hatte. In den wenigen Entscheidungen zum Grundrecht auf Eigentum wird Art. 295 EG gar nicht erörtert.¹⁵⁶

In der Rechtssache *Annibaldi* hat der EuGH zwar festgestellt, dass es an einer „spezifischen Gemeinschaftsregelung für die Enteignung fehlt“.¹⁵⁷ Das bedeutet jedoch nicht, dass es der Gemeinschaft verwehrt sei, enteignende Regelungen zu treffen. In dem Vorlageverfahren stellte der EuGH fest, dass ein enteignendes Gesetz nur dann auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft werden kann, wenn dieses eine Durchführung des Gemeinschaftsrechts darstellt.¹⁵⁸ Das bedeutet aber nicht, dass enteignende Regelungen des Gemeinschaftsrechts per se ausgeschlossen sind, sondern nur, dass sie der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Ziele dienen müssen. Der Richtlinievorschlag zielt darauf ab, die Ziele des Binnenmarktes zu verwirklichen und effektiven Wettbewerb im Energiektor herzustellen. Hierfür ist die Enteignung der Netzeigentümer erforderlich.

¹⁵⁴ *Bär-Bouyssière*, in: von der Groeben/Schwarze, (Fn. 104), Art. 295 EG, Rdnr. 7; *Calliess*, (Fn. 151), S. 93 f.

¹⁵⁵ EuGH, verb. Rs. 56/64 und 58/64, *Grundig Consten*, Slg. 1966, 321; EuGH, Rs. 24/67, *Parke, Davis & Co.*, Slg. 1968, 86.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 17 ff.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-309/96, *Annibaldi*, Slg. 1997, I-7493, Rdnr. 23.

¹⁵⁸ *Ibid.*, Rdnr. 24.

Das OU ist also nur das Mittel zur Durchführung der Ziele der Gemeinschaft. Die Rechtsprechung des EuGH steht damit der Einführung des OU, des ISO und des ITO nicht entgegen.

2. Streitstand in der Literatur

In der Literatur ist umstritten, ob der Begriff der Eigentumsordnung weit oder eng zu interpretieren ist.

a) Weite Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung

Über die Reichweite der erweiternden Auslegung besteht bei den Vertretern eines weiten Verständnisses der Eigentumsordnung Uneinigkeit.

Eine Meinung im Schrifttum legt den Begriff der Eigentumsordnung sehr weit aus. Diese Ansicht erfasst nicht nur die Eigentumszuordnung, sondern auch Nutzungs- und Ausführungsregelungen sowie den Entzug des Eigentums.¹⁵⁹ Nach dieser Ansicht würden das OU, der ISO und der ITO von der Kompetenzausübungssperre erfasst werden.

Nach einer weiteren Ansicht solle der Gemeinschaft nur der formale Entzug von Eigentumspositionen verboten sein. Damit solle die Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung der Eigentumsnutzung bewahrt werden, ohne Art. 295 EG bedeutslos zu machen. Danach setze die Eigentumsordnung den Bestand von Eigentum voraus. Daher verbietet Art. 295 EG den gemeinschaftsrechtlich veranlassten Entzug von mitgliedstaatlich konstituiertem Eigentum. Damit seien Enteignungen ausgeschlossen, da sie die Existenz des mitgliedstaatlich begründeten Eigentums beseitigten. Dem stehe auch nicht Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRCh entgegen, der seinem Wortlaut nach eine angemessene Entschädigung für Enteignungen vorsieht. Zum einen seien die Ebenen von Kompetenz und Grundrechtsgeltung nicht notwendig deckungsgleich. Zum anderen sprächen die Regelungen nur den Entzug von gemeinschaftsrechtlichen Vermögenswerten an.¹⁶⁰ Daher stünde Art. 295 EG nur dem OU und nicht dem ISO und ITO entgegen.

