

Das energierechtliche Unbundling-Regime

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Priv.-Doz. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. und Winfried Rasbach, Bonn*

Bereits mit In-Kraft-Treten der Energiebinnenmarktrichtlinien im Jahre 1997 bzw. 1998 haben erste Vorschriften zur Desintegration integrierter Energieversorgungsunternehmen Eingang in den europäischen Rechtsrahmen für die Energiewirtschaft gefunden. Zu einem Zeitpunkt, in dem diese geltenden sekundärrechtlichen Vorgaben noch nicht vollständig in das deutsche Recht umgesetzt sind, sieht der (geänderte) Vorschlag der Kommission zur Änderung der Energiebinnenmarktrichtlinien bereits eine maßgebliche Verschärfung dieser sogenannten Unbundling-Vorschriften vor. Beschränkten sich die bisherigen Regelungen noch im Wesentlichen auf eine buchhalterische Trennung verschiedener Unternehmensbereiche, sehen sich die integrierten Energieversorgungsunternehmen in Zukunft dem vielfach als »Schreckgespenst« herausbeschworenen Legal Unbundling ausgesetzt. Vor diesem Hintergrund gibt der nachfolgende Beitrag zunächst einen Überblick über Bedeutung und Formen des Unbundlings und geht auf Probleme der (noch) bestehenden Rechtslage ein. Im Anschluss daran behandelt er das neue gemeinschaftsrechtliche Unbundling-Regime und zeigt die sich hieraus ergebenden Herausforderungen und Handlungsoptionen des nationalen Gesetzgebers bei dessen Umsetzung auf.

I. Ausgangslage – Entwicklung und aktueller Prozess

Der Rat der EU statuierte bereits im Jahre 1996 das Ziel der Verwirklichung eines »Binnenmarktes für Energie«. Zu diesem Zweck wurden die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie¹ und die Erdgasbinnenmarktrichtlinie² erlassen, die zur »Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitäts- bzw. Erdgasmarktes«³ im Kern die Öffnung der Strom- bzw. Gasnetze für Wettbewerber zum Inhalt haben. Flankierend zur Netzöffnung enthalten beide Richtlinien Vorschriften zur Desintegration vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen. Hinsichtlich der in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie enthaltenen Unbundling-Vorschriften ist der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungspflicht mit der Normierung der §§ 9 Abs. 2, 4 Abs. 4, 7 Abs. 4 EnWG nachgekommen. Eine diesbezügliche Umsetzung der Erdgasbinnenmarktrichtlinie ist – trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist im August 2000 – dagegen lange nicht erfolgt. Erst das Gesetz »zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts«⁴ vom 20.5.2003 hat § 9a Abs. 2 EnWG und damit eine den Art. 13 Abs. 3 GasRL umsetzende Vorschrift in den nationalen Ordnungsrahmen eingefügt.⁵

Bereits in den ersten Stellungnahmen nach In-Kraft-Treten der Energiebinnenmarktrichtlinien hat die Kommission die ihrer Ansicht nach bestehende Schwäche der Regelungen zum Unbundling beklagt und diese als wesentliches Markteintrittshemmnis ausgemacht, das der Schaffung eines wirksamen und fairen Wettbewerbs entgegen stehe.⁶ Dem zufolge enthält der (geänderte) Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates »zur

* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, die Autoren Kühling und Rasbach sind dort wissenschaftliche Mitarbeiter. Alle WWW-Zitate weisen den Stand vom 1.6.2003 auf.

1 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG Nr. L 27 vom 30.1.1997, S. 20.

2 Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Gasbinnenmarkt, ABl. EG Nr. L 204 vom 24.7.1998, S. 1.

3 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (EltRL): »Die Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarktes ist ein wichtiger Schritt zur Vollendung des Energiebinnenmarktes« sowie Erwägungsgrund Nr. 3 Erdgasbinnenmarktrichtlinie (GasRL): »Die Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten Erdgasmarktes ist ein wichtiger Bestandteil der Vollendung des Energiebinnenmarktes«.

4 BGBl. 2003, Teil I, S. 686.

5 Der Gesetzesbeschluss geht zurück auf einen Entwurf, den die Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen mit Antrag vom 17.12.2002 in den Bundestag eingebracht haben, s. BT-Drs. 15/197. Dem Legislativvorschlag haben Bundestag und Bundesrat in einer durch das Vermittlungsverfahren leicht veränderten Fassung zugestimmt, vgl. BT-Plenarprotokoll 15/37 3.4.2003 S. 3055C-D; BR-Drs. 182/03. Die Modifikation des Gesetzesvorschlags im Vermittlungsverfahren betrifft die ursprünglich geplante »Verrechtlichung« der Verbändevereinbarungen. Diese wurde insoweit aufgelockert, als nunmehr die Vermutungsregel für die Erfüllung guter fachlicher Praxis trotz Einhaltung der Verbändevereinbarung nicht gilt, wenn die Anwendung der Verbändevereinbarung insgesamt oder die Anwendung einzelner Regelungen der Vereinbarungen nicht geeignet ist, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, s. BT-Drs. 15/712.

6 S. Kommission, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament – Die jüngsten Fortschritte bei der Schaffung eines Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM (2000) 297 endg., S. 4, 13; Kommission, Grünbuch – Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, KOM (2000) 769 endg., S. 83 f., 87; Kommission, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament – Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 endg., Punkt 2; Kommission, Zweiter Benchmarkingbericht über die Vollendung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, SEK (2002) 1038, S. 4, 8.

Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt⁷ deutlich strengere Desintegrationsregelungen und sieht insbesondere die rechtliche Trennung der Übertragungs- und Verteileraktivitäten von den übrigen Unternehmensbereichen vor, mithin die Einführung des sogenannten Legal Unbundlings. Ein solchermaßen verschärftes Unbundling-Regime ist auch Bestandteil der gemeinsamen Standpunkte des Rates vom 3. 2. 2003⁸, so dass seine Einführung sich nunmehr als nahezu sicher abzeichnet.⁹ Diese neuen Unbundling-Vorschriften werfen zahlreiche Fragen hinsichtlich ihrer ordnungsgemäßen Umsetzung auf (dazu unter V.). Zuvor soll jedoch – zum besseren Verständnis – auf die Legitimation (II.) und die verschiedenen Formen des Unbundlings (III.) sowie auf die bestehende Rechtslage (IV.) eingegangen werden.

II. Legitimation der Unbundling-Vorschriften

Die Vorschriften zum Unbundling sind in besonderem Maße gespeist aus dem materiellen Gedanken des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, welches gemeinschaftsrechtlich in Art. 82 EG niedergelegt ist.¹⁰ Die Übertragungs- und Verteilernetze stellen nach derzeitiger Lage natürliche Monopole dar.¹¹ An diesem Charakter dürfte sich auch auf absehbare Zeit nichts ändern. Eine Duplizierung der Netze erscheint ökonomisch nicht sinnvoll. Dem Netzbetreiber ist es untersagt, seine aus der Monopolstellung erwachsende marktbeherrschende Position auf dem Übertragungs- bzw. Verteilermarkt zur Diskriminierung seiner Wettbewerber auf den vor- und nachgelagerten Märkten auszunutzen. § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG legt daher fest, dass Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen »zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen (haben), die nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden«. Bei der Absicherung dieses materiellen Gebots durch die formellen Anforderungen der Unbundling-Verpflichtungen wird deren maßgebliche Funktion deutlich: Sie sollen durch eine virtuelle oder strukturelle Trennung der Übertragungs- und Verteilernetzbereiche von den übrigen Geschäftsbereichen eines integrierten Energieversorgungsunternehmens die notwendige Transparenz herstellen, die einen tatsächlich diskriminierungsfreien Netzzugang erst ermöglicht. Ferner sollen sie Quersubventionierungen und damit Wettbewerbsverzerrungen auf den vor- und nachgelagerten Märkten soweit wie möglich ausschließen.¹² Die Unbundling-Vorschriften stellen damit ein die Netzzugangsregeln flankierendes Instrument dar zur Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Energiemarkt.¹³

