

Neues aus Brüssel zum Unbundling: „Interpreting Note“ zu den Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas

von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE)*,
Priv.-Doz. Dr. Andreas Haratsch**
und Winfried Rasbach***

A. Einleitung

Die Beschleunigungsrichtlinien zur Liberalisierung des Elektrizitäts-¹ und des Erdgasbinnenmarktes² sehen eine deutliche Verschärfung der Unbundling-Regulierung und insbesondere die Einführung des Legal Unbundling vor. Die Europäische Kommission hat im November 2003 eine „Interpreting Note“ zur Auslegung der neuen Energiebinnenmarktrichtlinien verabschiedet. In diesem

* Der Verfasser ist Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Privatdozent an der Universität Potsdam.

*** Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1. Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, AB1.EU 2003 L 176/37.

2. Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, AB1.EU 2003 L 176/57.

Papier werden einige Punkte zur Durchführung der in diesen Richtlinien enthaltenen Unbundling-Regelungen detailliert dargelegt, um eine konsistente Umsetzung und Anwendung durch die Mitgliedstaaten sicherzustellen.³ Die Kommission erläutert die aus ihrer Sicht wesentlichen Elemente des neuen Unbundling-Regimes: das rechtliche Unbundling, das funktionale Unbundling, die Möglichkeit von Freistellungen sowie das Unbundling der Rechnungslegung.

B. Rechtsnatur der Interpreting Note

Die Interpreting Note der Kommission entfaltet selbst keine rechtliche Verbindlichkeit. Es handelt sich bei ihr weder um einen förmlichen Rechtsakt (Verordnung, Richtlinie, Entscheidung)⁴ noch um einen Rechtsakt sui generis⁵. Der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Auslegungsnote steht das gemeinschaftsrechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EG entgegen, das rechtsverbindliches Gemeinschaftshandeln nur ermöglicht, wenn hierfür im EG-Vertrag eine entsprechende geschriebene oder ungeschriebene Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist.⁶ Eine derartige Kompetenzzuweisung zur rechtsverbindlichen Auslegung der Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinien durch die Kommission ist im EG-Vertrag jedoch nicht ersichtlich. Gleichwohl ist die Interpreting Note nicht bedeutungslos. Sie zeigt auf, welche Richtlinienauslegung die Kommission bei ihrer Aufgabe der Überwachung der Einhaltung der Richtlinienbestimmungen nach Art. 85 Abs. 1 und 2 EG bevorzugen wird. Wollen sich die Mitgliedstaaten später nicht der Gefahr aussetzen, wegen unzureichender Richtlinienumsetzung oder -anwendung von der Kommission gemahnt und gegebenenfalls verklagt zu werden, werden sie darauf achten, die Auslegung der Kommission in ihre Überlegungen zur Umsetzung in nationales Recht einzubeziehen und bei der Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen. Ein mitgliedstaatliches Abweichen von den Auslegungsmaximen der Kommission bedeutet per se keine Richtlinien- oder Vertragsverletzung. Eine Gemeinschaftsrechtsverletzung ist nur dann anzunehmen, wenn sich – etwa im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG – erweist, dass die autoritative Auslegung der maßgeblichen Richtlinienbestimmungen durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) mit der Auslegung der Kommission übereinstimmt. Dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass der EuGH der Auslegung durch die Kommission ein erhöhtes Gewicht beimisst. Die Kommission besitzt sozusagen eine „Auslegungsprärogative“ hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtsakte, die sie vorgeschlagen hat und deren Einhaltung durch die Mitgliedstaaten sie überwacht.

C. Die Grundelemente und Anwendbarkeitsvoraussetzungen des neuen Unbundling-Regimes

I. Die Grundelemente des Unbundling-Regimes

Die maßgeblichen Vorschriften zum rechtlichen und funktionalen Unbundling enthalten Art. 10 der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (EltRL) sowie Art. 9 der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie (GasRL) für die Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber sowie Art. 15 EltRL und Art. 13 GasRL für die Verteilernetzbetreiber. Gehört ein Netzbetreiber danach zu einem vertikal integrierten Unternehmen, muss er zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Übertragung oder Fernleitung bzw. der Verteilung zusammenhängen (Abs. 1). Um diese Unabhängigkeit sicherzustellen, werden jeweils in Abs. 2 dieser Bestimmungen bestimmte (funktionale) Mindestkriterien aufgestellt. Diese Vorgaben werden von der Kommission in ihrer Note ebenso einer Auslegung unterzogen wie die Regelungen über Freistellungsmöglichkeiten von den Unbundling-Vorschriften für Verteilernetz-

betreiber (Art. 15 Abs. 2 letzter Satz EltRL, Art. 13 Abs. 2 letzter Satz GasRL) und über Freistellungsmöglichkeiten von den Anforderungen des rechtlichen Unbundling (Art. 30 Abs. 2 EltRL, Art. 33 Abs. 2 GasRL). Abschließend nimmt die Kommission auch kurz Stellung zum buchhalterischen Unbundling,⁷ worauf hier im Weiteren aber nicht eingegangen werden soll.

II. Grundfragen der Anwendung in der Auslegung durch die Kommission

1. Anwendung auf „vertikal integrierte Unternehmen“

Die rechtlichen und funktionalen Unbundling-Regelungen sind anwendbar, wenn die Netzgeschäftstätigkeit Teil eines „vertikal integrierten Unternehmens“ ist. Definitionen des Begriffs des „vertikal integrierten Unternehmens“ enthalten Art. 2 Nr. 21 EltRL und Art. 2 Nr. 20 GasRL. Ein vertikal integriertes Unternehmen ist danach ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen, deren gegenseitige Beziehungen in Art. 3 Abs. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen⁸ festgelegt sind, wobei das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Gruppe mindestens eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung (bzw. Fernleitung, Verteilung, LNG oder Speicherung bei Erdgas) und mindestens eine der Funktionen Erzeugung von oder Versorgung mit Elektrizität (bzw. Gewinnung oder Lieferung von Erdgas) wahrnimmt. Art. 3 Abs. 3 der Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 bestimmt, dass die Kontrolle im Sinne dieser Verordnung entweder durch Eigentums- oder Nutzungsrechte am Vermögen des Unternehmens oder durch Rechte oder Verträge begründet wird, die ermöglichen, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, oder einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

