

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

15

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Franz Jürgen Säcker (Hrsg.)

Das Dritte Energiepaket
für den Gasbereich

Deutsch-Englische Textausgabe
mit einer Einführung

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

EINFÜHRUNG

von Professor Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker

I. Leitideen des „Dritten Energiepakets“ vom 13.07.2009

Mit der Richtlinie 2009/73/EG vom 13. Juli 2009 haben das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union unter Aushebung der bislang geltenden Gas-Richtlinie 2003/54/EG, der sog. Beschleunigungsrichtlinie Gas (im Folgenden „Zweite GasRL“ genannt), neue gemeinsame Vorschriften für den Gasbinnenmarkt (im Folgenden „Dritte GasRL“ genannt) geschaffen und ergänzend eine neue Verordnung über den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen erlassen, die an die Stelle der bisherigen Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 tritt.

Die Schritte zur Reform des Energierechts mit dem Ziel einer wettbewerblichen Öffnung der Märkte und der Herstellung eines europäischen Binnenmarktes für Energie haben sich seit 1998 immer mehr beschleunigt. Die erst mit großer Verspätung erfolgte Anpassung des deutschen Energiewirtschaftsrechts an die erste Generation der Binnenmarkttrichtlinien Strom und Gas im Jahre 2002 wurde nach kurzer Zeit überholt durch die Verabschiedung der zweiten Richtliniengeneration, der sog. Beschleunigungsrichtlinien Strom und Gas im Jahre 2005. Das Energiewirtschaftsgesetz nebst seinen zahlreichen Rechtsverordnungen befindet sich seitdem in einem permanenten Reformprozess. Die Anreizregulierungsverordnung, die § 21a EnWG vollzieht, ist erst zum 1. Januar 2009 in Kraft getreten und harrt noch ihrer praktischen Bewährung. Die Gasnetzzugangsverordnung steht vor einer grundlegenden Reform. Das Gesetz zur Beschleunigung des Baus von Höchstspannungsleitungen ist erst am 3. September 2009 in Kraft getreten und ändert das Energiewirtschaftsrecht nicht nur im Bereich des Planungsrechts. Nicht unerwähnt bleiben dürfen hier vor allem die vielen Änderungen, die im Interesse eines verbesserten Klimaschutzes zu Gunsten eines stärkeren Einsatzes von CO₂-freien erneuerbaren Energien vorgenommen worden sind. Das EEG und das KWKG-Gesetz haben bis in das Jahr 2009 hinein viele Änderungen erfahren; weitere Änderungen sind in der nächsten Legislaturperiode zu erwarten. Nunmehr liegt die Dritte Richtliniengeneration für den Strom- und Gasbereich vor und bringt erneut gravierende Änderungen mit sich. Das Dritte Energiepaket enthält vor allem folgende neue Regelungen:

- eine Stromrichtlinie, die die Richtlinie 2003/54/EG vollständig ersetzt,
- eine Gasrichtlinie, die die Richtlinie 2003/55/EG ablöst,

Einführung

- eine Stromverordnung, die die Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 ersetzt,
- eine Gasverordnung, die an die Stelle der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 tritt sowie
- eine Verordnung zur Gründung einer neuen EU-Agentur für die Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Energieregulierungsbehörden.

Besonders hervorzuheben ist die Verschärfung der Vorschriften über die Unabhängigkeit und Neutralität der Netzbetreiber, die als Folge der minimalistischen Umsetzung der Unbundlingvorschriften des Zweiten Richtlinienpakets durch zahlreiche Unternehmen erforderlich geworden sind. Das Dritte Richtlinienpaket wird allerdings keine grundlegende Erneuerung des nationalen Energiewirtschaftsrechts zur Folge haben, da viele Bestimmungen des geltenden Rechts bereits dem neuen europäischen Rechtsrahmen entsprechen.

