

CALLIESS

**Entflechtung im
europäischen
Energiebinnenmarkt**

Entflechtung im europäischen Energiebinnenmarkt

Zur Vereinbarkeit der europäischen Pläne für ein Ownership
Unbundling mit der Kompetenzordnung des EG-Vertrages,
insbesondere Art. 295 EGV, und dem allgemeinen Gleich-
heitssatz

Von
Prof. Dr. Christian Calliess, M.A.E.S. (Brügge), LL.M. Eur
Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der
juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTT GART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-415-04103-5

E-ISBN 978-3-415-05003-7

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2008

Scharrstraße 2, 70563 Stuttgart

www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de

Druck und Verarbeitung: Laupp & Göbel, Talstraße 14, 72147 Nehren

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Zum Hintergrund des Themas	11
A. Rechtliche Entwicklung des Strommarktes	11
B. Derzeit diskutierte Unbundling-Szenarien	13
I. Das dritte Legislativpaket zur Schaffung eines einheitlichen Energiebinnenmarktes als Rechtsgrundlage	13
II. Geplante Ausgestaltung des Ownership Unbundling	14
III. Geplante Ausgestaltung des ISO-Modells	16
C. Gang der Untersuchung	17
2. Teil: Die Kompetenz der EG zur Realisierung eines Ownership- Unbundling/ISO-Modells im Kontext von Art. 295 EGV	19
A. Zur Kompetenzgrundlage der geplanten Richtlinie	19
I. Einführung	19
II. Prüfung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 EGV	20
1. Binnenmarktbezug	20
2. Förderung des Binnenmarktes	24
3. Zwischenergebnis	24
III. Prüfung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV	25
IV. Prüfung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EGV	26
B. Die Rolle des Art. 295 EGV im Hinblick auf die Richtlinie und den mit ihr avisierten Eigentumseingriff	27
I. Einführung	27
II. Inhalt und Reichweite des Art. 295 EGV	28
1. Historische Interpretation des Art. 295 EGV	29
2. Art. 295 EGV in der Praxis	31
a) Die Rechtsprechung des <i>EuGH</i>	31
b) Schlussantrag des Generalanwalts Ruíz-Jarabo Colomer vom 3. Juli 2001	34
c) Zwischenergebnis	35
3. Die Diskussion um Inhalt und Reichweite des Art. 295 EGV im Schrifttum	36
a) Einführung	36
b) Weite Auslegung des Art. 295 EGV	37
c) Enge Auslegung: Eigentumsordnung als Eigen- tumszuordnung	38

	d)	Differenzierung nach der Herkunft der Eigentumsposition und ihrer Beschränkungsintensität	39
	4.	Ergebnis	40
C.		Ownership-Unbundling und ISO-Modell als Frage der Eigentumszuordnung?	43
	I.	Bezüge von Eigentumsgrundrecht und -ordnung	43
	II.	Die „Eigentumsordnung“ (Art. 295 EGV) strukturierende Vorgaben des europäischen Eigentumsgrundrechts	44
		1. Zum Schutzbereich	44
		2. Zum Eingriff	46
		a) Beschränkungen	47
		b) Eigentumsentziehung	48
		c) Abgrenzung	50
		aa) Negativabgrenzung	50
		bb) Indirekte Aussagen des <i>EuGH</i> zur Abgrenzung	50
		cc) Förmliche Enteignung/de-facto-Enteignung	51
		d) Zwischenergebnis	51
	3.	Schlussfolgerungen mit Blick auf die geplanten Maßnahmen	52
		a) Einordnung des Ownership Unbundling	52
		b) Einordnung des ISO-Modells	53
	III.	Projektion auf Art. 295 EGV	55
		1. Zusammenführung von Eigentumsordnung und Eigentumsgrundrecht	56
		2. Unter Art. 295 EGV fallende Konstellationen des Eigentumseingriffs	57
		3. Projektion auf mögliche Unbundling-Szenarien	59
		a) Zwang privater Unternehmen zur Veräußerung an private Netzbetreiber	59
		b) Zwang staatlicher Unternehmen zur Veräußerung an private Netzbetreiber	59
		c) Zwang privater Unternehmen zur Veräußerung an staatliche Netzbetreiber	62
		d) Zwang staatlicher Unternehmen zur Übertragung an staatliche Netzbetreiber	63
		e) ISO-Modell	64
D.		Ergebnis	65