Unter Zugrundelegung dieser Bestimmungen liegt daher ein vertikal integriertes Unternehmen vor, wenn das Unternehmen gleichzeitig mit der Erzeugung von oder der Versorgung mit Elektrizität/Erdgas befasst ist und der Netzbetrieb innerhalb derselben rechtlichen Struktur erfolgt oder der Netzbetrieb in einer rechtlich getrennten Netzgesellschaft erfolgt, die jedoch von einem Versorgungs-/Erzeugungsunternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 VO Nr. 4064/89 kontrolliert wird, etwa weil das Versorgungs-/Erzeugungsunternehmen die Mehrheit der Geschäftsanteile der verbundenen Netzgesellschaft hält. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, sind die Unbundling-Regelungen einschlägig. Die Anwendbarkeit der funktionalen Unbundling-Voraussetzungen auf eine Netzgesellschaft ist mithin davon abhängig, ob sie unter der „Kontrolle“ eines Unternehmens steht, das mit Versorgung oder Erzeugung befasst ist. Gemäß Art. 3 Abs. 3 VO Nr. 4064/89 sowie der von der Kommission veröffentlichten Mitteilung über die Auslegung dieses Artikels⁹ übt ein Unternehmen die „Kontrolle“ über ein anderes, verbundenes Unternehmen aus, wenn es entweder die Mehrheit der Geschäftsanteile des verbundenen Unternehmens hält oder aber de facto die alleinige Kontrolle über das verbundene Unternehmen ausübt, z. B. aufgrund der Tatsache, dass die übrigen Geschäftsanteile auf viele, kleinere Anteilseigner gestreut sind und eine Stimmenmehrheit auf den letzten jährlichen Versammlungen der Anteilseigner offenkun-

3. Vgl. Interpreting Note of Commission Services on the Electricity and Natural Gas Internal Market Directives 2003/54 and 2003/55, Version 2.0 vom November 2003, A.

4. Vgl. dazu Koenig/Haratsch, Europarecht, 4. Aufl. 2003, Rn. 277 ff.

5. Dazu Koenig/Haratsch (Fn. 4), Rn. 293 ff.

6. Koenig/Haratsch (Fn. 4), Rn. 60.

7. Interpreting Note (Fn. 3), B. II.

8. ABl. EG 1989 L 395/1; zuletzt geändert durch Verordnung (EG) 1310/97, ABl. EG 1997 L 180/1.

9. Mitteilung der Kommission vom 2. März 1998, ABl. EG 1998 C 66/5.

dig gegeben war. Weiterhin kann eine de facto-Kontrolle eines Minderheitsanteilseigners aus einer besonderen vertraglichen Regelung resultieren, die das Recht vorsieht, tatsächlich die Geschäftspolitik des Unternehmens zu bestimmen.¹⁰

2. Ausnahmen gemäß der „100.000-Kunden-Regel“

Nach Art. 15 Abs. 2 letzter Satz EitRL und Art. 13 Abs. 2 letzter Satz GasRL können die Mitgliedstaaten allerdings beschließen, die Regelungen des rechtlichen und des funktionalen Unbundling nicht auf integrierte Verteilernetzbetreiber anzuwenden, die weniger als 100.000 angeschlossene Kunden oder kleine isolierte Netze beliefern. Diese De minimis-Regelung rechtfertigt sich durch die hohen Transaktionskosten, die einem vergleichsweise geringen Diskriminierungspotential kleiner Unternehmen gegenüberstehen. Bei der Ermittlung der für die De minimis-Regelung maßgeblichen Kundenzahl erscheint es möglich, entweder auf das technische Kriterium der „Anzahl der Abnahmestellen“ oder aber auf das rechtliche Kriterium der „Anzahl der Vertragsbeziehungen“ abzustellen. Der Richtlinienwortlaut, der in Art. 2 Nr. 7 EitRL und Art. 2 Nr. 24 GasRL bei der Definition des Kunden auf den Vorgang des Kaufs von Strom bzw. Gas durch Großhändler oder Endkunden abstellt, spricht eher zugunsten des rechtlichen Kriteriums. Dieser Auffassung neigt auch die Kommission in ihrer Interpretating Note zu. Nach ihrer Auffassung soll der Begriff „100.000 angeschlossene Kunden“ im Sinne von „100.000 Anschlüsse“ ausgelegt werden.¹¹ Demzufolge verfügt ein Haushalt über einen Anschluss im Sinne dieser Bestimmungen ungeachtet der Anzahl der Personen, die den Haushalt bilden. Ein Gebäude hingegen, das beispielsweise aus acht Wohnungen besteht, verfügt – so die Kommission – über acht Anschlüsse im Sinne dieser Vorschriften. Die Kommission ist zudem der Auffassung, dass in den Fällen, in denen die genaue Zahl der „Anschlüsse“ eines Gebäudes schwierig zu bestimmen ist, eine begründete Veranschlagung durch den Verteilernetzbetreiber in Konsultation mit der Regulierungsbehörde vorgenommen werden soll. Alternativ erwägt die Kommission die Möglichkeit, die Anzahl der Kunden, die eine Rechnung erhalten, als maßgeblich anzusehen, wobei freilich die Argumentation der Kommission, dass eine Geschäftsbeziehung zu einem Kunden nur bestehe, wenn eine Rechnung gestellt werde, nicht zu überzeugen vermag. Die Tatsache, dass eine Rechnung gestellt wird, besagt nicht zwingend, dass auch tatsächlich eine vertragliche Beziehung zugrunde liegt.

a) Kontrolle mehrerer rechtlich getrennter Verteilerunternehmen durch ein Versorgungs- oder Erzeugungsunternehmen