¹⁵⁹ *Bär-Bouyssière*, (Fn. 154), Art. 295 EG, Rdnr. 7; *Schweitzer*, in: Gräbitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, 2007, Art. 295 EG, Rdnr. 2 f.; *Brinker*, in: Schwarze, (Fn. 150), Art. 295 EG, Rdnr. 2; *Boofz*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 84), Art. 295 EG, Rdnr. 1.

¹⁶⁰ *Schmidt-Preuß*, (Fn. 28), S. 475. So auch *Pernice/Mayer*, in: Gräbitz/Hilf, (Fn. 159), nach Art. 6 EU, Rdnr. 144; *Penski/Elsner*, (Fn. 97), S. 268; *Baur/Pritzsche/Pooschke*, (Fn. 137), S. 486.

b) Enge Auslegung des Begriffs der Eigentumsordnung

Nach anderer Auffassung im Schrifttum ist Art. 295 EG lediglich als Verbot der Gemeinschaft zu verstehen, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, Unternehmen zu privatisieren oder zu verstaatlichen, so dass zwischen dem Eigentumsgrundrecht und der Eigentumsordnung zu differenzieren sei.¹⁶¹ Es wird also nicht auf das mitgliedstaatliche Regelwerk über das Eigentum abgestellt, sondern auf die Frage der Zuordnung des Eigentums zur öffentlichen oder privaten Hand.¹⁶² Der Schutz der Eigentumsordnung gewährt also keine Eigentumsgarantie, sondern ist „lediglich Ausdruck der Sozialisierung und Privatisierung des Eigentums“.¹⁶³ Dieser Ansicht zufolge sei die enge Interpretation des Begriffs der Eigentumsordnung notwendig, da ohne Regelung der Nutzung des Eigentums der Binnenmarkt nicht realisierbar wäre.¹⁶⁴ Der Gemeinschaft sei damit nicht prinzipiell untersagt, einen Entzug des Eigentums per Rechtsakt vorzunehmen, sofern nur konkrete Rechtspositionen betroffen seien.¹⁶⁵ Bei der Herstellung des Binnenmarktes ließen sich die Fragen der Wirtschafts- nicht von denen der Eigentumsordnung trennen.¹⁶⁶ Damit könne die Gemeinschaft „die Sozialpflichtigkeit des Eigentums durch Regelungen, die die Verfügungsgewalt des Eigentümers im wirtschaftlichen Bereich in bestimmter Weise beschränken oder lenken, konkretisieren“.¹⁶⁷ Maßnahmen könnten also enteignenden Charakter haben, ohne grundsätzlich die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten in Frage zu stellen. Danach könne die Gemeinschaft sowohl Inhalts- und Schrankenbestimmungen als auch enteignende Maßnahmen treffen.¹⁶⁸

Auch Rat und Kommission legen eine enge Auslegung des Begriffs zugrunde.¹⁶⁹ Sie gehen davon aus, dass Art. 295 EG nicht entgegensteht, da der Richtlinievorschlag für öffentliche und private Unternehmen gleichermaßen gilt. Gemäß Art. 9 Abs. 6 wird den Mitgliedstaaten, in denen die Netze in Staatseigentum sind,

¹⁶¹ *Calliess*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, S. 462; *Weis*, Verstaatlichung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, NJW 1982, S. 1913; *Säcker/Neumann*, Rechtliche Grenzen für die Ausgestaltung von Erzeugungsquotensystemen nach Art. 58 EGKS-Vertrag, RIW 1985, S. 950.

¹⁶² *Koenig/Kühling*, in: Streinz, (Fn. 89), Art. 295 EG, Rdnr. 11 f.; *Kable*, (Fn. 102), S. 295.

¹⁶³ *Thiel*, Europa 1992: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, JuS 1991, S. 276; ebenso *Frowein*, Eigentumsschutz im Europarecht, in: Fs. Kutscher, 1981, S. 189 f.

¹⁶⁴ *Koenig/Kühling*, (Fn. 162), Art. 295, Rdnr. 2 f.; *Kingreen*, (Fn. 152), Art. 295 EG, Rdnr. 3.