3. Teil: Vereinbarkeit des Ownership Unbundling mit dem allgemeinen Gleichheitssatz	67
A. Der grundrechtliche Prüfungsmaßstab	67
I. Grundlagen	67
II. Bedeutung der Frage: Kontrolle durch den <i>EuGH</i> oder das <i>BVerfG</i>	69
III. Der Meinungsstand	72
1. Die expansive Entwicklung der Rechtsprechung des <i>EuGH</i>	73
2. Zur Akzeptanz der <i>EuGH</i> -Rechtsprechung durch das <i>BVerfG</i>	77
3. Zur Akzeptanz der <i>EuGH</i> -Rechtsprechung in der Literatur	81
a) Ablehnung einer Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte bei der Richtlinienumsetzung	82
b) Annahme einer umfassenden Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte bei der Richtlinienumsetzung	83
c) Differenzierende Auffassung	84
IV. Parallele Anwendung von europäischen und nationalen Grundrechten?	85
1. Zum aktuellen Meinungsstand (unabhängig von der Grundrechte-Charta)	86
2. Zur Regelung der Grundrechte-Charta: Die Schutzniveaul Klausel des Art. 53 GRCh	87
V. Ergebnis	90
B. Inhaltliche Prüfung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes	93
I. Herleitung des allgemeinen Gleichheitssatzes	93
II. Subsidiarität des allgemeinen Gleichheitssatzes?	94
III. Berechtigte und Verpflichtete des allgemeinen Gleichheitssatzes	95
1. Gemeinschaftsgesetzgeber als Teil des Verpflichtetenkreises	95
2. Deutsche private / gemischtwirtschaftliche EVU als Teil des Berechtigtenkreises	96
a) Art. 6 Abs. 2 EUV als Beurteilungsmaßstab?	96
b) Wertender Rechtsvergleich	98
aa) Mitgliedstaatliche Verfassungen	98

bb)	EMRK	99
c)	Einfügen in die Ziele und Strukturen der Gemeinschaft	100
d)	Ergebnis	102
IV.	Nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber EdF/Vattenfall/Kommunen	102
1.	Vergleichsgruppenbildung	102
a)	Grundsätzliche Zulässigkeit eines Vergleichs privater und staatlicher Unternehmen?	102
aa)	Meinungsstand in der Literatur	102
bb)	Rechtsprechung des <i>EuGH</i>	103
b)	Vergleich privater und staatlicher Energieversorger	104
aa)	Allgemeine Vergleichsparameter	105
bb)	Umsetzung dieser Parameter	106
(1)	Regelungszweck bzw. -bereich	106
(2)	Unternehmens- bzw. Marktbedingungen	107
(3)	Vertragsziele und -bestimmungen	108
cc)	Zwischenergebnis	109
c)	Vergleich deutscher Energieversorger in privater und kommunaler Hand	110
aa)	Vertragsziele und -bestimmungen	110
bb)	Regelungszweck bzw. -bereich	111
cc)	Unternehmens- bzw. Marktbedingungen	111
d)	Zwischenergebnis	113
2.	Ungleichbehandlung	113
3.	Benachteiligung	113
4.	Rechtfertigung der (benachteiligenden) Ungleichbehandlung	114
a)	Art. 295 EGV als sachlicher Grund	115
aa)	Untauglichkeit als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Grundfreiheiten	115
bb)	Übertragbarkeit auf die europäischen Grundrechte	116
cc)	Gegenstimmen: Tauglichkeit als Rechtfertigungsgrund	118
dd)	Stellungnahme	119
ee)	Ergebnis	120