Die nachfolgende synoptische Gegenüberstellung der Richtlinientexte und der Rechtsverordnungen in englischer und deutscher Sprache trägt dem Umstand Rechnung, dass der englische Text die Arbeitsgrundlage für die zahlreichen Diskussionen war, die zu der heutigen Textfassung geführt haben. Die deutsche Übersetzung birgt an zahlreichen Stellen Unklarheiten, die die Gefahr von interpretativen Missverständnissen hervorrufen. Da für die Auslegung der Richtlinien grundsätzlich alle Textfassungen in gleicher Weise maßgeblich sind, ist bei Unklarheiten der Texte der Richtlinien in den anderen wichtigen Arbeitssprachen der EG mit heranzuziehen, wie dies auch der Praxis der Gerichte bei der Auslegung von Richtlinien entspricht. Das nationale Recht, das Richtlinien umsetzt, kann daher nicht in der Tradition des nationalen Rechts, sondern muss aus dem hermeneutischen Zirkel des gemeinsamen Verständnisses der EG-Mitgliedsstaaten richtlinienkonform ausgelegt werden. Dem englischen Text kommt daher eine große verständnisleitende Wirkung zu.

Die nachfolgenden Bemerkungen geben Hinweise darauf, inwieweit die neuen Richtlinien eine Änderung des nationalen Energierechts gebieten. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass eine richtlinienkonforme Umsetzung keine wörtliche Übernahme der EG-rechtlichen Vorschriften verlangt, sondern eine in das nationale Gesetzssystem adäquat eingepasste Umsetzung geboten ist.

Der vorliegende Band bezieht sich ausschließlich auf die Umsetzung der neuen Gas-Binnenmarkttrichtlinie und die Rechtsverordnung über den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen. Die Publikation der auf den Elektrizitätssektor bezogenen Richtlinie erfolgt parallel in einem gesonderten Band. Auch im Lichte der

neuen Richtlinien gilt, dass das europäische Energierecht, trotz erheblicher Zunahme bürokratischer Regulierungselemente auf nationaler und europäischer Ebene, deren Notwendigkeit in den Erwägungsgründen nicht ausreichend dargelegt wird, an einer wettbewerbspolitischen Orientierung im Sinne der Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs in Europa festhält. Neben der Zielsetzung eines gesicherten Netzzugangs und angemessener Nutzungsentgelte und einem ausgedehnten Vertrauensschutzrechts verfolgt das Dritte Energiepaket die Verstärkung der europäischen Zusammenarbeit der Übertragungsnetzbetreiber zur Verbesserung der Energieversorgungssicherheit in Europa, und zwar in ihren beiden Komponenten der Netzzuverlässigkeit und der Versorgungssicherheit auch in Krisenzeiten. Die Klimaschutzziele, die sich die Mitgliedsstaaten der EG gesetzt haben, werden durch gesonderte Rechtsakte geregelt und bleiben hier außer Betrachtung.

Das von den EG-Richtlinien initiierte, geprägte und vorangetriebene nationale Energierecht hat heute, wie ich bereits im Vorwort zur ersten Richtliniengeneration (Neues Energierecht, 2. Auflage 2003, S. VI) geschrieben habe, die Chance, die traditionelle Isolierung vom allgemeinen Privatrecht und der zivilistischen Dogmatik zu überwinden, wie sie für die Periode bis 1998 durch das bis dahin geltende Energiewirtschaftsgesetz des Jahres 1935 und die Freistellung vom Kartellrecht in § 103a GWB bedingt war. Das Energierecht ist heute nicht mehr ein in sich abgeschlossenes autonomes Territorium, sondern ein Teil des europäischen Privat- und Wirtschaftsrechts, das als Teil dieses Ganzen ausgelegt werden muss. Aus der Perspektive einer solchen europäisch orientierten Rechtsentwicklung sollte in Zukunft der Energierechtsvergleichung in Europa eine größere Bedeutung beigemessen werden.

Das Energierecht ist heute nicht mehr ein in sich abgeschlossenes autonomes Territorium, sondern ein wichtiger Teil des europäischen Wirtschafts- und Verbraucherschutzrechts, das als Teil dieses Ganzen ausgelegt werden muss. Nationale Sonderwege muten in einer Phase, in der es „auf Überblick, Verständnis grundlegender Zusammenhänge und die Besinnung auf den europäischen Charakter unserer Rechtskultur“ (*Zimmermann, AcP 202 [2002], S. 247*) ankommt, anachronistisch an. Es ist zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber bei den notwendigen Umsetzungsakten den privatrechtlichen Charakter des Energiewirtschaftsrechts und seiner Rechtssubjekte im Auge behält. Nur dann wird es gelingen, auf die stärker etatistisch geprägten Energierechtssysteme einiger Nachbarstaaten einzuwirken, um diese längerfristig aus ihrer staatlichen Umklammerung zu lösen. So bleibt es völlig unbefriedigend, dass das dritte Richtlinienpaket den in staatlichem Eigentum befindlichen Energieversorgungsunternehmen