Werden mehrere rechtlich getrennte Verteilergesellschaften von einem Versorgungs- oder Erzeugungsunternehmen kontrolliert, handelt es sich insgesamt um ein vertikal integriertes Unternehmen. Daher sind – so auch die Auslegung der Kommission – alle angeschlossenen Kunden aller kontrollierten Verteilerunternehmen zusammenzurechnen.¹² Verfügt die Versorgungs- oder Erzeugungs-gesellschaft über ein eigenes Verteilernetz, ist die Zahl der an dieses eigene Verteilernetz angeschlossenen Kunden hinzuzurechnen. Liegt die Gesamtzahl der Anschlüsse über 100.000, müssen alle kontrollierten Netzunternehmen entsprechend Art. 15 EitRL oder Art. 13 GasRL entbündelt werden. Dies gilt auch dann, wenn die betreffenden Unternehmen einzeln betrachtet weniger als 100.000 Kunden bedienen.¹³ Ansonsten wäre – so die zutreffende Überlegung der Kommission – eine Umgehung des Unbundling-Regimes über die De minimis-Regel möglich. Ein vertikal integriertes Unternehmen könnte seine Verteilernetze in der Weise organisieren, dass die Regelungen über das funktionale Unbundling nicht einschlägig wären, indem mehrere Verteilernetzbetreibergesellschaften gegründet werden, von denen jede einzelne weniger als 100.000 Anschlüsse betreut.¹⁴

b) Ermessen der Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten besitzen nach Art. 15 Abs. 2 letzter Satz EitRL und Art. 13 Abs. 2 letzter Satz GasRL Ermessen hinsichtlich der Frage, ob sie integrierte Unternehmen mit weniger als 100.000 Anschlüssen freistellen. Die Kommission hebt dabei hervor, dass der Schwellenwert von 100.000 Kunden gewählt wurde, da er im Hinblick auf die Situation der Gemeinschaft als Ganze angemessen erscheine. Die Mitgliedstaaten sollten bei ihrer Freistellungsentscheidung jedoch in erster Linie die nationalen Umstände berücksichtigen und den Schwellenwert niedriger ansetzen, sofern sie dies für angemessen halten.¹⁵ Der national gewählte Schwellenwert sollte – so die Kommission – gewährleisten, dass möglichst viele Endkunden von einem Zugang zum Netz eines entbündelten Netzbetreibers profitieren. Zudem sollten nicht systematisch alle kleineren Verteilernetzbetreiber vom rechtlichen und funktionalen Unbundling freigestellt werden. Die Kommission spricht sich für einen differenzierten Ansatz aus, wonach für die „größeren“ kleinen Verteilernetzbetreiber etwa eine Freistellung vom rechtlichen Unbundling in Betracht kommen könnte, während das funktionale Unbundling oder zumindest bestimmte Elemente des funktionalen Unbundling beibehalten werden sollten. Lediglich die kleinsten Unternehmen sollten nach Auffassung der Kommission von beiden Unbundling-Anforderungen freigestellt werden.

3. Freistellungen vom rechtlichen Unbundling bis zum 1. Juli 2007

Nach Art. 30 Abs. 2 Satz 1 EitRL und Art. 33 Abs. 2 Satz 1 GasRL können die Mitgliedstaaten die Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GasRL, die das rechtliche Unbundling hinsichtlich der Verteilernetzbetreiber regeln, bis zum 1. Juli 2007, also bis zum Zeitpunkt der vollständigen Marktöffnung, zurückstellen. Diese Ausnahme erfasst auch Verteilernetzbetreiber über der 100.000-Kunden-Schwelle.¹⁶ Die Anforderungen des funktionalen Unbundling nach Art. 15 Abs. 2 EitRL und Art. 13 Abs. 2 GasRL bleiben hiervon allerdings – anders als bei der 100.000-Kunden-Regel – unberührt (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 EitRL und Art. 33 Abs. 2 Satz 2 GasRL). Im Gegensatz zur unbefristeten 100.000-Kunden-Regelung sind die Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 30 Abs. 2 Satz 1 EitRL und Art. 33 Abs. 2 Satz 1 GasRL zeitlich beschränkt.

Übersicht: Anwendung der rechtlichen und funktionalen Unbundling-Regeln

	Rechtliches Unbundling	Funktionales Unbundling
Übertragungs- oder Fernleitungsnetzbetreiber	+	+
Verteilernetzbetreiber über 100.000 Anschlüsse	Freistellung möglich bis 1. Juli 2007 (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 EitRL; Art. 33 Abs. 2 Satz 1 GasRL)	+
Verteilernetzbetreiber unter 100.000 Anschlüsse	Freistellung möglich (Art. 15 Abs. 2 Satz 3 EitRL; Art. 13 Abs. 2 Satz 3 GasRL)	Freistellung möglich (Art. 15 Abs. 2 Satz 3 EitRL; Art. 13 Abs. 2 Satz 3 GasRL)

10. Vgl. dazu Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 2.2.

11. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 5.1.

12. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 5.3.2.

13. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 5.3.2.

D. Rechtliches Unbundling

Art. 10 Abs. 1 EitRL und Art. 9 Abs. 1 GasRL für Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetreiber sowie Art. 15 Abs. 1 EitRL und Art. 13 Abs. 1 GasRL für Verteilernetzbetreiber bestimmen, dass ein Netzbetreiber, sofern er Teil eines vertikal integrierten Unternehmens ist, zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein muss, die nicht mit dem Netzgeschäft zusammenhängen.

I. Das Netzeigentum

Das Grundanliegen dieser Bestimmungen ist, dass Übertragung/Fernleitung bzw. Verteilung durch eine von den übrigen Tätigkeitsbereichen getrennte Netzgesellschaft erfolgen müssen.¹⁷ Diese Bestimmungen begründen jedoch keine Verpflichtung, das vertikal integrierte Unternehmen eigentumsrechtlich zwischen Versorgung-/Erzeugungsgesellschaft und Netzgesellschaft aufzuspalten (kein Ownership Unbundling). Die Netzgesellschaft muss auch nicht notwendig Eigentümerin des Netzes sein. Es genügt, wenn sie „tatsächliche Entscheidungsbefugnisse“ hinsichtlich des Netzbetriebs gemäß den Anforderungen des funktionalen Unbundling hat.¹⁸

II. Die Rechtsform der Netzgesellschaft

Das vertikal integrierte Unternehmen kann die Rechtsform der Netzgesellschaft grundsätzlich wählen, sofern die gewählte Form des Unternehmens eine ausreichende Unabhängigkeit der Leitung des Übertragungs-(Fernleitungs-)/Verteilernetzbetreibers von der Muttergesellschaft gewährleistet, um die Anforderungen des funktionalen Unbundling zu erfüllen. Hatte die Kommission in einem ersten Entwurf der Interpreting Note noch ausgeführt, dass eine Aktiengesellschaft in der Praxis diese Bedingungen regelmäßig erfüllen würde und daher als Lösung, insbesondere gegenüber einer GmbH (vgl. § 37 GmbHG), bevorzugt werden sollte,¹⁹ fehlt in der Fassung der Auslegungsnote vom November 2003 dieser Hinweis.²⁰