¹⁶⁵ *Everling*, (Fn. 153), S. 386 f.

¹⁶⁶ *Ibid.*, S. 400.

¹⁶⁷ *Ibid.*, S. 390.

¹⁶⁸ *Kingreen*, (Fn. 152), Art. 295 EG, Rdnr. 10 f.

¹⁶⁹ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), Erwägungsgrund 12 und S. 7; Überarbeiteter Richtlinievorschlag vom Rat der EU v. 24.6.2008, ENER 160 CODEC 662 9963/1/08, S. 16.

aufgegeben, die Trennung des Übertragungsnetzbetreibers von Erzeugung und Versorgung zu gewährleisten. Der Mitgliedstaat ist verpflichtet, die Unabhängigkeit beider Unternehmen sicherzustellen und nachzuweisen.

Nach dieser Auffassung müsste danach differenziert werden, ob das OU dazu führt, dass staatliche Unternehmen privatisiert oder private Unternehmen verstaatlicht werden müssten. Soweit sich die Übertragungsnetze in Privateigentum befinden, steht Art. 295 EG nicht entgegen. Diese können verpflichtet werden, ihre Netze zu veräußern. Anders verhält es sich jedoch, wenn sich die Netze, wie in Frankreich, in Staatseigentum befinden. Denn dann müssten die staatseigenen Übertragungsnetze verkauft werden. Bei dem Verkauf an einen privaten Investor läge daher eine unzulässige Verpflichtung zur Privatisierung vor. Die Kommission war sich dieses Problems offenbar bewusst und stellte in der Begründung des Richtlinienentwurfs heraus, dass die Vorschläge nicht verlangen, dass Staatseigentum in privaten Besitz überführt werden muss. Ausreichend sei, wenn die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass „die Unternehmen völlig unabhängig voneinander agieren“.¹⁷⁰ Tatsächlich findet allerdings kein Wechsel des Eigentümers statt. Der Staat bleibt Eigentümer und behält damit die Möglichkeit der Einflussnahme auf seine Unternehmen. Diese Konstruktion stellt in Wahrheit nichts anderes dar, als das bereits durch die Richtlinie 2003/54/EG eingeführte und von der Kommission als unzureichend qualifizierte gesellschaftsrechtliche *Unbundling*. Die Kommission hat mehrfach auf den „inhärenten Interessenkonflikt“¹⁷¹ hingewiesen, der den Zugang Dritter behindere. In ihrem Vorschlag wird nicht erläutert, warum sich dieser Interessenkonflikt bei Staatsunternehmen nicht stellen sollte. Die geforderte Unabhängigkeit ließe sich praktisch kaum herstellen, da interne staatliche Kontrollmechanismen bestehen bleiben würden, über die Einfluss ausgeübt werden könnte. Die Kommission setzt sich damit in Widerspruch zu ihrer eigenen Argumentation. Da der Staat und seine Unternehmen als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind,¹⁷² könnte das OU von staatseigenen Netzen nicht ohne Verletzung des Art. 295 EG durchgeführt werden. Daher ist der ISO und der ITO in diesen Mitgliedstaaten die einzige rechtmäßige Alternative.

Da beim ISO und dem ITO das Eigentum bei den Eigentümern verbleibt, steht Art. 295 EG nicht entgegen.

¹⁷⁰ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), S. 7.

¹⁷¹ Ibid., S. 6.

¹⁷² Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EG, Rdnr. 14 f.

3. Stellungnahme

Da die dargestellten Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist es notwendig, den Streit zu entscheiden.