Einführung

bei der Umsetzung der Unbundlingvorschriften nicht die gleichen Prinzipien auferlegt wie den privatwirtschaftlichen Energieversorgungsunternehmen. Ebenso sind die Spielräume, die die Mitgliedsstaaten bei der Freistellung geschlossener Verteilnetze für sich in Anspruch nehmen, höchst intransparent, ohne dass sich hier bereits gleiche Maßstäbe abzeichnen. Es ist zu hoffen, dass die verstärkte europäische Kooperation, die in dieser Richtlinie vorgesehen wird, zu einer baldigen Angleichung führen wird.

II. Aufbau der Dritten Gas-RL

Die Dritte Gas-Richtlinie folgt in ihrem Aufbau der Zweiten Richtlinie, die sie vollständig ablöst.

1) Das Kapitel I (Art. 1 und 2) regelt in Übereinstimmung mit der Zweiten GasRL den Anwendungsbereich sowie die Begriffsbestimmung.

2) Das Kapitel II (Art. 3 - 8) enthält allgemeine Organisationsvorschriften und den Art. 1 ergänzende gemeinwirtschaftliche Zielbestimmungen. Die Absätze 1, 2, 3 (teilweise), 7, 10 und 11 der neuen Gasrichtlinie entsprechen den Bestimmungen des Art. 3 der Zweiten Richtlinie, in den Absätzen 4, 5, 6, 8, 9 und 12 hingegen werden die Rechte der Kunden und Energieverbraucher und einige Aspekte zur Verbesserung der Energieeffizienz genauer erläutert als dies in der Zweiten GasRL der Fall war. So werden u.a. die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die Energiearmut zu bekämpfen, die Versorgung aller an das Erdgasnetz angeschlossenen Kunden durch einen Lieferanten sicherzustellen, zentrale Anlaufstellen für Verbraucher einzurichten, unabhängige Mechanismen zur Beilegung von Differenzen im Energiesektor zu schaffen und den Verbrauchern Zugang zu einer Checkliste ihrer Rechte als Energieverbraucher zu verschaffen.

Die Bekämpfung von Armut kann aber nicht Aufgabe privater Energieversorgungsunternehmen sein. Die Hilfestellung bei „Energiearmut“ ist vielmehr eine Schutzaufgabe des Sozialstaats, die dieser im Rahmen des allgemeinen Systems der sozialen Sicherheit übernehmen und finanzieren muss. Eine Diskriminierung der Verbraucher durch unterschiedliche Energiepreise ist mit Art. 82 EG unvereinbar. Art. 86 Abs. 2 EG erlaubt zwar unter den dort genannten Voraussetzungen Einschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, aber keine Diskriminierung der Marktgegenseite. Marktbeherrschende Unternehmen können bei ihren Verkaufspreisen nicht wie der Staat bei der Einkommenssteuer zwischen „arm“ und „reich“ unterscheiden und an die Armen auf Kosten der Reichen umverteilen. Dies wäre das Ende der Trennung von Staat und Gesellschaft und das Ende einer marktwirtschaftlichen Organisation der Wirtschaft.

Auch Art. 86 Abs. 2 EG erlaubt zwar unter den dort genannten Voraussetzungen Einschränkungen des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen, aber legitimiere keine Diskriminierung.

Art. 4 und 5 der Dritten GasRL wiederum entsprechen inhaltlich den Artikeln 4 und 5 der Zweiten Richtlinie.

Art. 6 und 7 dagegen sind neu hinzugekommen; sie nehmen Bezug auf die regionale Solidarität innerhalb des Erdgasbinnenmarkts. So soll für Notsituationen, die zu gravierenden Unterbrechungen der Versorgung eines Mitgliedsstaates führen könnten eine stärkere regionale Zusammenarbeit gesichert werden; in Bezug auf diese Kooperation kann die Kommission Leitlinien erlassen. Dazu kommt nach Art. 7 die neue Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Integration der nationalen Märkte „auf einer oder mehreren **regionalen** Ebenen“ als weiteren Schritt hin zu einem vollständig liberalisierten Binnenmarkt zu fördern.