Das in der Entwurfsfassung noch formulierte Ansinnen der Kommission ist vor dem Hintergrund des deutschen Aktienrechts nachvollziehbar, da der Vorstand die Aktiengesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung leitet und der Aufsichtsrat, in dem die Muttergesellschaft als Anteilseignerin vertreten ist, auf reine Überwachungstätigkeiten beschränkt ist. Problematisch erweist sich aus deutscher Sicht im Hinblick auf die Rechtsform die Wahl einer GmbH für den ausgegliederten Netzbetrieb. Dies gilt vor allem dann, wenn das integrierte Mutterunternehmen der einzige Gesellschafter der Tochter-GmbH ist. Denn gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer im Innenverhältnis, d. h. der Gesellschaft gegenüber, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben umfassend an die Entscheidungen der Gesellschafter gebunden.²¹ Diese Weisungen können sowohl auf die allgemeine Unternehmenspolitik als auch im Einzelfall auf ungewöhnliche Maßnahmen gerichtet sein.²² Es bedarf daher, um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des funktionalen Unbundling zu entsprechen, im Gesellschaftsvertrag einer GmbH festgelegter Beschränkungen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter für die diskriminierungsrelevanten Bereiche.²³ Unterbleibt eine entsprechende vertragliche Beschränkung der Weisungsbefugnisse der Gesellschafter, sind Weisungen, welche die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse des Geschäftsführers der Netzgesellschaft gemeinschaftsrechtswidrig beschneiden, nach deutschem Recht anfechtbar.²⁴ Gleichwohl ist auch die Wahl der GmbH als Rechtsform unter den genannten Voraussetzungen rechtlich unbedenklich. Ein etwaiges Ansinnen der Kommission, die Aktiengesellschaft zur „Regelrechtsform“ einer Netzgesellschaft zu machen, ist in den Richtlinien nicht angelegt.

E. Funktionales Unbundling

Art. 10 Abs. 2 EitRL und Art. 9 Abs. 2 GasRL (Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetreiber) sowie Art. 15 Abs. 2 EitRL und Art. 13 Abs. 2 GasRL (Verteilernetzbetreiber) bestimmen, dass die notwendige Unabhängigkeit eines Netzbetreibers auch funktional durch bestimmte Mindestanforderungen sicherzustellen ist.

I. Trennung der Unternehmensleitung

So dürfen nach Abs. 2 lit. a dieser Bestimmungen in einem integrierten Unternehmen die für die Leitung des Netzbetreibers zuständigen Personen nicht betrieblichen Einrichtungen des integrierten Elektrizitäts- oder Erdgasunternehmens angehören, die direkt oder indirekt für den laufenden Betrieb in den Bereichen Erzeugung, Verteilung und Versorgung zuständig sind. Lit. b schreibt jeweils vor, geeignete Maßnahmen zu treffen, damit die berufsbedingten Interessen der für die Leitung des Netzbetreibers zuständigen Personen so berücksichtigt werden, dass ihre Handlungsunabhängigkeit gewährleistet ist. Die Trennung der Unternehmensleitung erfordert, dass die Unternehmensleitung der Netzgesellschaft nicht in die Leitung einer verbundenen Versorgung-/Erzeugungsgesellschaft oder der Holdinggesellschaft einbezogen ist. Dies gilt – nach Auffassung der Kommission – sowohl für die oberste Leitungsebene als auch für die Leitung des operativen Geschäfts.²⁵ Grundsätzlich führt die Trennung der Unternehmensleitungen aus Sicht der Kommission auch dazu, dass das im Netzgeschäft beschäftigte Personal nicht für einen anderen Geschäftsbereich desselben Sektors des vertikal integrierten Unternehmens tätig sein darf. Auch der Wechsel von Beschäftigten vom Netzgeschäft in andere Geschäftsbereiche der Gesellschaft müsse – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – Beschränkungen unterworfen werden.²⁶ Die Kommission hält es darüber hinaus für erforderlich, dass das Gehalt der Unternehmensleitung der Netzgesellschaft nicht an den Geschäftserfolg der Holding-/Versorgungsgesellschaft gekoppelt sein darf und auf der Grundlage vorab festgesetzter Parameter bestimmt werden muss, die an den Geschäftserfolg der Netzgesellschaft anknüpfen. Die Gründe für die Ersetzung eines Vorstandsmitglieds der Netzgesellschaft auf Initiative der Muttergesellschaft müssten im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich niedergelegt sein. Auch dürfe der spätere Wechsel eines Mitglieds des Managements der Netzgesellschaft zur Holding- oder zur Versorgungsgesellschaft nicht bereits bei seiner Berufung in das Management der Netzgesellschaft vorgesehen sein.²⁷

Hier halten sich freilich manche Auslegungsergebnisse der Kommission nicht mehr im rechtlichen Rahmen des von den Richtlinien Vorgegebenen. Wenn die Kommission etwa ausführt, dass nicht allein die Unternehmensleitungen zu trennen sind, sondern auch eine Trennung des übrigen Personals anzustreben ist, sind diese Ausführungen nicht vom Wortlaut der Richtlinien gedeckt. Die Richtlinien selbst verlangen lediglich eine Trennung der Unternehmensleitungen, nicht des sonstigen Personals. Zudem gerät man bei Regelun-

14. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 5.3.2.

15. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 5.4.

16. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 2.3.

17. Kombinationsnetzbetreiber sind indes rechtlich zulässig; vgl. Art. 15 GasRL und Art. 17 EitRL.

18. Vgl. dazu u. E. II. 1.

19. Vgl. Interpreting Note of Commission Services on the Electricity and Natural Gas Internal Market Directives 2003/54 and 2003/55, Version 1.0 vom 24. Juli 2003, B. I. 3.2.

20. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 3.2.

21. Dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1075 f.

22. Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. Aufl. 2000, § 37 Rn. 17.

23. Vgl. dazu bereits Koenig/Kühling/Rasbach, RdE 2003, S. 221 (227).

24. Vgl. Lutter/Hommelhoff (Fn. 22), § 37 Rn. 22.

25. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 4.2.1.

26. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 4.2.1.