III. Einteilung der Unbundling-Vorschriften

Die Unbundling-Vorschriften lassen sich nach ihrer Erscheinungsform grundsätzlich in fünf Kategorien aufteilen.¹⁴ Die

Vorschriften zum *Informationsunbundling* verpflichten integrierte Energieversorgungsunternehmen zur getrennten Verwendung betriebswichtiger Informationen. Ziel dieser Vorschriften ist es, aus dem Betrieb der Netze resultierende Informationsvorsprünge der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gegenüber den nicht integrierten Wettbewerbern auf den dem Netzbetrieb vor- bzw. nachgelagerten Märkten der Erzeugung bzw. Versorgung auszuschließen. Das *buchhalterische Unbundling* (auch rechnungsmäßiges Unbundling¹⁵ oder Unbundling of accounts¹⁶ genannt) verlangt von den integrierten Energieversorgungsunternehmen in ihrer Rechnungslegung die Führung getrennter Konten für die verschiedenen Aktivitäten des Unternehmens auf den unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen. Die getrennte Kontenführung soll dabei durch

7 KOM (2002) 304 endg.

8 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 5/2003 des Rates vom 3. 2. 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG 2003 C 50 E/15 (nachfolgend: EltRL-E); gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 6/2003 des Rates vom 3. 2. 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EG 2003 C 50 E/03 (nachfolgend: GasRL-E). Der Festlegung der gemeinsamen Standpunkte war eine politische Einigung vom 25. 11. 2002 vorausgegangen, bei der sich die Energieminister der EU-Mitgliedstaaten darauf verständigt hatten, das Legal Unbundling der Übertragungs-/Fernleitungsnetze bereits im Juli 2004, das Legal Unbundling der Verteilungsnetze dagegen erst im Juli 2007 und nach Durchführung eines Überprüfungsverfahrens In-Kraft-Treten zu lassen. S. hierzu Pressemitteilung IP/02/1733 vom 26. 11. 2002.

9 Die Verabschiedung der Änderungsrichtlinie bis Ende Juni 2003 steht auf der Agenda der griechischen Ratspräsidentschaft, s. hierzu das von Griechenland und Italien vorgelegte gemeinsame Arbeitsprogramm des Rates für 2003, abrufbar im WWW unter der URL: <http://www.eu2003.gr>. Um die Annahme der Richtlinie in zweiter Lesung durch den Rat noch vor der Sommerpause 2003 zu erreichen, sind die Vertreter von Parlament, Rat und Kommission bestrebt, die verbliebenen Streitpunkte im Wege eines informellen Trilogs einer Klärung zuzuführen.

10 Im deutschen Recht findet sich dieser Grundsatz in § 19 Abs. 1 GWB.

11 S. zum natürlichen Monopol ausführlich *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2001, S. 21 ff.

12 S. auch die in Art. 14 Abs. 3 EltRL, 13 Abs. 3 GasRL niedergelegte gesetzgeberische Motivation für die Einführung des buchhalterischen Unbundlings, wonach die integrierten Versorgungsunternehmen getrennte Konten »zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen« zu führen haben.

13 Zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs s. grundlegend *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, K&R 2003, S. 8 (8 ff.).

14 S. zu den verschiedenen Erscheinungsformen der Desintegrationsvorschriften in den Netzwirtschaften grundlegend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2003 (im Erscheinen), Kapitel 3 D.

15 So etwa *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2001, S. 116 ff.

16 *Baur/Lückenbach*, Fortschreitende Regulierung in der Energiewirtschaft, 2002, S. 80.

die gesteigerte Transparenz der Kostenzuordnung zu einer besseren Vergleichbarkeit der Tarife führen, die das integrierte Unternehmen von Wettbewerbern verlangt und den Kosten, die es innerhalb des Unternehmens kalkulatorisch in Rechnung stellt. Die Vorschriften, die das sog. *Verwaltungsunbundling* (auch organisatorisches¹⁷, funktionelles oder Management Unbundling¹⁸ genannt) zum Inhalt haben, verpflichten vertikal integrierte Unternehmen zur getrennten Verwaltung verschiedener Unternehmensbereiche.¹⁹ Gefordert wird insoweit lediglich die Einrichtung von eigenständigen und unabhängigen Abteilungen innerhalb des Gesamtunternehmens, nicht aber deren gesellschaftsrechtliche Ausgliederung. Diese Form des Unbundlings führt mithin nur zu einer unechten strukturellen Trennung verschiedener Sparten eines Unternehmens. Einen weiter gehenden Eingriff in die Unternehmensorganisation stellt das *gesellschaftsrechtliche Unbundling* (auch organisationsrechtliches oder Legal Unbundling²⁰ genannt) dar. Indes ist auch diese Form des Unbundlings noch als unechte strukturelle Trennung von Unternehmensbereichen zu qualifizieren²¹: Das gesellschaftsrechtliche Unbundling verlangt eine vollständige gesellschaftsrechtliche Trennung verschiedener Aktivitäten eines Unternehmens, belässt aber die Eigentumsrechte der ausgliedernden Tochterunternehmen beim Mutterunternehmen. Erst die eingriffsintensivste Form des Unbundlings, das *eigentumsrechtliche* (oder Ownership) *Unbundling* verlangt die vollständige, auch eigentumsrechtliche Trennung der verschiedenen Sparten eines integrierten Unternehmens und führt damit zu einer echten strukturellen Trennung der verschiedenen Tätigkeitsebenen des Unternehmens. Das eigentumsrechtliche Unbundling unterbindet zwar jegliche Diskriminierungsanreize zugunsten des verbundenen Unternehmens, ist aber gleichzeitig schwer wiegenden Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlich gewährten Eigentumsgarantie ausgesetzt.²² Vorschriften, die ein eigentumsrechtliches Unbundling vorsehen, finden sich weder im aktuellen energierechtlichen Ordnungsrahmen noch in den Vorschlägen der Kommission zur Änderung der Energiebinnenmarkttrichtlinien. Allerdings scheint die Kommission auch die Einführung dieser – vom Europäischen Parlament geforderten – Form des Unbundlings als mögliche Option für die Zukunft zu erachten, sollte sich aus ihrer Sicht eine zu geringe Wirkung der schwächeren Unbundling-Formen herausstellen.²³

IV. Bisherige Rechtslage

Im geltenden energierechtlichen Ordnungsrahmen finden sich bislang einzelne Anordnungen eines Informations-, Rechnungslegungs- und Verwaltungsunbundlings, wobei der Pflicht zur getrennten Rechnungslegung in der Praxis bisher die größte Bedeutung zugekommen ist.

1. Informationsunbundling

Art. 9, 12 EltRL, 8 Abs. 1, 11 Abs. 1 GasRL legen den Betreibern der Übertragungs- und Verteilernetze bzw. den Fernleitungs- und Verteilerunternehmen die Pflicht auf,

wirtschaftlich sensible Informationen, die sie im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit erlangen, vertraulich zu behandeln. Für den Gasbereich normieren Art. 8 Abs. 2, 11 Abs. 2 GasRL darüber hinaus ein Verbot, solche Informationen, die Fernleitungs- bzw. Verteilerunternehmen von Dritten im Zusammenhang mit der Gewährung eines Netzzugangs erhalten, beim Verkauf oder Erwerb von Erdgas durch sie selbst oder verbundene Unternehmen zu missbrauchen.