Die technischen Vorschriften in Art. 8 entsprechen denjenigen des Art. 6 der Zweiten Gasrichtlinie.

3) Kapitel III (Art. 9 – 16) beschäftigt sich unter dem Titel „Fernleitung, Speicherung und LNG“ mit der Entflechtung der Fernleitungsnetze und Fernleitungsnetzbetreiber. Art. 10 führt erstmals ein Zertifizierungsverfahren ein für diese Betreiber. Neu hinzugekommen ist in diesem Kapitel die Benennung der Betreiber von Speichern und LNG-Anlagen (Art. 12), deren Aufgaben gemeinsam mit den Aufgaben der Fernleitungsnetzbetreiber in Art. 13 genannt werden. Art. 14 führt das gegenüber der Zweiten GasRL neue Konzept des **Independent System Operator (ISO)** ein. Dieses neue Leitbild eines staatlich zugelassenen unabhängigen Netzbetreibers zielt darauf ab, dass bislang vertikal integrierte Gasversorgungsunternehmen ihre ohnehin bereits rechtlich und organisatorisch (funktional) getrennten Betreiber der Gasfernleitungen dem Management eines unabhängigen Netzbetreibers unterstellen, der dann die Netzgesellschaft eigenverantwortlich leitet. Die Rolle des Netzeigentümers reduziert sich beim ISO-Modell damit im Wesentlichen auf die Rolle eines partiarischen Darlehensgebers.¹ In den verbleibenden zwei Artikeln dieses Kapitels werden die genauen Entflechtungsanforderungen an Fernleitungsnetzeigentümer und Speicheranlagenbetreiber und die Vertraulichkeitsanforderungen für Betreiber und Eigentümer von Fernleitungsnetzen geklärt.

¹ Näher dazu *Säcker*, Der Independent System Operator, 2007.

Einführung

4) Kapitel IV (Art. 17 – 23) ist neu eingefügt worden. Diese Artikel legen die Rechtsstellung des Unabhängigen Fernleitungsnetzbetreibers (ITO) fest. Es wird bestimmt, über welche Vermögenswerte, Anlagen und Personal ein ITO verfügen muss. Seine zusätzlichen Aufgaben werden beschrieben; die Unternehmensidentität des ITO muss eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Unternehmen oder Teilen davon ausschließen, und es werden verschiedene Bereiche genannt (IT, Rechnungslegung), in denen es keine gemeinsame Nutzung geben darf (Art. 17). Art. 18 und 19 regeln die personelle Unabhängigkeit des Fernleitungsnetzbetreibers. Dann werden die wesentlichen Punkte in Bezug auf das Aufsichtsorgan des ITO, und das vom Fernleitungsnetzbetreiber aufzustellende Gleichbehandlungsprogramm festgelegt (Art. 20 und 21). Art. 22 regelt Aspekte des Netzausbaus und die Befugnis zum Erlass von Investitionsentscheidungen. Es ist ein zehnjähriger Netzentwicklungsplan aufzustellen, der von der Regulierungsbehörde geprüft und dessen Einhaltung überwacht wird. Abschließend werden die Entscheidungsbefugnisse des ITO in Bezug auf den Anschluss von Speicheranlagen, LNG-Wiederverdampfungsanlagen und Industriekunden an das Fernleitungsnetz behandelt.

Die neuartige Rechtsfigur eines unabhängigen Übertragungsnetzbetreibers (ITO) ist eine Alternative zum Ownership Unbundling und zum ISO. Art. 20 Abs. 3 gewährt den Anteilseignern des ITO im Aufsichtsorgan eine „casting vote“ bzw. eine Mehrheit von einem Mitglied, gibt aber der Regulierungsbehörde ein Mitwirkungsrecht bei den in die oberste Unternehmensleitung gewählten Personen (Art. 19 Abs. 2 der Dritten GasRL). Erhebt die Behörde binnen drei Wochen nach der Mitteilung von der Bestellung Einwände gegen die berufliche Unabhängigkeit des Gewählten, so wird die Bestellung nicht verbindlich. Die Bestellung steht damit unter einer aufschiebenden Bedingung. Um Unsicherheit und persönliche Beschädigung des Betroffenen zu vermeiden, wird der Fernleitungsnetzbetreiber sich daher im Vorfeld mit der Behörde ins Benehmen setzen.