27. Interpreting Note (Fn. 3), B. I. 4.2.1.

gen, die einen beruflichen Wechsel Bedingungen unterwerfen oder gar untersagen, in Konflikt mit der Freiheit der Berufsausübung.²⁸ Es ist sehr zweifelhaft, ob Unbundling-Anforderungen derart weitreichende Grundrechtseingriffe rechtfertigen können. Allerdings ist der im englischen Text verwendete Begriff des „managements“, der weiter zu verstehen ist als der deutsche Begriff der „Unternehmensleitung“, relativierend heranzuziehen.

1. Behandlung von gemeinsamen Dienstleistungsabteilungen

Im Zusammenhang mit der Trennung der Unternehmensleitung stellt sich aus der Sicht der Kommission auch die Frage nach dem rechtlichen Umgang mit gemeinsamen Dienstleistungsabteilungen („shared services“, „common services“), auf die von Übertragungs-, Verteilungs-, Versorgungs- oder anderen Geschäftsbereichen zugegriffen werden kann. Solche Dienstleistungen umfassen typischerweise etwa die Personalverwaltung, die Finanzverwaltung oder Informationstechnologie-Dienste. Grundsätzlich sollen derartige Dienste nach Auffassung der Kommission unabhängig erbracht werden. Nur unter besonderen Voraussetzungen sollen das Netzgeschäft und andere Teile der Unternehmensgruppe sich diese Dienste teilen können. Die Kommission hat hierfür in ihrer Auslegungsnote drei Bedingungen formuliert, die kumulativ erfüllt sein müssen:²⁹

1. Zunächst muss die Nutzung der gemeinsamen Dienste eindeutig die wirtschaftlichste Möglichkeit darstellen und ein Outsourcing der Dienste an einen unabhängigen Dienstleister als Alternative erwogen worden sein.
2. Gemeinsame Dienste müssen – so fordert es die Kommission – regelmäßig außerhalb des Netzgeschäfts betrieben und geleitet werden, d. h. von einer verbundenen Versorgungsgesellschaft oder, was zu bevorzugen ist, von der Holdinggesellschaft.
3. Schließlich müssen alle Quersubventionen, die vom Netzgeschäft entweder gewährt oder erhalten werden, ausgeschlossen sein. Um dies zu gewährleisten, muss jede Dienstleistung zu Marktbedingungen erbracht werden, die in einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Gesellschaft, die die gemeinsamen Dienste erbringt, und der begünstigten Gesellschaft niedergelegt sein müssen.

Die Interpretating Note enthält hier über den Richtlinienwortlaut hinausgehende Darlegungen. Die Richtlinien selbst sprechen den Problembereich gemeinsamer Dienstleistungsabteilungen nicht ausdrücklich an, so dass die Ausführungen der Kommission den Mitgliedstaaten insoweit zwar einen konkreten Maßstab an die Hand geben, den Forderungen nach einem effektiven funktionalen Unbundling gerecht werden zu können. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass die von der Kommission grundsätzlich geforderte Duplizierung von Dienstleistungsabteilungen durchaus wünschenswerte Synergieeffekte zunichte machen würde und insbesondere kleinere Unternehmen vor beachtliche wirtschaftliche Probleme stellen kann. Das dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit innewohnende Übermaßverbot, wonach die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des EG-Vertrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen,³⁰ muss hier den Anforderungen, die zulässigerweise an die Unternehmen gestellt werden dürfen, rechtliche Grenzen ziehen. Die Trennung bislang gemeinsam genutzter Dienstleistungsabteilungen erscheint zur effektiven Durchführung des Unbundling nicht zwingend erforderlich. In Bezug auf die von der Kommission aufgestellten Zulässigkeitskriterien für gemeinsame Dienstleistungsabteilungen ist darauf hinzuweisen, dass diese „shared services“ ihre Dienstleistungen aufgrund der erzielten Synergieeffekte regelmäßig günstiger erbringen dürften als dritte, unabhängige Dienstleister. Dies ist bei der Ermittlung der „Marktbedingungen“, zu denen jede Dienstleistung gemeinsamer Dienstleistungsabteilungen laut Kommission erbracht werden muss, in Rechnung zu stellen.

2. Anwendung auf nicht rechtlich entbundelte Verteilernetzbetreiber

Ist ein Verteilernetzbetreiber nicht rechtlich, sondern nur funktional entbündelt, sind – so die Kommission – die oben genannten Grundsätze in gleicher Weise anwendbar.³¹ Es müsse ein getrennter Unternehmensbereich für das Verteilernetz innerhalb der vertikal integrierten Einheit gegründet werden, der als „Profitcenter“ betrieben werde. Der Leiter der Netzabteilung müsse einen gesonderten Vertrag mit der Gesellschaft besitzen, in dem eine abschließende Liste der Vertragsaufhebungsgründe niedergelegt sei. Er dürfe zudem nicht zugleich Mitglied der Unternehmensleitung des vertikal integrierten Unternehmens sein. Bestehen individuelle Zuständigkeiten von Mitgliedern der Leitungsebene, dürfe die Person, die für den Netzbereich zuständig ist, nicht zugleich für Versorgung oder Erzeugung zuständig sein. Auch die übrigen im Netzgeschäft Beschäftigten dürfen nach Auffassung der Kommission nicht gleichzeitig Aufgaben wahrnehmen, die mit anderen Geschäftsbereichen in diesem Sektor zusammenhängen.

II. Tatsächliche Entscheidungsbefugnisse

Der Netzbetreiber muss nach Abs. 2 lit. c der Bestimmungen zum funktionalen Unbundling in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau des Netzes erforderlich sind, tatsächliche Entscheidungsbefugnisse besitzen, die er unabhängig von dem integrierten Elektrizitäts-(Erdgas-)unternehmen ausübt. Davon bleiben jedoch die Aufsichtsrechte des Mutterunternehmens über das Management des Tochterunternehmens im Hinblick auf dessen Rentabilität unberührt. Dem Mutterunternehmen ist insbesondere gestattet, den jährlichen Finanzplan oder ein gleichwertiges Instrument des Netzbetreibers zu genehmigen und generelle Grenzen für die Verschuldung seines Tochterunternehmens festzulegen. Untersagt sind hingegen Weisungen des Mutterunternehmens bezüglich des laufenden Betriebs oder einzelner Entscheidungen über den Bau oder die Modernisierung von Leitungen, die über den Rahmen des genehmigten Finanzplans oder eines gleichwertigen Instruments hinausgehen. Jede gewerbliche und betriebsbezogene Entscheidung, die mit dem Betrieb, der Wartung und dem Ausbau des Netzes zusammenhängt, muss gemäß diesen Vorgaben innerhalb des Netzgeschäfts getroffen werden, ohne Einbeziehung der verbundenen Versorgungs- oder Holdinggesellschaft des integrierten Unternehmens. Die Netzgesellschaft muss dabei – dies betont die Kommission ausdrücklich³² – über ausreichende Ressourcen verfügen, um ihre Tätigkeit unabhängig von anderen Teilen des integrierten Unternehmens ausführen zu können.