Eine Umsetzung dieser Vorschriften zum Informationsunbundling in das nationale Energierecht ist bislang nur unzureichend erfolgt: Im Elektrizitätsbereich findet sich allein für die als Alleinabnehmer tätigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in § 7 Abs. 4 S. 2 EnWG das Verbot der Weitergabe von Informationen an die mit der Erzeugung und der Verteilung befassten Abteilungen des Unternehmens. Für den Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber fehlt eine solche Regelung. Ein Verbot der Weitergabe sensibler wirtschaftlicher Informationen ist auch § 4 Abs. 4 EnWG nicht zu entnehmen, der den Betrieb des Übertragungsnetzes in einer eigenen Abteilung vorschreibt. Dies ergibt sich zwingend aus einem systematischen Vergleich mit § 7 Abs. 4 EnWG. Dort ist über die verwaltungsmäßige Trennung der verschiedenen Abteilungen hinaus das Verbot des Informationsaustauschs explizit angeordnet.²⁴ Daher kann auch eine

17 Danner, in: Danner, Energiewirtschaftsrecht, 2002, § 4 EnWG Rn. 18, spricht von »organisatorischer Entflechtung«.

18 So Baur/Lückenbach (Fn. 16), S. 80.

19 Sie intendieren ebenfalls eine erhöhte Transparenz und die Nichtdiskriminierung von Wettbewerbern. S. insoweit auch Erwägungsgrund Nr. 30 EltRL: »Zur Gewährleistung von Transparenz und Nichtdiskriminierung muss die Übertragungsfunktion von vertikal integrierten Unternehmen unabhängig von den anderen Aktivitäten betrieben werden.« S. auch Danner, in Danner (Fn. 17), § 4 EnWG Rn. 18.

20 S. Baur/Lückenbach (Fn. 16), S. 80; Scholz, ET 2001, S. 678 (678).

21 A.A. aber wohl Scholz, ET 2001, S. 678 (679f.), der dem Legal Unbundling nicht nur strukturkontrollierende Qualität zuweist, sondern darüber hinaus auch dessen Charakter einer »entziehenden« und nicht nur »umgestaltenden Entflechtung« betont.

22 S. hierzu grundlegend schon Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 83 ff. und S. 137 ff.; s. auch Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981, S. 15 ff.

23 Vgl. etwa die Begründung der Kommission zum geänderten Vorschlag für eine »Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt, KOM (2002) 304 endg., S. 14, in der die Kommission den weiter gehenden Vorschlag des Europäischen Parlaments, für den Bereich des Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetriebs das eigentumsrechtliche Unbundling vorzuschreiben, zwar ablehnt, aber eine fortlaufende Überwachung der von ihr vorgesehenen Unbundlingregelungen ankündigt und sich vorbehält, »gegebenenfalls weitere Maßnahmen vorzuschlagen«.

24 Zu demselben Ergebnis gelangt Kunze, in: Energiewirtschaftsgesetz 1998, 1999, Art. 1, § 4 Rn. 5.2. Im deutschen Recht lässt sich eine Pflicht zur Vertraulichkeitswahrung wirtschaftlich sensibler Informationen, wie sie Art. 9, 12 EltRL vorsehen, daher allenfalls aus der Generalklausel des § 1 UWG herleiten, die wettbewerbsfeindliches Verhalten untersagt.

richtlinienkonforme Auslegung zu keinem anderen Ergebnis führen.²⁵ Der entsprechende Richtlinienverstoß ist umgehend zu beseitigen. Für den Bereich der Gasversorgung sieht § 6a EnWG nunmehr eine die Art. 8 Abs. 2 und 11 Abs. 2 GasRL umsetzende Regelung vor.

2. Buchhalterisches Unbundling

Vorschriften, die das buchhalterische Unbundling vorschreiben, finden sich in beiden Energiebinnenmarkt Richtlinien. Art. 14 Abs. 3 ETRL bestimmt, dass integrierte Elektrizitätsunternehmen in ihrer internen Buchführung getrennte Konten für ihre Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsaktivitäten sowie ihre sonstigen Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitätsbereichs zu führen haben, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden. Im Gasbereich ist nach Art. 13 Abs. 3 GasRL für die Aktivitäten Erdgasfernleitung, -verteilung und -speicherung sowie die sonstigen Aktivitäten außerhalb des Erdgassektors getrennt Rechnung zu führen. Die Umsetzung in das nationale Recht ist im Elektrizitätssektor durch § 9 Abs. 2 EnWG erfolgt. Für den Gasbereich ist durch die EnWG-Novelle die Parallelvorschrift des § 9a Abs. 2 EnWG eingefügt worden.

Wenngleich sich beide Vorschriften grundsätzlich am Wortlaut der Richtlinienvorschriften orientieren, beschränkt § 9 Abs. 2 EnWG den Adressatenkreis auf »Elektrizitätsversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung«. Versteht man diese Einschränkung dergestalt, dass Unternehmen, die nur einzelne Dritte oder mehrere abschließend festgelegte Abnehmer versorgen, von der Pflicht zur getrennten Buchführung ausgenommen sind²⁶, so widerspricht dies der Vorgabe des Art. 14 Abs. 3 ETRL.²⁷ Das EnWG liefert indes keine Definition des Begriffs des »Elektrizitätsunternehmens der allgemeinen Versorgung«²⁸ und lässt damit Raum für eine insoweit gebotene und vom Wortlaut noch gedeckte richtlinienkonforme Auslegung. Danach sind nur solche Unternehmen von dieser Unbundling-Pflicht ausgenommen, die lediglich für den eigenen Bedarf erzeugen.²⁹

Die Auslegung der Begriffe Erzeugung, Übertragung und Verteilung in § 9 Abs. 2 EnWG bzw. Erdgasfernleitung, -verteilung und -speicherung in § 9a Abs. 2 EnWG hat sich an den Definitionen der Energiebinnenmarkt Richtlinien zu orientieren, wobei die Aufzählung der Sparten als abschließend aufzufassen ist. Die Gegenüberstellung mit den (übrigen) Aktivitäten außerhalb des Elektrizitäts- bzw. Erdgassektors spricht dafür, dass das Gesetz den Bereich innerhalb des Elektrizitäts- bzw. Erdgassektors durch die aufgezählten Aktivitäten abschließend beschreiben wollte und insofern kein Raum für ein weiteres Segment »Sonstige Tätigkeiten innerhalb des Elektrizitäts- bzw. Erdgassektors« besteht.³⁰

Die getrennte Buchführung hat sich im Übrigen an dem in Art. 14 Abs. 3 ETRL, 13 Abs. 3 GasRL niedergelegten Grundsatz auszurichten, wonach die Kontoführung in einer Weise zu erfolgen hat, als ob die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden. Dieser »Als-Ob-Grundsatz« fehlt zwar im Wortlaut der §§ 9 Abs. 2, 9a Abs. 2 EnWG, ist aber im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der Vorschriften zu beachten.

Hieraus folgt auch die Notwendigkeit, die anderen Unternehmensbereichen in Rechnung gestellten Kosten in Marktpreisen abzubilden, d.h. mit einem kalkulatorischen Ge-

25 Die richtlinienkonforme Auslegung findet nämlich dort ihre Grenze, wo sich das Ergebnis durch keine der Auslegungsregeln des nationalen Rechts mehr stützen lässt. Im anderen Falle würde einer europäischen Norm trotz – nach Ausnutzung aller Auslegungsmöglichkeiten – entgegenstehender nationaler Regelung zur Geltung im nationalen Recht verholfen, was auf einen Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht hinausliefe. Zur Rechtsprechung des EuGH, wonach die Auslegung im Lichte der Richtlinie »unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den (...) das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts« zu erfolgen hat, s. EuGH, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891 Rn.28, grundlegend *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 1 ff. Darüber hinaus kommt Art. 9, 12 ETRL, 8, 11 GasRL auch keine unmittelbare Wirkung zu. Bereits die insoweit notwendige Bestimmtheit dieser Regelungen ist in Zweifel zu ziehen; jedenfalls ergibt sich aus ihnen aber eine Belastung für den Einzelnen, welches nach herrschender Ansicht eine unmittelbare Wirkung ausschließt; s. dazu aber kritisch *Kühling/Röckinghausen*, DVBl. 1999, S. 1614 (1616 ff.) m.w.N.