b)	Per se gegebene Neutralität der Mitgliedstaaten als sachlicher Grund	121
aa)	Ableitbarkeit einer „Neutralitätsthese“ aus dem Konzept des „service public“	121
bb)	Rechtliche Zweifel an der „Neutralitätsthese“	121
cc)	Tatsächliche Zweifel an der „Neutralitätsthese“ aufgrund der Praxis	123
dd)	Ergebnis	126
c)	Konkret herstell- und nachweisbare Neutralität der Mitgliedstaaten als sachlicher Grund	126
d)	„Sicherung des Einflusses auf Dienste von strategischer Bedeutung“ als sachlicher Grund	127
e)	Weitere sachliche Rechtfertigungsgründe	128
f)	Ergebnis	129
5.	Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung	129
6.	Konsequenzen der fehlenden Rechtfertigungsmöglichkeit	129
V.	Ergebnis	130
4. Teil:	Zusammenfassendes Ergebnis	133
A.	Ownership Unbundling und ISO-Modell im Lichte der europäischen Kompetenzordnung	133
I.	Kompetenztitel und Subsidiaritätsprinzip	133
II.	Auswirkungen des Art. 295 EGV	133
1.	Inhalt und Reichweite des Art. 295 EGV	133
a)	Zum Hintergrund der Norm	134
b)	Art. 295 EGV in der Praxis	134
c)	Art. 295 EGV im Schrifttum	135
2.	Entflechtungsszenarien als Teil des europäischen Eigentumsgrundrechts?	136
3.	Entflechtungsszenarien als Teil der Eigentumszuordnung?	137
a)	Abstrakte Begriffsbestimmung	137
b)	Projektion auf die vorgeschlagenen Entflechtungsszenarien	138
B.	Zu den Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes	139
I.	Zum grundrechtlichen Prüfungsmaßstab	139
II.	Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes europäischer Prägung	140
1.	Herleitung	141

2.	Berechtigte	141
3.	Ungleichbehandlung	142
	a) Vergleichsgruppenbildung	142
	b) Benachteiligende Ungleichbehandlung	143
4.	Rechtfertigung der (benachteiligenden) Ungleichbe- handlung	144
	a) Art. 295 EGV als Rechtfertigungsgrund?	144
	b) „Mitgliedstaatliche Neutralität“ als Rechtfertigungsgrund	145
	c) Im Einzelfall herstell- und nachweisbare Neutralität als Rechtfertigungsgrund	146
5.	Zwischenergebnis	147
C.	Ergebnis	147

1. Teil:

Zum Hintergrund des Themas

A. Rechtliche Entwicklung des Strommarktes

Im Jahre 1998 wurden die Strommärkte in Deutschland mit dem Ziel der Wettbewerbsförderung, zurückgehend auf europäische Vorgaben¹, liberalisiert. Insbesondere wurden die bis dahin bestehenden Gebietsmonopole regionaler Energieversorger durch eine Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes vollständig aufgehoben. In der Folgezeit fielen die Strompreise für Großabnehmer zunächst um fast 50 %, für Tarifkunden um ca. 25 %.² Inzwischen geht die Monopolkommission davon aus, dass die Energiepreise wieder auf Vorliberalisierungsniveau liegen.³

Eine weitergehende Belebung des Wettbewerbs auf den Energiemärkten, nicht zuletzt durch Importe ausländischer Anbieter, wird politisch gefordert. Dies soll u. a. durch Maßnahmen im Bereich der Energieinfrastruktur durchgesetzt werden: Sowohl Strom als auch Gas sind leitungsgebundene Energien.⁴ Ziel ist es dabei, aufgrund der Leitungsgebundenheit befürchtete Einschränkungen des Wettbewerbspotentials auf den Strom- und Gasmärkten zu beseitigen. Die ca. 1.700 Energienetze in Deutschland stehen oftmals im Eigentum privatwirtschaftlich organisierter, vertikal integrierter EVU, die oftmals zugleich auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen Produktion, Import und/oder Versorgung tätig sind.⁵

Vor diesem Hintergrund geht die EU-Kommission davon aus, dass die marktbeherrschende Stellung der großen Energiekonzerne sowie deren Kontrolle über die Netze als Hauptgrund für mangelnden Wettbewerb und das Ausbleiben grenzüberschreitender Investitionen im Energiesektor

1 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt – „Elektrizitätsrichtlinie“, ABl. 1997, L 27/20; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 06. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt – „Gasrichtlinie“, ABl. 1998, L 204/1.