Ergänzend zu den Ausführungen der Kommission ist hier anzumerken, dass sich die Forderung nach tatsächlichen Entscheidungsbefugnissen nicht allein auf das Verhältnis von Tochterunternehmen zur Konzernmutter erstreckt, sondern auch im Verhältnis zwischen der Netzbetreiber-Gesellschaft und dem jeweiligen Interessenverband gelten muss, dem die Gesellschaft angehört. Das funktionale Unbundling darf nicht dadurch umgangen werden, dass Verbände ihren Mitgliedern rechtlich oder auch nur faktisch – etwa durch Anreizsetzung – Vorgaben im Hinblick auf das Netzgeschäft machen können und damit die Entscheidungsbefugnisse der Netzbetreiber über das rechtlich zulässige Maß hinaus beschränken. Das von den neuen Energiebinnenmarkt-Richtlinien postulierte funktionale Unbundling umfasst auch die Forderung nach einem „verbandsrechtlichen Unbundling“. Dies zeigt ein vergleichender Blick auf die Bestimmung des Art. 81 EG, die den wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen von Unternehmen die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen von Unternehmensvereinigungen, also von Ver-

28. Vgl. Art. 15 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABLEG 2000 C 364/1.

29. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 4.2.2.

30. Vgl. Art. 5 Abs. 3 EG.

31. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 4.2.3.

32. Interpretating Note (Fn. 3), B. I. 4.3.1.

bänden, gleichstellt.³³ Dieser, das gesamte gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht umspannende Grundgedanke ist auch auf die Unbundling-Regelungen anzuwenden. Die Verbandssatzungen müssen daher so ausgestaltet sein, dass ein bestimmender Einfluss der Verbände auf die ihnen angehörenden Unternehmen ausgeschlossen ist.

1. Netzbetreiber ohne Netzeigentum

Die Forderung nach tatsächlichen Entscheidungsbefugnissen gilt unabhängig davon, ob der Netzbetreiber Eigentümer des von ihm betriebenen Netzes ist. Ist die Netzgesellschaft nicht die Netzeigentümerin, können die notwendigen tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse vertraglich begründet werden, etwa indem die Netzgesellschaft das Netz von der Eigentümerin, etwa ihrer Muttergesellschaft, pachtet. Die Netzpachtverträge müssen jedoch so gestaltet sein, dass die Netzgesellschaft die Grundentscheidungen hinsichtlich des Netzes trifft. Zwar kann die Muttergesellschaft in die Durchführung dieser Entscheidungen einbezogen werden. Es muss allerdings sichergestellt sein, dass die Muttergesellschaft lediglich Entscheidungen vollzieht, die von der Netzgesellschaft getroffen worden sind. Sollte das Mutterunternehmen diesen Entscheidungen nicht Folge leisten, muss die Netzgesellschaft – so die Kommission – die Möglichkeit haben, mittels eines Selbsteintrittsrechts einzuschreiten.³⁴

2. Aufsichtsrechte des Mutterunternehmens

Abs. 2 lit. c Satz 2 der jeweiligen funktionalen Unbundling-Vorschriften verdeutlicht, dass die Forderung nach tatsächlichen Entscheidungsbefugnissen ungeachtet der wirtschaftlichen Befugnisse des Mutterunternehmens und seiner Aufsichtsrechte über das Management im Hinblick auf die Rentabilität eines Tochterunternehmens erhoben wird. Dem Mutterunternehmen ist es gestattet, den jährlichen Finanzplan der Netzgesellschaft oder ein gleichwertiges Instrument zu genehmigen sowie generelle Grenzen für die Verschuldung des Tochterunternehmens festzulegen. Innerhalb des Rahmens des Finanzplans muss die Netzgesellschaft allerdings vollständige Unabhängigkeit besitzen. Zudem hat der Finanzplan eine ausreichende Ausstattung der Netzgesellschaft mit finanziellen Mitteln zur Wartung und zum Ausbau der Infrastruktur zu ermöglichen. Nach Ansicht der Kommission ist der Begriff des „gleichwertigen Instruments“ restriktiv auszulegen.³⁵ Es muss sich um ein Instrument handeln, das einem Finanzplan funktional entspricht, jedoch unter Zugrundelegung der nationalen Terminologie nicht als „Finanzplan“ bezeichnet wird.

Die Kommission schlägt in ihrer Interpretation Note auch vor, dass im Aufsichtsgremium der Netzgesellschaft, sofern ein solches Gremium besteht, abhängig von der Größe des Gremiums, im Idealfall mindestens zwei seiner Mitglieder, von den Interessen der Muttergesellschaft unabhängig sein sollen.³⁶ Anzumerken ist, dass diese von der Kommission aufgestellten Grundsätze nicht nur für den Aufsichtsrat eines Unternehmens gelten müssen, sondern auch für sog. Beiräte, die im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit in GmbH- oder KG-Verträgen vorgesehen sein können.³⁷ Sofern einem Konzernbeirat Aufsichtsrechte vertraglich zukommen, müssen auch hier zumindest zwei Beiratsmitglieder von den Interessen des Mutterkonzerns unabhängig sein.