Der Fernleitungsnetzbetreiber muss im Gegensatz zur bisherigen Regelung nicht nur über eine eigene Managementebene verfügen, die seine kaufmännische und netztechnische Unabhängigkeit und Handlungsfähigkeit sichert, sondern in Zukunft auch über alle personellen, technischen, materiellen und finanziellen Ressourcen, die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlich sind (Art. 17).

Als Rechtsform für den ITO sieht Art. 17 Abs. 3 der Dritten GasRL vor, dass der Übertragungsnetzbetreiber eine der in Art. 1 der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 68/151/EWG vorgesehenen Rechtsformen haben muss; d.h. es muss sich um eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung handeln. M.E. ist die

deutsche GmbH keine für den ITO geeignete Rechtsform. Bei der GmbH ist die Gesellschafterversammlung – anders als bei der AG die Hauptversammlung – das oberste Organ der Gesellschaft. Der Abschwächung der Kompetenzen der GmbH-Gesellschafterversammlung setzen, wie *Zöllner*² zutreffend schreibt, ungeschriebene Prinzipien des GmbH-Rechts Grenzen: „Zu ihnen gehört, dass die Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft nicht beseitigt werden darf.“³ Die Gesellschafterversammlung hat insbesondere jederzeit das Recht, durch Änderungen des Gesellschaftsvertrages alle wichtigen Kompetenzen wieder an sich zu ziehen. Auch die weitreichenden Rechte von Minderheitsgesellschaftern (insbesondere § 51a GmbHG) lassen sich nicht beseitigen (§ 51a Abs. 3 GmbHG) und stehen dem effektiven Schutz von netzbezogenen Geschäftsgeheimnissen vor der Muttergesellschaft entgegen.⁴ Dies spricht m.E. dagegen zu versuchen, die GmbH im Wege der Satzungsgestaltung zur „AG“ zu machen, um ihre Tauglichkeit als ITO herbeizuführen. Die AG ist im Hinblick auf §§ 76, 119 Abs. 2 AktG strukturell für die ITO-Rolle geeignet, da die Aktionäre keine Möglichkeit haben, die gesetzliche Kompetenzverteilung in der AG zu ihren Gunsten abzuändern (§23 Abs.5 AktG).

Da die ITO-Vorschriften eine Zusammenfassung des ÜNB und des vertikal integrierten EVU unter einheitlicher Leitung i.S. von § 18 Abs. 1 AktG nicht zulassen, ist eine gesetzliche Sondervorschrift im künftigen EnWG (analog § 6 Abs. 2 EnWG) geboten, die auch in Zukunft die körperschaftssteuerrechtliche Konsolidierung ermöglicht.

5) Kapitel V (Art. 24 – 29) mit seinen Bestimmungen über Verteilung und Versorgung entspricht im Großen und Ganzen inhaltlich den Regelungen in Kapitel IV der Zweiten Gasrichtlinie. Neu hinzugekommen ist in Art. 28 eine Sonderregelung für geschlossene Verteilernetze. So können ab Inkrafttreten der Dritten GasRL die Mitgliedstaaten unter bestimmten in Art. 28 genauer detaillierten Bedingungen ein Netz als geschlossenes Verteilernetz einstufen lassen und dem Betreiber eine Freistellung von den Verpflichtungen aus Art. 32 er-

² *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2006, § 45 RdNr. 6 und § 46 RdNr. 6.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG-Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 45 RdNr.14; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 45 RdNr.2; *K.Schmidt*, in: Scholz, GmbHG-Kommentar, 10. Aufl. 2007, § 45 RdNr. 10; *Hüffer*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbH-Groß-Kommentar, 2006, § 45 RdNr.15

³ Ähnlich *Reuter*, in: Festschrift für GmbHG, 1992, S. 635ff.; *Schubel*, Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften, 2003, S. 653ff. m.w.N.

⁴ Vgl. dazu näher *Säcker*, DB 2004, S. 691, 693; *Stamati*, Die Anforderungen der operativen Entflechtung nach den Beschleunigungsrichtlinien der EG, 2007, S. 123 ff.