26 So *Kunze*, in: EnWG 1998 (Fn.24), Art. 1 § 9 Rn.1.3; *Danner*, in: *Danner* (Fn.17), § 9 EnWG, Rn.2.

27 Dort sind als Adressaten der Pflicht zur getrennten Kontenführung alle integrierten Elektrizitätsunternehmen vorgesehen, womit gemäß Art. 2 Nr. 17 ETRL sowohl vertikal integrierte Unternehmen, die mindestens zwei der Funktionen Erzeugung, Übertragung oder Verteilung wahrnehmen, gemeint sind, als auch horizontal integrierte Unternehmen, die mindestens eine dieser Tätigkeiten, daneben aber auch eine Tätigkeit außerhalb des Elektrizitätsbereichs ausüben (vgl. Art. 2 Nr. 18, 19 ETRL).

28 Überdies ist auch den Vorschriften des EnWG, in denen der Begriff der »allgemeinen Versorgung« verwendet wird, ein einheitlicher Bedeutungsinhalt schon dieses Begriffs nicht zu entnehmen. Zur unterschiedlichen Auslegung des Begriffs »allgemeine Versorgung« in § 2 Abs. 3 und 10 Abs. 1 S. 1 EnWG siehe *Danner*, in: *Danner* (Fn.17), § 10 Rn.7.

29 Zu diesem Ergebnis gelangt auch der Fachausschuss für öffentliche Unternehmen und Verwaltungen (ÖFA) des IDW in seinem Entwurf vom 30.10.2001: IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung, S. 3 f., abrufbar im WWW unter der URL: <http://www.idw.de>; so der Fachausschuss auch schon früher im Diskussionspapier: Zweifelsfragen der Rechnungslegung und Prüfung von Elektrizitätsunternehmen nach dem Energiewirtschaftsgesetz, in: *Versorgungswirtschaft* 1998, S. 252 (253).

30 A.A. ÖFA, IDW Stellungnahme (Fn.29), S. 5 f., der die Vertragserzeugung und die Versorgung mit Elektrizität als weitere Tätigkeit innerhalb des Elektrizitätsbereichs begreift und dem zufolge auch für diese Aktivitäten eine gesonderte Kontenführung verlangt; so der Fachausschuss auch bereits zuvor in seinem Diskussionspapier (Fn.29), S. 253 f. Hiergegen der VDEW in seiner Stellungnahme zum IDW-Diskussionspapier zur Rechnungslegung nach dem neuen EnWG vom 11.9.1998, S. 3 ff., abgedruckt in der Reihe Argumente, abrufbar im WWW unter der URL: <http://www.strom.de>. Eine ausführliche Darstellung des Streitstandes findet sich bei *Theobald*, in: *Schneider/Theobald* (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft*, 2003, § 1 Rn.123 ff. Der Streit dürfte sich mit Umsetzung der neuen Richtlinienentwürfe aber entschärfen: Art. 19 Abs. 3 ETRL-E, 17 Abs. 3 GasRL-E führen nunmehr die Versorgung explizit als weitere Aktivität auf, für die gesondert Buch zu führen ist. S. dazu unter V.2.

winnaufschlag zu versehen.³¹ Diese Vorgehensweise wird am besten dem Telos dieser Vorschriften gerecht, nämlich – besonders im Hinblick auf die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs – für eine bessere Vergleichbarkeit der Tarife zu sorgen und damit zur Aufdeckung von Quersubventionierungen beizutragen.

3. Verwaltungsunbundling

Die Anordnung eines Verwaltungsunbundlings sieht der geltende Rechtsrahmen nur im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vor. So verlangt § 4 Abs. 4 EnWG den Betrieb des Elektrizitäts-Übertragungsnetzes in einer – von Erzeugung und Verteilung getrennten – eigenen Betriebsabteilung. § 7 Abs. 4 EnWG ordnet die getrennte Verwaltung der Alleinabnehmertätigkeit von der Erzeugungs- und Verteilertätigkeit an.³² Dabei ist dem Begriff »eigene Betriebsabteilung« einerseits eine Eingliederung in das Gesamtunternehmen immanent³³, andererseits folgt aus einer an der Richtlinienvorgabe des Art. 7 Abs. 6 EltRL orientierten Auslegung³⁴ zumindest das Erfordernis einer eigenen Rechnungslegung.³⁵

V. Das neue gemeinschaftsrechtliche Unbundling-Regime

Die von der Kommission vorgeschlagene Richtlinie zur Änderung der Energiebinnenmarkt Richtlinien in der modifizierten Form der gemeinsamen Standpunkte des Rates vom 3. 2. 2003 hat eine deutliche Verschärfung der bestehenden Unbundling-Verpflichtungen zum Inhalt und führt darüber hinaus für die Betreiber von Übertragungs- und Verteilernetzen das gesellschaftsrechtliche Unbundling ein.

1. Informationsunbundling

Der Richtlinienvorschlag beinhaltet zunächst eine Erweiterung der Pflicht zur Vertraulichkeitswahrung betriebswichtiger Informationen. Nach Art. 12, 16 EltRL-E, 10 Abs. 1, 14 Abs. 1 GasRL-E haben die Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber bzw. Fernleitungs- und Verteilerunternehmen nunmehr auch zu verhindern, dass Informationen über eigene Tätigkeiten, die geschäftliche Vorteile bringen könnten, in diskriminierender Weise offen gelegt werden. Dieser »Verhinderungsauftrag« an die Unternehmen ist insofern von neuer Qualität, als er den Unternehmen in Zukunft ein *aktives Tätigwerden* im Hinblick auf die Errichtung einer effektiven Informationssperre abverlangt. Dies beinhaltet die Errichtung von »chinese walls« ebenso wie eine entsprechende Schulung und Überprüfung der Mitarbeiter. Die betreffenden Unternehmen werden zukünftig zu einer kontinuierlichen Prüfung verpflichtet sein, welche Informationen wem gegenüber offen gelegt werden dürfen.³⁶ Diese Erweiterung der gemeinschaftsrechtlichen Informationsunbundling-Verpflichtungen schafft im Übrigen Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber: Um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, hat er entsprechende – bislang fehlende – Vorschriften zum Informationsunbundling in den nationalen Energierechtsrahmen einzuführen.

2. Buchhalterisches Unbundling

Wesentliche Neuerung im Bereich des buchhalterischen Unbundlings ist die explizite Aufnahme der Versorgung in Art. 19 Abs. 3 EltRL-E, 17 Abs. 3 GasRL-E als weitere Tätigkeit, für die integrierte Unternehmen getrennte Konten zu führen haben.³⁷ Im Hinblick auf Sinn und Zweck der Vorschrift, Transparenz insbesondere hinsichtlich der Netzzugangsentgelte zu schaffen, ist die vollständige buchhalterische Trennung der Netzfunktionen von allen übrigen Aktivitäten eines integrierten Unternehmens nur folgerichtig. Insoweit schafft der europäische Gesetzgeber Klarheit in einer vormals umstrittenen Frage.³⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat damit – die Verabschiedung der Änderungsrichtlinie vorausgesetzt – ebenfalls die Funktion Versorgung mit in § 9 Abs. 2 EnWG aufzunehmen. § 9 a Abs. 2 EnWG sieht bereits jetzt die Führung eines getrennten Kontos für Vertriebs- und Handelsaktivitäten vor.³⁹

31 Wie hier *Kunze*, in EnWG 1998 (Fn.24), Art. 1 § 9 Rn.3.5; VDEW, Stellungnahme zum IDW-Diskussionspapier (Fn.30), S. 8 ff.; nunmehr auch ÖFA, IDW Stellungnahme (Fn.29), S. 11, dieser noch anders in seinem Diskussionspapier (Fn.29), S. 255.

32 Dabei ist der Art. 15 Abs. 1 EltRL umsetzende § 7 Abs. 4 EnWG bislang ohne praktische Relevanz geblieben, da sich das Alleinabnehmersystem in Deutschland nicht etabliert hat.

33 Mit der Folge, dass übergreifende Funktionen auch für die Betriebsabteilung »Übertragungsnetz« grundsätzlich weiterhin von zentralen, alle Abteilungen unterstützenden Organisationseinheiten wahrgenommen werden können.