2 EUROSTAT-Datenservice „Umwelt und Energie“, abrufbar unter: <http://www.eds-destatis.de/publications/detail.php?th=8&k=1&dok=2042>.

3 Siehe die Kurzfassung des 15. Hauptgutachtens der Monopolkommission, Rn 237; abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de

4 Durach, Die Einführung kompetitiver Strukturen auf den Energiemärkten, 1996, S. 13.

5 J. Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze, 2005, S. 27.

anzusehen ist. Daher wurde bereits im Rahmen des Lissabon-Prozesses zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit in der EU schon 2003 eine neue Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie und eine neue Gas-Binnenmarkt-Richtlinie verabschiedet.⁶ Diese sog. „Beschleunigungsrichtlinien“ zielten darauf ab, die einzelnen Märkte der Mitgliedstaaten zu einem einzigen, vollständig für den Wettbewerb geöffneten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Energiebinnenmarkt zusammenwachsen zu lassen. Schlüssel hierzu sollte eine verstärkte staatliche Regulierung der Energienetze durch die Einführung eines rechtlichen und funktionellen Entflechtungs-Regimes sein.⁷ Rechtliche Entflechtung und operative Entflechtung wurden in Deutschland durch das EnWG 2005 umgesetzt, wobei Verteilnetzbetreiber erst nach Ablauf der Übergangsfrist zum 01. 07. 2007 zur Umsetzung verpflichtet waren. Dies bedeutet konkret, dass in vielen Mitgliedsstaaten, z. B. in Deutschland, bisher noch keine hinreichenden Erfahrungen mit der Wirksamkeit von rechtlichem bzw. operationellem Unbundling gemacht werden konnten.

Gleichwohl fordert die Kommission seit Januar 2007 weitergehende Unbundling-Regelungen.⁸ Gegenwärtig proklamiert die EU-Kommission das langfristige Ziel einer „**vollen eigentumsrechtlichen Entflechtung**“ von Stromerzeugung und Netzbetrieb für ganz Europa.⁹ Die Kommissionsmitteilung „Eine Energiepolitik für Europa“¹⁰ vom 10. 01. 2007 unterstreicht diesen Fokus der Kommission. Unter Punkt 3.1.1 „Entflechtung“ heißt es dort:

„Der Binnenmarktbericht und die sektorspezifische Untersuchung verdeutlichen die Gefahren von Diskriminierung und Missbrauch, wenn Unternehmen sowohl Energienetze als auch die Erzeugung oder den Verkauf kontrol-

6 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003, L 176/37; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003, L 176/57.

7 Christian F. Schneider, Unbundling nach den neuen RL für den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, *ecolex* 2004, S. 85 ff. Die zur Auslegung der Beschleunigungsrichtlinien ergangene „Interpreting Note“ der Kommission wurde besprochen bei *Koenig/Haratsch/Rasbach*, Neues aus Brüssel zum Unbundling: „Interpreting Note“ zu den Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas, *ZNER* 2004, S. 10 ff.

8 Dazu Kommissionsmitteilung vom 10. 01. 2007, *Kom* (2007) 1 endg.

9 „Barroso beharrt auf regionalen Strommärkten“, *Financial Times Deutschland* vom 9. März 2007; ähnlich bereits EU-Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* in ihrer Rede auf der Energie Konferenz „E-world energy&water“ in Essen vom 5. Februar 2007 (SPEECH/07/63).

10 Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament „Eine Energiepolitik für Europa“ vom 10. 01. 2007, *Kom* (2007) 1 endg.

lieren und auf diese Weise nationale Märkte schützen und Wettbewerb verhindern. [...] Es ist wirtschaftlich belegt, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung das wirksamste Mittel ist, um Wahlfreiheit für die Energieverbraucher zu gewährleisten und Investitionen zu beleben“.