Einführung

möglichen. Art. 29 ermöglicht weiterhin die Existenz von Kombinationsnetzbetreibern, sofern diese den neuen Regelungen zur Entflechtung Rechnung tragen.

Die den Betreiberbegriff in Art. 17 Abs. 1 und 2 der Richtlinie präzisierenden Begriffsmerkmale müssen, da es sich um allgemeine Merkmale eines rechtlich und organisatorisch selbständigen Anlagenbetreibers i.S. des Wirtschaftsverwaltungsrechts handelt, sinngemäß auch für den Betreiberbegriff in den Art. 24ff. gelten und prägen die Auslegung des Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie. Damit verbleibt es auch in Zukunft bei §§ 7, 8 EnWG und der zutreffenden Interpretation dieser Vorschrift in der Bekanntmachung der BNetzA vom 21.10.2008 und der Praxis der zuständigen Beschlusskammer 6.⁵ Das EG-Recht will „den inhärenten Interessenkonflikt“ durch die „tatsächliche Trennung der Netzaktivitäten von der Versorgungs- und Erzeugungsaktivität (Erwägungsgründe 8, 21 und 25) lösen; es will keine Scheinlösung.

Die Unbundlingvorschriften für Verteilernetze überlagern als *leges speciales* und *leges posteriores* das Konzernrecht, schließen aber – anders als beim ITO – dessen Anwendbarkeit nicht aus (vgl. Art. 26 Abs. 2 lit. c der Dritten GasRL). Sie schränken lediglich die konzernrechtlichen Leitungsbefugnisse der Obergesellschaft ein, soweit netzbezogene Entscheidungen betroffen sind oder die faktische Unabhängigkeit des Managements der Netzgesellschaft dadurch beeinträchtigt wird. Die Vorschriften tangieren nicht die sich auf Rentabilitätsinteressen beschränkende Leitung der Infrastrukturgesellschaft durch die Gesellschafter. Die Reduktion der umfassenden Leitungsbefugnis der Konzernobergesellschaft durch die gesetzliche Begrenzung des Weisungsrechts bzgl. der technisch-kaufmännisch eigenverantwortlichen Netzführung und der Netzpreise sowie bzgl. der Entscheidungen über die gesetzlich gebotenen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen lässt den finanziellen Kern der konzernrechtlichen Leitungsbefugnis i.S. von § 18 AktG unberührt.

6) Kapitel VI (Art. 30 und 31) beschäftigt sich mit dem Thema Entflechtung und Transparenz der Rechnungslegung und entspricht inhaltlich dem Kapitel V der Zweiten Gasrichtlinie. §10 EnWG kann daher fortgeführt werden.

7) Kapitel VII (Art. 32 – 38) ist der Organisation des Netzzugangs gewidmet. Während im Bereich des Zugangs Dritter (Art. 32), des Zugangs zu Speicheranlagen (Art. 33), des Zugangs zu den vorgelagerten Rohrleitungsnetzen (Art. 34), die Verweigerung des Zugangs (Art. 35), Marktöffnung und Gegenseitigkeit (Art. 37) und die Direktleitungen (Art. 38) inhaltliche Übereinstimmung zwi-

⁵ Vgl. etwa BK6-07-044.

schen der Zweiten und der Dritten GasRL besteht, ist Art. 36, der sich mit den neuen Infrastrukturen beschäftigt, im Vergleich zur Zweiten Gasrichtlinie erweitert worden. So behandelt Abs. 4 Ausnahmen nach Abs. 1 und 2, bei denen die Infrastruktur sich auf das Hoheitsgebiet mehrerer betroffener Mitgliedstaaten erstreckt. In diesem Fall hat die Agentur die Möglichkeit, den Regulierungsbehörden der betroffenen weiteren Mitgliedstaaten mit einer Frist von zwei Monaten nach Erhalt des Antrags auf Ausnahme eine Stellungnahme zu übermitteln, die als Grundlage für die Entscheidung der Behörde dienen kann. Die Behörden haben sechs Monate Zeit (verlängerbar um weitere drei Monate), um sich in Bezug auf die Ausnahmegenehmigung /-verweigerung zu einigen und die Agentur davon in Kenntnis zu setzen. Vor der Entscheidung erfolgt gemäß Abs. 5 eine Anhörung der Regulierungsbehörden und des Antragstellers durch die Agentur. Eine weitere Neuerung findet sich in Abs. 9, HS 5. Die Vorschrift sieht in Bezug auf die Entscheidung der Kommission eine Ausnahme für den Fall vor, dass mit dem Bau der Infrastruktur aus Gründen außerhalb des Einflussbereichs der betroffenen Person noch nicht begonnen wurde.