34 Art. 7 Abs. 6 EltRL fordert eine »Unabhängigkeit auf Verwaltungsebene«.

35 A.A. *Kunze*, in: EnWG 1998 (Fn.24), Art. 1 § 4 Rn.5.2; eine eigene Verwaltung und Rechnungslegung fordert *Lukes*, BB 1998, S. 1217 (1221); *Salje*, NVwZ 1998, S. 916 (918).

36 Im Falle des Verstoßes eines Unternehmens gegen die Pflicht zum Informationsunbundling drohen diesem Unternehmen darüber hinaus möglicherweise Unterlassungs-, sowie Schadensersatzansprüche der Wettbewerber aus § 1 UWG bzw. § 823 Abs. 2 BGB, wenn auch der jeweilige Schaden schwer bezifferbar sein dürfte.

37 Bis zum 1. 7. 2007 haben integrierte Unternehmen danach sogar getrennte Konten zu führen für die Versorgung zugelassener und nicht zugelassener Kunden. S. im Übrigen auch Art. 2 Nr. 3, 5, 19, 21, 23 EltRL-E, der die Versorgung explizit von den Funktionen Übertragung und Verteilung abgrenzt. Der neue EltRL-E geht damit erkenntlich nunmehr von insgesamt vier abgrenzbaren Funktionen eines integrierten Elektrizitätsunternehmens aus (Erzeugung, Übertragung, Verteilung und Versorgung) und stellt damit eine Kongruenz zur GasRL her, die bereits seit ihrem Erlass in Art. 2 Nr. 1, 19, 20 GasRL die Versorgung als separate Funktion eines integrierten Erdgasunternehmens neben Gewinnung, Fernleitung, Verteilung, Lieferung und Kauf/Speicherung ausweist. Vor diesem Hintergrund ist im Übrigen das bisherige Fehlen der Funktion Versorgung in Art. 13 Abs. 3 GasRL kaum nachvollziehbar. Auch insoweit schafft Art. 17 Abs. 3 GasRL-E eine entsprechende Übereinstimmung.

38 S. hierzu oben IV. 2. und Fn.30.

39 Für den Elektrizitäts- wie den Erdgassektor ist darüber hinaus die Pflicht zur separaten Kontenführung für die Versorgung zugelassener und nicht zugelassener Kunden bis zum 1. 7. 2007 zu normieren.

3. Verwaltungs- und gesellschaftsrechtliches Unbundling

Die für die betreffenden Unternehmen einschneidendste Änderung stellt die Verschärfung und Ausweitung des Verwaltungsunbundlings, verbunden mit der Einführung eines gesellschaftsrechtlichen Unbundlings dar. Insbesondere die anvisierte Einführung des Legal Unbundlings ist während der Verhandlungen zur Verabschiedung der Richtlinie auf regen Widerstand gestoßen⁴⁰ und konnte erst durch den Kompromiss auf dem Energieministertreffen vom 25. 11. 2002 sichergestellt werden. Der Richtlinienvorschlag in der Form der gemeinsamen Standpunkte des Rates vom 3. 2. 2003 sieht nunmehr für die Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetreiber eine Unabhängigkeit »zumindest in Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt« zwingend zum 1. 7. 2004 vor, ergänzt durch die Einhaltung bestimmter organisationsrechtlicher Mindestanforderungen.⁴¹ Im Verteilernetzbereich ist eine solche Unabhängigkeit hingegen grundsätzlich erst ab dem 1. 7. 2007 erforderlich.⁴²

a) Keine uneingeschränkte Implementierungspflicht der Mitgliedstaaten im Verteilernetzbereich

Im Verteilernetzbereich bleibt den Mitgliedstaaten gemäß Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 2 UAbs. 2 GasRL-E zudem vorbehalten, vertikal integrierte Unternehmen, die weniger als 100 000 Kunden beliefern, von dieser Unbundlingpflicht zu befreien. Die De minimis-Regelung rechtfertigt sich dabei aus den hohen Transaktionskosten für die kleinen Unternehmen, die dem vergleichsweise geringen Diskriminierungspotential gegenüberstehen. In Deutschland fielen grundsätzlich alle kleinen und mittelgroßen Stadtwerke unter den Schwellenwert.⁴³ Allerdings weiten Art. 2 Nr. 21 EltRL-E, 2 Nr. 20 GasRL-E die Definition des vertikal integrierten Unternehmens auf den Terminus der Unternehmensgruppe aus und verweisen zur Bestimmung des Begriffs der Unternehmensgruppe auf die Kriterien der Kontrollausübung der Fusionskontrollverordnung.⁴⁴ Im Zuge der sich fortführenden Tendenz der letzten Jahre, dass kleinere Unternehmen von größeren Versorgungsunternehmen aufgekauft werden oder sich unter dem gemeinsamen Dach einer Holding zusammenschließen, verringert sich der Anwendungsbereich der De minimis-Regelung damit ganz erheblich.

Die Änderungsrichtlinie in der Fassung der gemeinsamen Standpunkte des Rates sieht darüber hinaus ein von der Kommission durchzuführendes Verfahren zur Überprüfung der Fortschritte bei der Schaffung des Elektrizitätsbinnenmarktes vor, an dessen Ende einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet werden kann, im Verteilernetzbereich von der Einführung gesellschaftsrechtlichen Unbundlings abzuweichen: Hierfür muss die Kommission in ihrem gem. Art. 28 Abs. 3 EltRL-E, 31 Abs. 3 GasRL-E spätestens zum 1. 1. 2006 vorzulegenden Bericht zu dem Ergebnis gelangen, dass in einem Mitgliedstaat ein in jeder Hinsicht tatsächlicher, nicht diskriminierender und ungehinderter Netzzugang verwirklicht und die Einführung der in Art. 15 Abs. 1 EltRL-E, 13 Abs. 1 GasRL-E angeordneten Unbundlingverpflichtung für Verteilernetzbetreiber zum 1. 7. 2007 daher unverhältnismäßig ist. Der betreffende Mitgliedstaat kann

dann gem. Art. 27 EltRL-E, 29 GasRL-E einen Antrag auf Befreiung stellen, wobei er nachzuweisen hat, dass ein nicht diskriminierender und ungehinderter Netzzugang auch in Zukunft bestehen wird. Die Kommission kann dann gegebenenfalls eine Abänderung dieser Richtlinienbestimmungen vorschlagen. Den Mitgliedstaaten, die sich gegen das Legal Unbundling ausgesprochen haben, wird mit diesem Verfahren für den Verteilernetzbereich eine Hintertür offen gehalten, die dazu führt, dass derzeit nicht absehbar ist, ob für den Verteilernetzbereich die Regelungen zum gesellschaftsrechtlichen Unbundling jemals Gegenstand einer Umsetzung sein werden.⁴⁵

b) Unabhängigkeit in Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt

Wenn auch insoweit noch Rechtsunsicherheit für die integrierten Unternehmen besteht, so sehen sich diese gemäß Art. 10 Abs. 1 EltRL-E, 9 Abs. 1 GasRL-E zumindest im Bereich des Übertragungs-/Fernleitungsnetzes zum 1. 7. 2004 der Pflicht ausgesetzt, den Netzbetrieb zumindest in »Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen« zu führen. Un-

40 Insbesondere Deutschland und Frankreich haben im Rat mehrfach ihre ablehnende Haltung gegenüber der Einführung einer gesellschaftsrechtlichen Trennung zum Ausdruck gebracht und darauf verwiesen, dass ein gleichwertiges Ergebnis auch mit anderen Mitteln zu erreichen sei. Auch die Mehrheit der deutschen Unternehmen der Strom- und Gaswirtschaft lehnen die Einführung des Legal Unbundlings ab, vgl. Bericht in der F.A.Z. vom 11. 1. 2003.

41 S. Art. 10 Abs. 1, 30 Abs. 1 EltRL-E, 9 Abs. 1, 33 Abs. 1 GasRL-E.

42 S. Art. 15 Abs. 1, 30 Abs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 1, 33 Abs. 2 GasRL-E. Allerdings zeichnet sich als Ergebnis der Trilog-Verhandlungen eine Modifikation bzw. Ergänzung der Art. 15 Abs. 2, 30 Abs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 2, 33 Abs. 2 GasRL-E dahingehend ab, dass im Verteilernetzbereich die Vorgaben zum organisatorischen Unbundling in Art. 15 Abs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 2 GasRL-E ebenfalls der allgemeinen Umsetzungspflicht zum 1. 7. 2004 unterliegen.