B. Derzeit diskutierte Unbundling-Szenarien

Mit Blick auf die von der EU angestrebte Verbesserung und Vollendung des Energiebinnenmarktes werden zwei Optionen zur sog. Entflechtung des Strommarktes, mithin zur Trennung der Energienetze von der Energieerzeugung, vorgeschlagen – die sog. eigentumsrechtliche Entflechtung (sog. Ownership Unbundling) und die Einführung eines Independent System Operators (sog. ISO-Modell).¹¹

I. Das dritte Legislativpaket zur Schaffung eines einheitlichen Energiebinnenmarktes als Rechtsgrundlage

Beide Entflechtungstypen liegen auch dem dritten Legislativpaket zur Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes für Strom und Gas zugrunde, auf dessen endgültige Fassung sich die Kommission am 19. 09. 2007 einigte.¹² Die Übersendung der zugehörigen Rechtsetzungsvorschläge an das Europäische Parlament und den Ministerrat, die gemäß Art. 251 Abs. 2 U Abs. 1 EGV das Mitentscheidungsverfahren einleitet,¹³ erfolgt Ende 2007.

Betrachtet man die bisherigen Stellungnahmen dieser beiden Organe zu den jüngsten Liberalisierungsbestrebungen der Kommission auf dem Energiebinnenmarkt, hat das dritte Legislativpaket in Bezug auf die Einführung weiterer Entflechtungsmaßnahmen wohl kaum mit starkem Gegenwind zu rechnen: So sprach sich der Energie-Ministerrat im Februar 2007 dafür aus, die „tatsächliche Trennung der Versorgung und Erzeugung vom Betrieb der Netze (Entflechtung) auf der Grundlage unabhängig organisierter und angemessen regulierter Strukturen für den Netzbetrieb“ sicherstellen. Er nannte in diesem Zusammenhang ISO-Modell und Ownership Unbundling als

¹¹ Punkt „3.1.1“ der Kommissionsmitteilung vom 10. 01. 2007, Kom (2007) 1 endg., S. 8.

¹² Vgl. dazu näher die zugehörige Pressemitteilung der Kommission vom 19. 09. 2007, IP/07/1361.

¹³ Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV7EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 251, 6.

mögliche Alternativen.¹⁴ Zudem brachte das Europäische Parlament in seiner Entschließung zu den Aussichten des Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarktes vom 10. Juli 2007 seine starke politische Unterstützung für die von der Kommission vorgeschlagene Ausgestaltung einer gemeinsamen Energiepolitik zum Ausdruck und bezeichnete eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Netze als „das wirksamste Instrument, um diskriminierungsfrei Investitionen in Infrastrukturen, einen fairen Zugang zum Stromnetz für Neueinsteiger und Markttransparenz zu fördern“.¹⁵

Wegen der grundsätzlichen Einigkeit von Kommission, Ministerrat und Europäischem Parlament dürfte sich der Vorschlag nicht mehr grundlegend verändern. Somit lohnt sich ein näherer Blick auf die inhaltliche Ausgestaltung, die die eigentumsrechtliche Entflechtung und ISO-Modell im Rahmen des dritten Legislativpakets erfahren haben. Insofern sei allerdings vorangestellt, dass sich beide Unbundling-Szenarien derzeit allein auf die überregionalen Übertragungs- und Fernleitungsnetze, nicht aber auf die Verteilernetze beim Kunden vor Ort beziehen, da die dortigen Entflechtungsvorschriften nach Einschätzung der Kommission ausreichend sind.¹⁶

II. Geplante Ausgestaltung des Ownership Unbundling

Zuvorderst schlägt die Kommission eine neue Fassung des Art. 8 der Beschleunigungsrichtlinie Strom vor. Danach haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass jeder Netzeigentümer zugleich als Betreiber agiert. Überdies darf ein Unternehmer nicht die Stromversorgung oder den Netzbetrieb z. B. über Sperrminoritäten kontrollieren und gleichzeitig Beteiligungen oder Rechte auf dem jeweils anderen Tätigkeitsfeld halten; Minderheitsanteile an beiden Sparten können hingegen solange in einer Hand liegen, wie keine Mitbestimmungsrechte in einem der beiden Tätigkeitsbereiche bestehen. Schließlich ist zu beachten, dass nicht ein- und dieselbe Person zugleich Mitglied des Aufsichts- oder Verwaltungsrates bzw. gesetzlicher Vertreter eines Stromversorgers und Netzbetreibers sein darf. Auch das Recht zur gleichzeitigen Entsendung derartiger Organe in beide Sparten

14 Rundschreiben des BDI v. 20. 02. 2007; vgl. „www.bdi-online.de/download/Rundschreiben_Energieerat.DOC“ (Stand: 10/2007).