Das EG-Recht verzichtet dabei nach wie vor darauf, inhaltliche Vorgaben bezüglich der Methodologie und des Einzelgenehmigungsverfahrens für „gerechte“ (vgl. Erwägungsgrund Nr. 16) oder „faire“ (vgl. Erwägungsgrund Nr. 54) wettbewerbsanaloge Netznutzungsentgelte zu machen. Auch wird die Einführung einer eigenständigen Anreizregulierung nicht zwingend vorgeschrieben (vgl. aber immerhin Art.41 Abs. 8 der Dritten Gasrichtlinie). Das geltende Recht bedarf daher insoweit keiner Änderung.

8) Kapitel VIII (Art. 39 – 44) beschäftigt sich mit den nationalen Regulierungsbehörden. Während diesem Thema in der Zweiten GasRL nur ein einzelner Artikel (Art. 25) gewidmet war und dieser im Kapitel zur Organisation des Netzzugangs zu finden war, wurden nun die Bestimmungen bedeutend erweitert. Es handelt sich hierbei um Behörden, die rechtlich getrennt und funktional unabhängig von anderen öffentlichen (politischen) und privaten Einrichtungen selbständige Entscheidungen treffen müssen.

So liegt in der Dritten Gasrichtlinie der Schwerpunkt zunächst auf der Struktur und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (Art. 39). Ihre Aufgaben und Befugnisse beinhalten u.a. Festlegung von Tarifen, verschiedene Überwachungstätigkeiten, die Berichterstattung an Kommission und Agentur und den Verbraucherschutz. Agiert ein ISO, so überwacht die Behörde die Erfüllung der Verpflichtungen des ISO und des Eigentümers des Fernleitungsnetzes und die funktionierende Kommunikation zwischen. Im vierten Absatz geht es um die

Einführung

Befugnisse der Behörde, die ihr eine schnelle und effiziente Ausübung ihrer Tätigkeit ermöglichen sollen. Sie kann u.a. Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs durchführen, maßgebliche Informationen bei den betroffenen Unternehmen des Sektors anfordern und Sanktionen gegen Unternehmen verhängen, die ihren Pflichten nicht nachkommen. Nach Abs. 5 ist die Behörde im Fall der Bestimmung eines ITO ermächtigt, die Erfüllung der Verpflichtungen und die geschäftlichen Beziehungen zwischen ITO und vertikal integrierten Unternehmen zu kontrollieren und ggf. bei Verstößen des Fernleitungsnetzbetreibers Maßnahmen zu ergreifen. Ebenso ist die Behörde für die Festlegung der Methoden zur Festlegung der Bedingungen des Netzzugangs und Netzanschlusses und für Ausgleichsleistungen zuständig.

Art. 42 beschäftigt sich mit der Kooperation unter den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten und mit der Agentur. So wird eine verpflichtende regionale Zusammenarbeit festgeschrieben; hierbei haben die Behörden die Möglichkeit, eine verstärkte Zusammenarbeit anzuordnen. Art. 43 behandelt die Einhaltung der Leitlinien. So können Stellungnahmen der Agentur bezüglich der Einhaltung der Richtlinien oder Verordnungen angefordert werden. Die Kommission kann den Fall prüfen und innerhalb von vier Monaten eine Entscheidung über Gültigkeit oder Widerruf der Entscheidung treffen.

Diese Normen weiten die Kompetenzen der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden i.S. verstärkter Planungs-, Regulierungs- und Überwachungszuständigkeiten im Vergleich zu Art. 25 der Zweiten GasRL deutlich aus, ohne dass die Notwendigkeit dazu in den Erwägungsgründen ausreichend begründet wird. Nicht plausibel ist auch die Zuständigkeit der Regulierungsbehörden zusätzlich zur Tätigkeit der Kartellbehörden (vgl. Art. 40 lit. g und Art. 41 Abs. 1 lit. j und k). Die Gefahr einer Abflachung der Eigeninitiative der Fernleitungsnetzbetreiber zugunsten eines Abwartens auf staatliche Vorgaben zur Herstellung einer EG-weiten Marktintegration lässt sich angesichts der Ausweitung der Regulierung und Kontrollkompetenzen nicht von der Hand weisen.