43 Unklar ist derzeit noch die Berechnung des Schwellenwertes. Möglich erscheint insoweit, auf das technische Kriterium »Anzahl der Abnahmestellen« oder aber auf das rechtliche Kriterium »Anzahl der Vertragsbeziehungen« abzustellen. Art. 2 Nr. 7 EltRL-E, 2 Nr. 24 GasRL-E, die bei der Definition des Kunden auf den Vorgang des Kaufs von Strom/Gas durch Großhändler oder Endkunden abstellen, sprechen für die zweite Lösung.

44 ABl. EG Nr. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1. Zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) NR. 1310/97, ABl. EG Nr. L 180 vom 9. 7. 1997, S. 1.

45 Dabei zeichnet sich als Ergebnis der Trilog-Verhandlungen ab, dass sich diese Ausnahmemöglichkeit allein auf die – das gesellschaftsrechtliche Unbundling betreffende – Regelung in Art. 15 Abs. 1 EltRL-E, 13 Abs. 1 GasRL-E beschränken wird, nicht dagegen auf die in Art. 15 Abs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 2 GasRL-E niedergelegten organisationsrechtlichen Mindestanforderungen. S. hierzu schon Fn. 42. Zur Interdependenz des Unbundling-Regimes mit den übrigen, in Deutschland bislang schwach ausgestalteten Regulierungsinstrumenten, die es fragwürdig erscheinen lässt, ob das Ziel der Feststellung eines tatsächlichen, nicht diskriminierenden und ungehinderten Netzzugangs durch die Kommission zum 1. 1. 2006 zu verwirklichen ist, s. unter V.3.d).

ter die »übrigen Tätigkeitsbereiche« fällt dabei nicht der Verteilernetzbetrieb, denn Art. 17 EltRL-E, 15 GasRL-E erlaubt ausdrücklich den gemeinsamen Betrieb des Übertragungs- und Verteilernetzes, solange nur dieser wiederum hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen ist.⁴⁶

Das Erfordernis der Unabhängigkeit in der Rechtsform verlangt von den integrierten Unternehmen die Ausgliederung ihres Netzbetriebs in ein (gesellschafts-)rechtlich selbständiges Unternehmen. Die Notwendigkeit einer auch wirtschaftlichen Unabhängigkeit des ausgegliederten »Netzunternehmens« folgt allein hieraus noch nicht. Das Kriterium der Unabhängigkeit in der Rechtsform erfordert daher zunächst lediglich den Netzbetrieb in einem rechtlich unabhängigen Unternehmen, wobei hierfür im deutschen Recht grundsätzlich der gesamte Numerus clausus der anerkannten Rechtsformen des Gesellschaftsrechts, somit juristische Personen (AG, GmbH) ebenso wie teilrechtsfähige Personengesellschaften (GbR, OHG, KG), zur Verfügung steht. Erst die zusätzlich in Art. 10 Abs. 1 EltRL-E, 9 Abs. 1 GasRL-E geforderte Unabhängigkeit in Organisation und Entscheidungsgewalt stellt über die rein formale Eigenständigkeit hinausgehende Anforderungen an die Rechtsform, in welcher der Netzbetrieb zu führen ist. Problematisch erscheint insoweit die Ausgliederung des Netzbetriebs in eine Tochter-GmbH, deren einzige Gesellschafterin das integrierte (Mutter-)Unternehmen ist. Gemäß § 37 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe umfassend an die Entscheidungen der Gesellschafter gebunden. Dieses Weisungsrecht ist bei besonders intensiver Ausübung geeignet, den Geschäftsführer zu einem reinen Exekutivorgan zu degradieren.⁴⁷ Es bedarf daher im Gesellschaftsvertrag festgelegter Beschränkungen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter, die allerdings lediglich die diskriminierungsrelevanten Bereiche betreffen müssen. Für alle übrigen Bereiche kann das uneingeschränkte Weisungsrecht bestehen bleiben. Von vornherein anders stellt sich die Lage bei der Abspaltung des Netzbetriebs in eine Aktiengesellschaft dar. Hier leitet gem. § 76 Abs. 1 AktG der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung und der Aufsichtsrat, in dem die Muttergesellschaft als Anteilseignerin vertreten ist, hat sich auf reine Überwachungstätigkeiten zu beschränken.

c) Ergänzende Verpflichtungen zum Verwaltungsunbundling

Die gesellschaftsrechtliche Trennung des Netzbetriebs von den übrigen Aktivitäten eines integrierten Elektrizitätsunternehmens wird ergänzt und weiter ausgestaltet durch einzelne, die verwaltungsmäßige Trennung des Netzbetriebs betreffende Anordnungen.⁴⁸ So dürfen gem. Art. 10 Abs. 2 lit. a) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. a) GasRL-E die für die Leitung des Netzbetreibers zuständigen Personen keinen betrieblichen Einrichtungen angehören, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den übrigen Bereichen des integrierten Unternehmens zuständig sind. Auf diese Weise wird unterbunden, dass Vorstände bzw. Geschäftsführer der Netzgesellschaften zugleich Organfunktionen in der Mutter- oder in Schwestergesellschaften wahrnehmen. Hie-

raus resultierende Interessenskollisionen sollen vermieden werden. Die Handlungsunabhängigkeit der für die Leitung des Netzbetriebs zuständigen Personen ist gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. b) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. b) GasRL-E ferner durch eine ausreichende Berücksichtigung ihrer beruflichen Interessen sicherzustellen. Es darf demnach keinerlei Anreize geben, zur Verbesserung der persönlichen Karrierechancen das integrierte Unternehmen bevorzugt zu behandeln. Damit scheidet jedenfalls eine Anstellung des Vorstands bzw. des Geschäftsführers der Netzgesellschaft bei der Erzeugungs- oder Versorgungsgesellschaft aus.

Art. 10 Abs. 2 lit. c) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. c) GasRL-E weist dem Übertragungsnetzbetreiber zwingend vom integrierten Unternehmen unabhängige Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf die Vermögenswerte zu, die zur Wartung und zum Ausbau des Netzes nötig sind. Dies geht insoweit über die in Satz 1 der Vorschriften angeordnete Unabhängigkeit hinaus, als über die (abstrakte) Entscheidungsgewalt hinaus *tatsächliche* Entscheidungsbefugnisse beim Netzbetreiber angesiedelt sein müssen.⁴⁹ Wirksame Entscheidungsbefugnisse stehen einem Unternehmen aber nur zu, solange es einen gewissen Grad an wirtschaftlicher Unabhängigkeit von dem Mutterunternehmen genießt. Gefordert wird andererseits aber wiederum keine derart weit reichende wirtschaftliche Unabhängigkeit, dass sie die Ausübung des Aufsichtsrechts des Mutterunternehmens im Hinblick auf die Ertragslage des Tochterunternehmens verhindert, wie sich aus Art. 10 Abs. 2 lit. c) S. 2 EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. c) S. 2 GasRL-E ergibt. Der Abschluss eines isolierten Gewinnabführungsvertrages gem. § 291 Abs. 1 S. 1, 2. Fall AktG⁵⁰ dürfte insoweit noch unschädlich sein, soweit

46 Möglich bleibt zudem die Zusammenfassung des Gasnetzbetriebs mit den Funktionen Erzeugung und Versorgung von und mit Elektrizität sowie auch die Zusammenfassung des Elektrizitätsnetzbetriebs mit den Funktionen Erzeugung und Versorgung von/mit Gas.

47 Das Weisungsrecht der Gesellschafter endet erst dort, wo die Weisungen gegen den Gesellschaftszweck verstoßen, vgl. *Marsch-Barnert/Diekmann*, in: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1999, § 44 Rn. 66 ff.