15 P6_TA(2007)0326; abrufbar unter: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0326&language=DE&ring=A6-2007-0249 (Stand: 10/2007).

16 MEMO/07/361 v. 19. 09. 2007, S. 2.

ist ausgeschlossen.¹⁷ Überträgt man diese Vorgaben auf die von der Kommission vorgeschlagenen Entflechtungsszenarien, ist Art. 8 der Beschleunigungs-Richtlinie Strom Rechtsgrundlage einer eigentumsrechtlichen Entflechtung, für die sich in jüngerer Zeit der Begriff des Ownership Unbundling etabliert hat.¹⁸ Denn die Norm zwingt das bisher integrierte EVU dazu, sein Eigentum an den Energienetzen von seinen Wettbewerbsaktivitäten zu trennen. Anders als beim Legal Unbundling¹⁹ dürfen somit die Anteile an einer das Netzeigentum innehabenden Netzgesellschaft nicht mehr gleichzeitig von demselben Mutterunternehmen gehalten werden, das auch Wettbewerbsaktivitäten ausübt. Vielmehr müssen beide Bereiche künftig völlig getrennt voneinander am Markt operieren, um deren Unabhängigkeit möglichst weit gehend zu erreichen.

Der Kommissionsvorschlag enthält indes keine Ausführungen dazu, ob diese Trennung durch eine Veräußerung der Netzgesellschaft oder durch eine Aufteilung der Unternehmensanteile (sog. „Aktiensplit“) in Anteile des Netzunternehmens und des Stromerzeugungs- bzw. -versorgungsgeschäfts erfolgen soll. Damit die Interessen der Anteilseigner eines vertikalen EVU in vollem Umfang gewahrt bleiben, können die Mitgliedstaaten vielmehr eine dieser beiden Alternativen aussuchen.²⁰ Zudem macht Art. 8 keine ausdrücklichen Vorgaben in Bezug darauf, ob nun die Versorgungssparte oder die Netzsparte im ehemals integrierten EVU verbleiben soll. Insoweit besteht vielmehr ebenfalls ein Wahlrecht – nunmehr des Stromunternehmens –, da es sich um eine ökonomische Opportunitätsentscheidung handelt. Es ist bisher lediglich vorgegeben, dass sich das Unternehmen von einem der beiden Bereiche zu trennen hat. In der Regel dürften aber wohl das Netzeigentum und die damit verbundenen Netzbetreiberfunktionen aus dem integrierten EVU durch einen Verkauf der Netzgesellschaft an einen neuen Eigentümer herausgelöst werden, während die sonstigen (wettbewerblichen) Aktivitäten – also vor allem die Stromproduktion und -ver-

17 Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2005/34/EG über gemeinsame Vorschriften für den Energiebinnenmarkt; KOM (2007) endg. v. 19. 09. 2007, S. 6, 26 f., 32 ff.

18 Instrukтив: *Baur/Pritschke/Klauer*, Ownership Unbundling, 2006, S. 15 ff.

19 Zu den verschiedenen Regelungsvarianten des Unbundlings: *Schmidt-Preuß*, Der Wandel der Energiewirtschaft vor dem Hintergrund der europäischen Eigentumsordnung, EuR 2006, S. 463 (481 ff.); *Nauschütz*, Das Unbundling integrierter Erdgasunternehmen – rechtliche Grenzen europäischer Wirtschaftsregulierung, 2005, S. 40 f.; *Dannischewski*, Unbundling im Energierecht, 2003.

20 Erwägungsgrund 11 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2005/34/EG über gemeinsame Vorschriften für den Energiebinnenmarkt; KOM (2007) 528 endg. v. 19. 09. 2007, S. 27.