Die erstgenannte weite Ansicht, nach der sowohl die Enteignung als auch die Nutzungsbeschränkung von der Kompetenzausübungssperre erfasst sein soll, ist abzulehnen, da der Binnenmarkt ohne Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht realisierbar wäre. Grundlage für die Einführung des geregelten Netzzugangs bildete die Entscheidung zu der „Essential Facilities“-Doktrin.¹⁷³ Darin erkannte der EuGH an, dass die Ausübung des Eigentumsgrundrechts durch Zugangsrechte beschränkt werden kann. Zudem hat er anerkannt, dass die Gemeinschaft über Art. 95 EG die Kompetenz besitzt, auch in den Kernbereich der Eigentumsfreiheit einzutreten.¹⁷⁴

Die zweitgenannte enge Ansicht überzeugt ebenfalls nicht. Diese Ansicht vermag nicht zu erklären, warum Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRCh eine Entschädigung für Enteignungen vorsieht. Der vorgeschlagenen einschränkenden Auslegung, Art. 17 Abs. 1 Satz 2 GRCh beziehe sich nur auf gemeinschaftsrechtliche Vermögenswerte, steht der Wortlaut der Norm entgegen, da nicht zwischen mitgliedstaatlichem und gemeinschaftlichem Eigentum unterschieden wird.¹⁷⁵

Gegen die weite Auslegung spricht ferner, dass sie Eigentumsordnung mit sachenrechtlich geschützten Positionen gleichsetzt. Dieses Verständnis läuft jedoch den grundlegenden Zielen des Binnenmarktes zuwider.¹⁷⁶

Die Wortlautinterpretation stützt die enge Auslegung. *Everling* stellt zutreffend darauf ab, dass nach dem Wortlaut nicht das einzelne Eigentumsrecht verstanden werden kann, da „mit dem Begriff der ‚Ordnung‘ [...] vielmehr das System angesprochen wird, das in diesem Bereich allgemein gilt.“¹⁷⁷

Auch aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich nicht entnehmen, dass dieser ein weites Verständnis der Eigentumsordnung zugrunde legt.

Des Weiteren stützt die historische Auslegung die enge Interpretation des Art. 295 EG. Bei der Unterzeichnung der Römischen Verträge legten insbesondere Frankreich und Italien großen Wert darauf, bedeutende Wirtschaftszweige im öffentlichen Eigentum zu belassen. In diesen Ländern wurden nach dem zweiten

¹⁷³ EuGH, verb. Rs. C-241/91 und C-242/91, *RTE und ITP*, Slg. 1995, I-743; EuGH, Rs. C-7/97, *Oscar Bronner*, Slg. 1998, I-7791.

¹⁷⁴ EuGH, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1985.

¹⁷⁵ *Calliess*, (Fn. 151), S. 93.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Everling*, (Fn. 153), S. 383.

Weltkrieg wesentliche Wirtschaftszweige in öffentliches Eigentum überführt.¹⁷⁸ Die Norm sollte als Schranke der EG dienen, die Mitgliedstaaten nicht zu verpflichten, öffentliches in privates Eigentum zu überführen.

Die besseren Argumente sprechen mithin für die enge Interpretation des Begriffs der Eigentumsordnung.

4. Zwischenergebnis

Das bedeutet, dass Art. 295 EG dem OU solange nicht entgegensteht, wie nur private Unternehmen gezwungen werden, ihre Netze zu verkaufen. Artikel 295 EG steht allerdings dem Zwangsverkauf der Übertragungsnetze in öffentlichem Eigentum entgegen. Die Behauptung der Kommission, die Übertragung des Netzes auf eine unabhängige Stelle reiche für die Umsetzung der Richtlinie aus, ist tatsächlich kein OU, da der Staat alter und neuer Eigentümer ist. Es handelt sich um ein Feigenblatt, um das bereits umgesetzte gesellschaftsrechtliche Unbundling als OU erscheinen zu lassen. Dem ISO/ITO steht die Kompetenzausübungssperre nicht entgegen.

IV. Verstoß des Vorschlags gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz

Ferner könnte der Richtlinienvorschlag gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstossen, indem öffentliche Unternehmen wegen Art. 295 EG nicht vom OU betroffen sind, während privaten Energieversorgungsunternehmen ein Zwangsverkauf auferlegt werden kann.