3. Anwendbarkeit auf nicht rechtlich entbündelte Verteilernetzbetreiber

Ist ein Verteilernetzbetreiber in Anwendung der Freistellungsregeln der Art. 30 Abs. 2 EitRL oder Art. 33 Abs. 2 GasRL nicht rechtlich, sondern allein funktional entbündelt, können Art. 15 Abs. 2 lit. c EitRL bzw. Art. 13 Abs. 2 lit. c GasRL bei strenger Wortlautauslegung dieser Bestimmungen eigentlich nicht unmittelbar anwendbar sein, da sie sich ausdrücklich mit dem Verhältnis zwischen einem Mutterunternehmen und seinen Tochtergesellschaften befassen. Es dürfte sich jedoch hierbei um Redaktionsversehen bei der

Abfassung dieser Bestimmungen handeln, da das funktionale Unbundling nach Abs. 2 lit. c ausweislich Art. 30 Abs. 2 Satz 2 EitRL und Art. 33 Abs. 2 Satz 2 GasRL von der zeitlich befristeten Freistellung vom rechtlichen Unbundling unberührt bleibt, d. h. verwirklicht werden muss. Bei einer systematischen sowie an Sinn und Zweck orientierten Richtlinienauslegung sind Art. 15 Abs. 2 lit. c EitRL und Art. 13 Abs. 2 lit. c GasRL daher auch auf rechtlich nicht entbündelte Verteilernetzbetreiber anwendbar. Die Kommission spricht sich insoweit für eine analoge Anwendung aus.³⁸ Die getrennte Verteilungsabteilung muss – so die Kommission – auch bei nicht verwirklichtem rechtlichem Unbundling weit reichende Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes besitzen.³⁹

III. Die Gleichbehandlungsprogramme

Der Netzbetreiber hat nach lit. d der funktionalen Unbundling-Bestimmungen ein Gleichbehandlungsprogramm aufzustellen, aus dem hervorgeht, welche Maßnahmen zum Ausschluss diskriminierenden Verhaltens getroffen werden. Der Zweck der Gleichbehandlungsprogramme besteht darin, einen formalen Rahmen herzustellen, der gewährleisten soll, dass sowohl das Netzgeschäft insgesamt als auch einzelne Beschäftigte und Mitglieder der Unternehmensleitung dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung Folge leisten.

1. Inhalt der Gleichbehandlungsprogramme

Das Gleichbehandlungsprogramm soll Verhaltensregeln enthalten, die von den Beschäftigten respektiert werden müssen, um Ungleichbehandlungen auszuschließen. Derartige Regeln werden sich – so die Kommission – etwa auf die Verpflichtung beziehen, die Vertraulichkeit von Informationen zu wahren (Art. 12 und 16 der EitRL sowie Art. 10 und 14 der GasRL). Es ist daher nach Ansicht der Kommission detailliert zu regeln, welche Arten von Informationen als vertraulich anzusehen sind und wie sie behandelt werden sollten. Das Programm muss nach Auffassung der Kommission auch Strafen vorsehen, die von der nationalen Gesetzgebung für den Fall eines Verstoßes gegen die Vertraulichkeitsregeln der Richtlinien⁴⁰ festgesetzt werden.⁴¹ Zudem verlangt die Kommission Vorschriften, die das Verhalten der Beschäftigten gegenüber den Netzkunden regeln. So sollten die Angestellten den Kunden gegenüber zur Klarstellung verpflichtet werden, dass sie ausschließlich den Netzbetreiber vertreten. Auch sollte den Angestellten vorgeschrieben werden, keine Empfehlungen bezüglich bestimmter Versorger auszusprechen. Zudem sollten die Gleichbehandlungsprogramme Beschränkungen des Zugangs zu sensiblen Daten des Netzgeschäfts für Personen vorsehen, die nicht mit dem Netzgeschäft befasst sind.⁴²

2. Die Durchsetzung des Gleichbehandlungsprogramms

Das Gleichbehandlungsprogramm muss nach Ansicht der Kommission aktiv durchgesetzt und gefördert werden. Dies habe durch eine aktive, regelmäßige und sichtbare Unterstützung des Programms durch die höchste Leitungsebene des Unternehmens zu geschehen, durch die schriftliche Verpflichtung der Belegschaft auf das Programm, durch eindeutige Erklärungen, dass Disziplinarmaßnahmen

33. Vgl. Grill, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Vorbem. Art. 81-86 EG Rn. 40 und Art. 81 EG Rn. 4.

34. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.3.2.

35. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.3.3.

36. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.3.3.

37. Vgl. dazu Schmidt (Fn. 21), S. 418 f.

38. Vgl. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.3.4.

39. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.3.4.

40. Art. 23 Abs. 9 EitRL und Art. 25 Abs. 9 GasRL verpflichten die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen für den Fall eines Verstoßes gegen die Vertraulichkeitsregeln zu ergreifen.

41. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.4.1.

42. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.4.1.

men gegenüber Beschäftigten ergriffen werden, die gegen die Gleichbehandlungsregeln verstoßen, sowie durch regelmäßige Lehrgänge, vor allem als Teil der Einführungslehrgänge für neue Beschäftigte.⁴³

Im Hinblick auf Inhalt und Durchsetzung der Gleichbehandlungsprogramme sind die Ausführungen der Kommission durchaus sinnvoll. Da die neuen Energiebinnenmarkttrichtlinien zum konkreten Inhalt der verlangten Gleichbehandlungsprogramme schweigen, gibt die Kommission mit ihrer Interpretation Note den Mitgliedstaaten und den betroffenen Unternehmen Hinweise, wie die sehr vage gefassten Richtlinienbestimmungen in der rechtlichen Umsetzung und praktischen Anwendung mit Leben zu füllen sind.

3. Überwachung und Berichtspflicht

Die Richtlinien schreiben eine Überwachung der Einhaltung der Gleichbehandlungsprogramme vor. Die dafür zuständige Person oder Stelle hat der Regulierungsbehörde jährlich einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen vorzulegen, der veröffentlicht wird.⁴⁴ Die zuständige Person oder Stelle muss nach Auffassung der Kommission im gehobenen Management angesiedelt sein.⁴⁵ Weiterhin macht die Kommission deutlich, dass der Evaluationsprozess in einer transparenten Weise durchgeführt werden muss, die den Beschäftigten vor Augen führt, dass ihr Verhalten ständig mit den Vorgaben des Programms abgeglichen wird. Zudem hält es die Kommission für erforderlich, dass die nationale Regulierungsbehörde Leitlinien über den Inhalt der jährlichen Berichte erlässt.

Das Kommissionspostulat, die Gleichbehandlungsstelle im gehobenen Management anzusiedeln, geht über den Wortlaut der Richtlinien hinaus. Ob die erhobene Forderung sinnvoll ist, unterliegt zudem Zweifeln. Zwar würde eine Überwachung auf der Ebene der Unternehmensleitung dem Gleichbehandlungsprogramm großes Gewicht verleihen, fraglich ist allerdings, ob die Unternehmensleitung ein Interesse daran haben kann, eigene Unzulänglichkeiten oder Versäumnisse bei der Erfüllung des Gleichbehandlungsprogramms gegenüber der Regulierungsbehörde zu berichten.