48 Für den Verteilernetzbereich zeichnet sich als Ergebnis der Trilog-Verhandlungen ab, dass diese organisationsrechtlichen Mindestanforderungen unabhängig von der Einführung eines Legal Unbundlings zwingend bereits zum 1.7.2004 umzusetzen sind. Insoweit gelten die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 EltRL-E, 9 Abs. 2 GasRL-E für den Verteilernetzbereich sinngemäß. Für den Verteilernetzbereich sind die entsprechenden Vorgaben in Art. 15 Abs. 2 EltRL-E, 13 Abs. 2 GasRL-E enthalten.

49 Die Ausstattung des Netzbetreibers mit wirksamen Entscheidungsbefugnissen im Hinblick auf die Vermögenswerte, die zur Wartung und zum Ausbau des Netzes nötig sind, hat ihren Sinn im Übrigen nicht nur in der Verhinderung von Diskriminierungen der Wettbewerber, sondern dient darüber hinaus auch der Versorgungssicherheit durch die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Netze. Zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit im gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsmodell s. *Koenig/Kühling/Rasbach*, ZNER 2003, S. 3 (3f.).

50 Zu dessen Zulässigkeit s. *Hüffer*, Aktiengesetz, 1999, § 291 Rn. 24.

dieser zwar die Pflicht zur Abführung des gesamten Gewinns, nicht aber ein Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens begründet. Die Vereinbarung eines Beherrschungsvertrages gem. § 291 Abs. 1 S. 1, 1. Fall AktG unterwirft dagegen die beherrschte Gesellschaft vollständig den Weisungen des herrschenden Unternehmens und verlagert damit letztlich die Unternehmensleitung⁵¹ auf das Mutterunternehmen. Wirksame Entscheidungsbefugnisse verbleiben der Netzgesellschaft in diesem Fall nicht mehr. Folgt die Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Beherrschungsvertrages nicht ohnehin schon aus Art. 10 Abs. 1 EltRL-E, 9 Abs. 1 GasRL-E, dann ist diese Form der wirtschaftlichen Abhängigkeit jedenfalls mit der in Art. 10 Abs. 2 lit. c) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. c) GasRL-E garantierten Ausstattung der Unternehmen mit tatsächlichen Entscheidungsbefugnissen nicht in Einklang zu bringen.

Art. 10 Abs. 2 lit. d) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. d) GasRL-E fordern schließlich von den Netzbetreibern die Aufstellung eines Gleichbehandlungsprogramms, aus dem die getroffenen Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierendes Verhalten einschließlich der zu diesem Zweck für die Mitarbeiter geltenden besonderen Pflichten hervorgehen. Ein Gleichbehandlungsbeauftragter hat dieses Gleichbehandlungsprogramm aufzustellen und zu überwachen sowie jährlich der Regulierungsbehörde über die getroffenen Maßnahmen Bericht zu erstatten. Allerdings erscheint die Übertragung der Kontrolle auf eine in das Unternehmen eingebundene Person aufgrund der natürlicherweise auftretenden Interessenskollisionen fragwürdig. Ob sich die Bestellung eines Gleichbehandlungsbeauftragten in der Praxis zu einem wirkungsvollen Instrument entwickeln wird, bleibt daher anzuzweifeln.

d) Umsetzungsbedarf im deutschen Recht

Bei der Frage des Umsetzungsbedarfs, der sich für den deutschen Gesetzgeber aus den vorgesehenen Regelungen zum Verwaltungs- und gesellschaftsrechtlichen Unbundling ergibt, ist zwischen dem Übertragungs-/Fernleitungsnetzbereich und dem Verteilernetzbereich zu unterscheiden. Für den Übertragungs-/Fernleitungsnetzbereich gilt: Die Vorgaben der Änderungsrichtlinien sind zwingend zum 1.7.2004 umzusetzen. Über die bisherige Anordnung des Verwaltungsunbundlings in § 4 Abs. 4 EnWG hinaus ist daher eine Pflicht zur gesellschaftsrechtlichen Ausgliederung des Übertragungs- und des Fernleitungsnetzbetriebs in das deutsche Energierecht einzuführen. Ferner muss den Vorgaben der Art. 10 Abs. 2 lit. a–d) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. a–d) GasRL-E entsprochen werden. Diese Vorgaben sind im Ergebnis detailliert formuliert, lassen den nationalen Gesetzgebern aber in der inhaltlichen Ausgestaltung weiten Spielraum. Insbesondere bei der Sicherstellung der Handlungsunabhängigkeit der für die Leitung des Netzbetriebs zuständigen Personen ist damit gesetzgeberische Kreativität gefragt. Es empfiehlt sich insoweit zumindest die Normierung – etwa in Regelbeispielen – eines Maßnahmen- bzw. Verbotskatalogs. Aufgaben und Befugnisse des Gleichbehandlungsbeauftragten einschließlich der Verbindlichkeit seiner Anweisungen für die Mitarbeiter sind gesetzlich festzulegen.

Im Verteilernetzbereich verbleiben dem Gesetzgeber echte Handlungsalternativen. Er kann die Verpflichtung

zum Verwaltungs- und gesellschaftsrechtlichen Unbundling verbindlich zum 1.7.2007 oder schon zu einem früheren Zeitpunkt einführen. Darüber hinaus verfügt der deutsche Gesetzgeber über die Option, statt dessen unter Verzicht auf die Einführung des Legal Unbundlings im Verteilernetzbereich ein Regulierungssystem zu installieren, das den Anforderungen der Kommission an einen tatsächlichen, nicht diskriminierenden und ungehinderten Netzzugang gerecht wird. Dies würde Deutschland die Möglichkeit eröffnen, nach dem 1.1.2006 bei der Kommission einen Antrag auf Befreiung von der Pflicht zur Einführung des Legal Unbundlings im Verteilernetzbereich zu stellen. Die bisherige Haltung Deutschlands im Verfahren zur Verabschiedung der Richtlinie⁵² lässt dabei ein Optieren für die letztgenannte Vorgehensweise erwarten. Dann bedarf es aber in jedem Fall eines Tätigwerdens des Gesetzgebers. Denn das derzeit installierte Regulierungssystem im Energiesektor wird der Anforderung, einen tatsächlich unbeschränkten und diskriminierungsfreien Zugang zu den Verteilernetzen zu garantieren, keinesfalls gerecht. Dies betrifft nicht nur das geltende Unbundling-Regime, das sich im Verteilernetzbereich auf die Anordnung einer buchhalterischen Trennung beschränkt. Vielmehr ist das derzeitige Regulierungssystem insgesamt noch durch erhebliche Defizite bei der effektiven Ausgestaltung der Netzzugangsrechte und deren institutioneller Flankierung gekennzeichnet.⁵³ Die Verbändevereinbarungen⁵⁴ haben nicht zu einem tatsächlich diskriminierungsfreien Netzzugang geführt. Das Fehlen einer institutionell angemessen ausgestalteten Regulierungsinstanz macht sich negativ bemerkbar. Vor diesem Hintergrund ist die zuletzt erfolgte Ankündigung der Bundesregierung, mit dem 1.7.2004 eine Regulierungsbehörde für die Energiewirtschaft einzurichten, zu begrüßen und lässt für die Zukunft eine deutliche Effektivitätssteigerung der Netzzugangsregulierung erwarten.⁵⁵ Denn umso effektiver – auch institutionell – die Regulierung des Netzzugangs ausgestaltet ist, desto weniger bedarf es der flankierenden Absicherung durch das Instrument des Unbundlings und desto eher kann auf das scharfe Schwert des Legal Unbundlings im Ver-

51 Vgl. auch den Wortlaut der Überschrift zum Ersten Abschnitt des Zweiten Teils des AktG: »Leitungsmacht« des herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages.

52 Neben Frankreich war es vor allem Deutschland, das im Rat Vorbehalte gegen die Einführung des Legal Unbundlings äußerte und schließlich maßgeblich auf den erzielten Kompromiss mit der Befreiungsmöglichkeit hingewirkt hat.