Der Gleichheitssatz ist vom EuGH allgemein anerkannt.¹⁷⁹ Ein Verstoß ist dann anzunehmen, wenn eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleicher vorgenommen wird. Ein Vergleich privater und öffentlicher Unternehmen ergibt, dass öffentliche Unternehmen nicht vom OU betroffen sind. Es liegt eine Ungleichbehandlung vor.

Eine Ungleichbehandlung kann aus objektiven Gründen gerechtfertigt sein. Der EuGH sieht Art. 295 EG nicht als Rechtfertigungsgrund an, um von den Bestimmungen des Vertrags abzuweichen.¹⁸⁰ Auch die Forderung der Kommission nach völliger Unabhängigkeit des Netzbetreibers vom staatlichen Energieproduzenten ist nicht geeignet, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, da die

¹⁷⁸ Ibid., S. 385.

¹⁷⁹ EuGH, verb. Rs. 117/76 und 16/77, *Ruckdeschel und Ströh*, Slg. 1977, 1753, 1769 f.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 38.

Unabhängigkeit des staatlichen Netzbetreibers nicht zu gewährleisten wäre.¹⁸¹ Der Staat als Eigentümer könnte und wollte nie die vollständige Unabhängigkeit garantieren. Damit stellt die von der Kommission geforderte vollständige Unabhängigkeit allenfalls einen frommen Wunsch dar. Daher verstößt das OU auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

G. Vierte Option: Freiwilliger Verkauf der Netze

E.ON hat im Februar 2008 bereits angekündigt, seine Stromnetze zu verkaufen, um so eine Einstellung des Verfahrens wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bei der Kommission zu erreichen.¹⁸² RWE hat ebenfalls im Rahmen eines Kartellverfahrens angekündigt, seine Gasnetze zu verkaufen.¹⁸³ Damit erreichte die Kommission ihr Ziel, ohne eine Änderung der geltenden Rechtslage herbeizuführen. Am 25. Juli 2008 hat zudem Vattenfall Europe als erstes Energieversorgungsunternehmen überraschend angekündigt, seine Netze in Deutschland freiwillig zu verkaufen.¹⁸⁴ Dem Beispiel könnte EnBW bald folgen.¹⁸⁵ Viele Energieversorgungsunternehmen werden sich die Frage stellen, ob es nicht profitabler wäre, die Netze zu verkaufen und den Erlös in die Energieproduktion oder die Verteilernetze zu reinvestieren. Diese Optionen scheinen nicht unwahrscheinlich. Das Modell des ISO und des ITO wird eine komplizierte Regulierung erfordern, die große finanzielle und menschliche Ressourcen des Netzeigentümers binden wird. Dieser wird verpflichtet, die Investitionen des Übertragungsnetzbetreibers zu finanzieren und so zum Ausbau der Netzkapazitäten beizutragen, die Wettbewerbern den Netzzugang erleichtern werden. Die vom Netzeigentümer finanzierten Investitionen kommen im Ergebnis damit seinen Wettbewerbern zu Gute. Die Netze können dann nicht mehr dazu instrumentalisiert werden, um Wettbewerber vom Markt auszuschließen. Die Übertragungsnetze dienten den Energieversorgungsunternehmen für ihre strategischen Interessen und der Profitmaximierung. Können diese Ziele in der regulierten Welt nicht mehr im Interesse des Unternehmens verfolgt werden, sollten die Netze verkauft werden.

¹⁸¹ *Calliess*, (Fn. 151), S. 97.

¹⁸² Süddeutsche Zeitung v. 28.2.2008, E.ON will sich selbst zerschlagen.

¹⁸³ FAZ v. 1.6.2008, RWE ist bereit, Gasnetz zu verkaufen; Pressemitteilung der KOM v. 28.2.2008 (E.ON), Memo/08/132; Pressemitteilung der KOM v. 31.5.2008 (RWE), Memo/08/355.

¹⁸⁴ Handelsblatt v. 25.7.2008, Vattenfall will Stromnetz verkaufen.

¹⁸⁵ Die Welt v. 25.7.2008, Versorger wollen ihre Stromnetze verkaufen.