IV. Zusätzliche Maßnahmen zur Verstärkung des funktionalen Unbundling

Über den rechtlichen Rahmen der Richtlinien hinaus, die aus der Sicht der Kommission lediglich Mindestanforderungen („minimum criteria“) hinsichtlich des funktionalen Unbundling aufstellen, werden in der Interpretation Note zusätzliche Maßnahmen vorgeschlagen. Die Kommission fordert die Mitgliedstaaten ausdrücklich auf, weitere Maßnahmen zu ergreifen, um eine größtmögliche Effektivität des Unbundling unter den besonderen nationalen Gegebenheiten, insbesondere unter dem nationalen Gesellschaftsrecht zu gewährleisten.⁴⁶ So rät die Kommission etwa dazu, Netzbetreiber und Versorgungsunternehmen in getrennten Gebäuden unterzubringen.

Eine weitere, effektivitätssteigernde Maßnahme erblickt die Kommission in einer Umbenennung („rebranding“) des Netzgeschäfts, um die Kunden in die Lage zu versetzen, es eindeutig vom Versorgungsgeschäft des Unternehmens unterscheiden zu können. Die Kommission meint, dass unterschiedliche Markennamen helfen würden, eine „Kultur der Trennung“ im Bewusstsein der Beschäftigten zu verstärken.⁴⁷ Mit dem Wunsch nach einem „rebranding“ und damit unterschiedlichen Markennamen für Versorgungs- und Netzgeschäft verlässt die Kommission allerdings den Boden eines rein gesellschaftsrechtlichen Unbundling. Rechtmäßig eingetragene Marken unterfallen dem Eigentumsschutz.⁴⁸ Das Markenrecht vermittelt ein subjektives Recht, das einen Geschäftswert besitzt und den Inhaber zur ausschließlichen Verwertung berechtigt.⁴⁹ Mit der Forderung nach einem „rebranding“ gerät die Kommission in die Reichweite eines eigentumsrechtlichen (Ownership) Unbundling, das von den Richtlinien ausdrücklich nicht eingefordert wird und das grundrechtlichen Bedenken unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie⁵⁰ begegnet.⁵¹

Die Kommission ist sich der Tatsache bewusst, dass es hier nicht mehr um eine Auslegung der Richtlinienbestimmungen geht, sondern um Desiderate, die an die Mitgliedstaaten herangetragen werden. Soweit die Kommission mit ihrer Interpretation Note bewusst über die Regelungen der Richtlinien hinausgeht, schafft sie eine subtile „Drohkulisse“. Sollten die Mitgliedstaaten den Wünschen der Kommission nach weiter gehenden Maßnahmen nicht nachkommen und die Kommission in ihren Prüfberichten zum 1. Januar 2006⁵² die unzureichende Effektivität der durch die Richtlinien derzeit vorgeschriebenen Unbundling-Maßnahmen konstatieren, zeigt sie hier bereits auf, welche Richtung eine Richtlinienrevision im Hinblick auf eine weitere Verschärfung der Unbundling-Regulierung einschlagen könnte. Wie sie bereits im Verfahren zur Verabschiedung der neuen Energiebinnenmarkttrichtlinien deutlich gemacht hat, bleibt für die Kommission das vom Europäischen Parlament geforderte Ownership Unbundling durchaus eine in Betracht zu ziehende Verschärfungsoption.⁵³

F. Fazit

Mit der Interpretation Note der Kommission zu den neuen Energiebinnenmarkttrichtlinien erfolgt eine weitere, diesmal interpretatorische Verschärfung der maßgeblichen Unbundling-Vorschriften. Eine Bewertung der auslegenden Erläuterungen der Kommission muss freilich zwiespältig ausfallen. Zum einen enthält die Interpretation Note klarstellende Darlegungen, die Lücken im teilweise sehr weit und vage gefassten Richtlinientext schließen wollen. Zum anderen legt die Kommission die Beschleunigungsrichtlinien recht extensiv aus und verlässt dabei an einigen Punkten sogar den gesicherten Boden der Richtlinien. Die Interpretation Note ist allerdings als rechtlich unverbindlicher Akt nicht mit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG angreifbar.⁵⁴ Im Gegenzug begründet ein Abweichen von den nicht bindenden Auslegungsmaximen per se keine Gemeinschaftsrechtsverletzung. Gleichwohl könnten sich die Mitgliedstaaten damit der Gefahr aussetzen, dass die Kommission Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG gegen sie einleiten wird.

Dass die Kommission den Mitgliedstaaten zudem deutlich über die derzeitigen Richtlinienregelungen hinausgehende, zusätzliche Unbundling-Maßnahmen anrät, kommt beinahe einem „Vorzeigen der Folterinstrumente“ gleich, die bei einer Richtlinienrevision zum Einsatz kommen könnten, sollte sich das vorliegende rechtliche Instrumentarium als nicht hinreichend effektiv erweisen. Beim Studium der Interpretation Note fällt es auch dem geschulten Juristen nicht leicht, diese heterogenen Bestandteile der Kommissionserläuterungen dem rechtlich Gebotenen bzw. einem Empfehlungscharakter zuzuordnen und die zutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen daraus zu ziehen. Ihr Ziel, zu mehr Rechtssicherheit und -klarheit beizutragen, hat die Kommission mit diesem Papier daher nicht in vollem Umfang erreicht.

43. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.4.2.

44. Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d letzter Satz EltRL, Art. 15 Abs. 2 lit. d letzter Satz EltRL, Art. 9 Abs. 2 lit. d letzter Satz GasRL, Art. 15 Abs. 3 lit. d letzter Satz GasRL.

45. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.4.3.

46. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.6.

47. Interpretation Note (Fn. 3), B. I. 4.6.: „culture of separation“.

48. BVerfGE 51, 193 (216 f.); 78, 58 (71).

49. *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 14 Rn. 154.

50. Vgl. Art. 17 Abs. 1 und 2 Grundrechte-Charta (Fn. 28).

51. Dazu *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, S. 221 (223).

52. Vgl. Art. 28 Abs. 3 EltRL und Art. 31 Abs. 3 GasRL.

53. Vgl. 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.

54. Vgl. dazu *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 350; *Koenig/Haratsch* (Fn. 4), Rn. 379; *Ehrlicke*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 230 EGV Rn. 18 f.“