9) Das Kapitel IX (Art. 46) enthält eine Sondervorschrift für mehr Transparenz auf den Endkundenmärkten, die gegenüber der Zweiten GasRL neu ist und die im Rahmen der verbraucherrechtlichen Regelungen des EnWG umgesetzt werden muss.

10) Kapitel X (Art. 46 -56) beinhaltet die Schlussbestimmungen und Regelungen (Art. 49) zum Thema der entstehenden und isolierten Märkte. Der einzige weitere Unterschied zu den früheren Schlussbestimmungen im Kapitel VII der

Zweiten GasRL ist Art. 47 mit einer Vorschrift über die gleichen Ausgangsbedingungen. Hier wird festgelegt, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Dritten GasRL nur Maßnahmen ergreifen dürfen, die mit dem EG-Vertrag vereinbar.

Der Dritten GasRL ist ein Anhang mit im Großen und Ganzen selbstverständlichen und in Deutschland bereits verwirklichten Maßnahmen zum Kundenschutz beigefügt, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind, soweit dies noch nicht geschehen ist.

III. Die Verordnung über Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen

Abgedruckt in Deutsch und Englisch ist auch die unmittelbar, d.h. ohne Umsetzung geltende Rechtsverordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen. Diese Verordnung hebt die VO(EG) 1775/2005 auf. Sie soll nichtdiskriminierende Regeln für den Zugang zu Erdgasfernleitungsnetzen, LNG-Anlagen und Speicheranlagen festlegen und das Entstehen eines transparenten Großhandelsmarkts fördern (Art. 1). Die EG-Beschlüsse sehen nicht nur die Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden vor (vgl. dazu Erwägungsgrund 15 der ErdgasfernleitungsnetzVO), sondern auch einen Zwang zur Zusammenarbeit der Gasnetzbetreiber zum Zweck der optimalen Verwaltung, des koordinierten Betriebs und der sachgerechten Weiterentwicklung der europäischen Stromübertragungsnetze. Um die Vollendung des Binnenmarkts zu fördern, wird der ENTSO Gas (Europäischer Verbund der Fernleitungsnetzbetreiber für Gas) gegründet (Art. 5). Instrument zur Erreichung dieses Ziels sieht Art. 6 die Festlegung von Netzkodizes durch den ENTSO vor, die der von der Agentur zuvor gestellten, insoweit zu Unrecht als unverbindlich gekennzeichneten Richtlinien zu entsprechen haben. Eine relevante Mitwirkung im ENTSO wird den deutschen Übertragungsnetzbetreibern nur gelingen, wenn sie sich zuvor zu einer realen oder virtuellen Netzgesellschaft zusammenfinden.⁶

Bemerkenswert ist neben der Intensivierung sowohl der horizontalen Zusammenarbeitsverpflichtungen der Gasnetzbetreiber in der ENTSO (Gas) und der parallelen Verstärkung der Horizontalkooperation der nationalen Regulierungsbehörden in einer neu zu bildenden europäischen Agentur das vertikalverschränkte Zusammenwirken von Agentur und ENTSO bei der Entwicklung und Planung des europäischen Gasnetzes und die Organisation eines bislang fehlen-

⁶ Vgl. näher dazu *Säcker*, Netzausbau- und der Kooperationsverpflichtungen der Übertragungsnetzbetreiber nach Inkrafttreten des EnLAG und der Dritten StromRL 2009/72 EG vom 13.7.2009, RdE 2009 (demnächst).

Einführung

den europäischen Engpassmanagements. Ob diese die nationalen Behörden ergänzende europäische Regulierungsbürokratie in der Lage ist, divergierende mitgliedsstaatliche Interessen zu integrieren sowie staatseigene und private Gasnetzbetreiber zu einer virtuellen Funktionseinheit mit fairer Lastenteilung zusammenzuführen, wird erst die Zukunft zeigen.