H. Fazit

Der zwischen Parlament und Rat ausgehandelte Kompromiss ist nur hinsichtlich des ITO rechtlich zulässig.

Die EG hat gemäß Art. 95 EG die Kompetenz zum Erlass der vorgeschlagenen Richtlinie. Artikel 295 EG ist eng auszulegen. Das heißt, dass die Kompetenzausübungsschranke nur ein Verbot für die Gemeinschaft konstatiert, Verstaatlichungen oder Privatisierungen per Gemeinschaftsrechtsakt zu erlassen. Daraus folgt, dass die EG nicht wegen Art. 295 EG daran gehindert ist, den ISO/ITO einzuführen. Ferner kann das OU nur private Unternehmen zum Zwangsverkauf ihrer Übertragungsnetze verpflichten. Das bedeutet, dass Art. 295 EG dem OU solange nicht entgegensteht, wie nur private Unternehmen gezwungen werden, ihre Netze zu verkaufen. Staatlichen Unternehmen darf keine Verpflichtung zur Privatisierung aufgegeben werden. Verbleibt das Eigentum des Netzes allerdings beim Staat, liegt kein Fall des OU, sondern des bereits existierenden gesellschaftlichen *Unbundlings* vor. Die von der Kommission geforderte Unabhängigkeit des staatlichen Netzbetreibers vom staatlichen Energieproduzenten ist ein frommer Wunsch und wird praktisch nicht zu gewährleisten sein.

Das in Art. 9 normierte OU verstößt gegen das Gemeinschaftsgrundrecht auf Eigentum. Der Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum ist unverhältnismäßig. Insbesondere fehlt es an der Erforderlichkeit. Als milderes und gleich geeignetes Mittel kommt der ITO in Betracht.

Artikel 13, der den ISO als Alternative zum OU normiert, stellt ebenfalls eine unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Der vollständige Ausschluss jeglicher Einflussnahme des Eigentümers auf den Netzbetreiber ist nicht mit dem Grundrecht auf Eigentum vereinbar. Die Unabhängigkeit des Netzbetreibers muss nur insoweit gewährleistet sein, als dies zur Erreichung der Ziele der Richtlinie erforderlich ist. Dass heißt, die Ermöglichung ausreichender Investitionen und ein diskriminierungsfreier Netzzugang.

Der ITO gemäß Art. 17 ist als eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung anzusehen. Der Aufsichtsrat gewährleistet einen hinreichenden Einfluss auf die Auswahl des Managements sowie die zu treffenden finanziellen Entscheidungen hinsichtlich des Investitionsplans.

Das OU stellt zudem einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen den Gleichheitssatz dar. Die Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen ist durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt. Während private Unternehmen zum Verkauf ihrer Übertragungsnetze gezwungen werden können, steht der Zwangsprivatisierung Art. 295 EG entgegen. Die von der Kommission vorgeschlagene Zuweisung des Netzes an einen „unabhängigen“ Netzbetreiber ist alter Wein in neuen Schläuchen und stellt nur eine Form des gesellschaftlichen *Unbundlings* dar, da der Staat alter und neuer Eigentümer bleibt.

Selbst wenn die Energieversorgungsunternehmen die Wahl zwischen dem OU und dem ISO/ITO hätten, wird sich für sie die Frage stellen, ob der Verkauf der Netze nicht eine höhere Rendite verspricht, als sich auf das Abenteuer mit einem ISO oder ITO einzulassen. Gerade weil der „inhärente Interessenkonflikt“¹⁸⁶ des Netzbetreibers nicht mehr gegeben wäre und die gegenläufigen Interessen der Parteien offen zu Tage treten würden, sind zähe und langwierige Auseinandersetzungen des Eigentümers mit dem Betreiber vorprogrammiert. Dies wird erhebliche Ressourcen des Unternehmens binden. Nicht wenige Unternehmen werden sich daher wohl zum Verkauf der Netze entschließen und den Erlös reinvestieren.

¹⁸⁶ KOM (2007) 528 endg., (Fn. 39), S. 6.