53 Zur institutionellen Regulierungsordnung in der Energiewirtschaft s. grundlegend *Koenig/Kühling*, WuW 2001, S. 810 (810 ff.) sowie Monopolkommission, 14. Hauptgutachten, Netzwettbewerb durch Regulierung, 2001/2002, S. 357 ff.

54 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001, Bundesanzeiger Nr. 85 b vom 8.5.2002 sowie Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas vom 3.5.2002, Bundesanzeiger Nr. 87 b vom 14.5.2002.

55 S. hierzu auch *Georgi* in F.A.Z. vom 12.3.2003, S. 12: »Wer für Marktwirtschaft ist, muss den Regulator fordern«.

teilernetzbereich verzichtet werden.⁵⁶ Dennoch ist dem deutschen Gesetzgeber darüber hinaus – im Hinblick auf die Verwirklichung eines tatsächlich diskriminierungsfreien Netzzugangs bis zum 1. 1. 2006 – auch die Etablierung eines Unbundling-Regimes anzuraten, das jedenfalls in seiner Wirkung dem Legal Unbundling möglichst nahe kommt. Notwendig ist daher zumindest die Anordnung des Verteilernetzbetriebs in einer gesonderten Abteilung, mithin die Festschreibung eines Verwaltungsunbundlings nach dem Vorbild des § 4 Abs. 4 EnWG.⁵⁷ Zudem ist die möglichst weitgehende Orientierung an den in Art. 15 Abs. 2 S. 2 lit. a–d) EltRL-E, 13 Abs. 2 S. 2 lit. a–d) GasRL-E formulierten Zielvorgaben zu empfehlen.⁵⁸ In jedem Falle ergibt sich damit für Deutschland aus der Änderungsrichtlinie insgesamt ein erheblicher Reformbedarf.

VI. Fazit und Ausblick

Die Richtlinien zur Neufassung der Energiebinnenmarkt-richtlinien vollziehen den Schritt hin zum Einsatz weiter gehender Formen des Unbundlings, indem sie die Ausweitung des Verwaltungsunbundlings bis hin zur Einführung des Legal Unbundlings vorsehen. Dabei sind sie entgegen ursprünglicher Pläne in ihrer Eingriffstiefe bereits abgemildert⁵⁹, so dass geäußerte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit primärem Gemeinschaftsrecht⁶⁰ im Ergebnis unbegründet sein dürften.⁶¹ Die betreffenden Unternehmen werden damit dem »Damoklesschwert« Legal Unbundling zumindest auf der Übertragungs-/Fernleitungsnetzebene nicht entgehen. Dieses verlangt von ihnen nicht nur die Ausgliederung ihres Netzbetriebs in ein rechtlich unabhängiges Unternehmen, sondern stellt weitere Anforderungen an die Wahl der Rechtsform und die Art seiner betrieblichen Führung. Für den Fall der Ausgliederung des Netzbetriebs in eine Tochter-GmbH, deren einzige Gesellschafterin das integrierte (Mutter-)Unternehmen ist, bedarf es im Gesellschaftsvertrag festgelegter Beschränkungen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter für alle diskriminierungsrelevanten Bereiche. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages zugunsten des Mutterunternehmens ist unzulässig. Für den Gesetzgeber stellt sich im Übertragungsnetzbereich die inhaltliche Ausgestaltung der Umsetzung der stark ergebnisorientierten Vorgaben der Art. 10 Abs. 2 lit. a–d) EltRL-E, 9 Abs. 2 lit. a–d) GasRL-E als kreative Herausforderung dar.

Im Bereich der Verteilernetze ist noch völlig offen, welche Anforderungen der deutsche Gesetzgeber den Unternehmen an das Unbundling stellen wird. Mit besonderer Spannung sind hier die Bemühungen des Gesetzgebers zu verfolgen, die Defizite des energierechtlichen Regulierungssystems im Hinblick auf die Verwirklichung eines tatsächlichen, nicht diskriminierenden und ungehinderten Netzzugangs aufzuarbeiten sowie ein dem gesellschaftsrechtlichen Unbundling gleichwertiges Regime zu installieren. Für letzteres ist dem Gesetzgeber die möglichst weit gehende Orientierung an

dem Richtlinienmodell anzuraten. Insgesamt wird als Folge der Änderungsrichtlinie auch in Deutschland ein verschärftes Unbundling-Regime einzurichten sein, welches sehr viel effektiver als bisher zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs und damit zur Schaffung eines funktionsfähigen Marktes in der Energiewirtschaft beiträgt.

- 56 Netzzugangsregulierung und Unbundling-Vorschriften kommen demnach »zwei Enden kommunizierender Röhren« gleich. Die sich hieraus ergebende Chance, durch eine effektive Ausgestaltung der Zugangs- und Entgeltregulierung strenge Unbundling-Vorschriften zu vermeiden, ist in der Energiewirtschaft allerdings vertan worden. Dies zeigt auch das Beispiel der Telekommunikationsregulierung. Dort hat das Modell der effektiven Zugangsregulierung in Verbindung mit der Einrichtung einer angemessen ausgestatteten Regulierungsinstanz dazu geführt, dass die ohnehin *ratione personae* eng gefasste Vorgabe eines gesellschaftsrechtlichen Unbundlings in § 14 Abs. 1 TKG durch die anstehende TKG-Novelle bereits wieder aus dem telekommunikationsrechtlichen Ordnungsrahmen entfernt wird. Gemeinschaftsrechtlich wäre eine derartige Vorgabe nicht mehr zulässig. Zum Zusammenhang zwischen einem diskriminierungsfreien Netzzugang und dem Ansatz des Unbundlings s. auch *Theobald*, WuW 2000, 231 (241 ff.).
- 57 Die derzeit im EnWG fehlende Erstreckung des Verwaltungsunbundlings auf den Verteilernetzbereich ist ohnehin aufgrund der vergleichbaren Quersubventionierungs- und Diskriminierungspotentiale wirtschaftlich kaum nachvollziehbar.
- 58 Nach den sich abzeichnenden Modifikationen durch die Trilog-Verhandlungen ergibt sich ohnedies eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Vorgaben bereits zum 1. 7. 2004.
- 59 Dies gilt insbesondere für die Verschiebung der Einführung des Verwaltungs- und des gesellschaftsrechtlichen Unbundlings im Verteilernetzbereich auf den 1. 7. 2007 sowie die darüber hinausgehende Möglichkeit der Mitgliedstaaten, hiervon eine Befreiung zu erlangen. Auch haben sich Vorschläge des Europäischen Parlaments zur Einführung des Ownership Unbundlings nicht durchsetzen können, s. hierzu Fn. 23.
- 60 S. *Baur/Lückenbach* (Fn. 16), S. 37 ff.; *Scholz*, ET 2001, S. 678 (680 ff.); *Schmidt-Preuß*, ZfK 6/2001, S. 32.
- 61 Durch die Einführung des Legal Unbundling wird den betreffenden Unternehmen das formale Eigentumsrecht an den Netzsparten belassen. Die auch gemeinschaftsrechtlich geschützte Eigentumsgarantie ist allenfalls in ihrer Ausprägung der Organisationsfreiheit berührt. Insoweit ist das geplante Unbundling-Regime aber als verhältnismäßig anzusehen. Dies gilt nach den derzeitigen Plänen insbesondere für den Verteilernetzbereich. Hier schreibt die Richtlinie das Legal Unbundling erst für den Fall zwingend vor, dass – nach Durchführung eines Überprüfungsverfahrens – festgestellt worden ist, dass die gesellschaftsrechtliche Trennung nicht in einem unausgewogenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Die hier gewählte Regelung weist sich damit durch eine geradezu lehrbuchartige Nachzeichnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus. Der Erforderlichkeitskontrolle wird zudem besondere Wirksamkeit dadurch verliehen, dass bis zum 1. 1. 2006 direkte Vergleichsparameter im Übertragungs-/Fernleitungsnetzbereich zur Verfügung stehen. Für die Einführung des Legal Unbundling im Übertragungsnetzbereich hat dabei der Grundsatz der Einschätzungsprärogative des (europäischen) Gesetzgebers zu gelten.