

Schriften zum Europäischen Recht

Band 193

Unionsprimärrechtliche Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Ausbau der Stromnetze

Zugleich ein Beitrag zur Diskussion
um eine originäre Leistungsdimension
der Warenverkehrsfreiheit

Von

Max Baumgart



Duncker & Humblot · Berlin

MAX BAUMGART

Unionsprimärrechtliche Pflichten der EU-Mitgliedstaaten
zum Ausbau der Stromnetze

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten

Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 193

Unionsprimärrechtliche Pflichten der EU-Mitgliedstaaten zum Ausbau der Stromnetze

Zugleich ein Beitrag zur Diskussion
um eine originäre Leistungsdimension
der Warenverkehrsfreiheit

Von

Max Baumgart



Duncker & Humblot · Berlin

Basler Dissertation, 2018.

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahr 2018 ebenfalls als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-15794-5 (Print)
ISBN 978-3-428-55794-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel sowie der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Rahmen einer Cotutelle de thèse als Dissertation angenommen. Soweit sie Verweise auf das EU-Sekundärrecht enthält, beziehen sich diese auf den Rechtsstand vor Inkrafttreten des EU-Gesetzgebungspakets „Saubere Energie für alle Europäer“.

Mein ganz besonderer Dank gilt den Erstbetreuern des Cotutelle-Verfahrens, Herrn Prof. Dr. Stephan Breitenmoser und Frau Prof. Dr. Daniela Winkler, für ihre stetige und fortwährende Unterstützung. Herrn Prof. Dr. Peter Hettich danke ich insbesondere für die Mitwirkung als Zweitbetreuer, Herrn Prof. Dr. Torsten Körber für den notwendigen Freiraum für die Fertigstellung des Projekts während meiner Mitarbeitertätigkeit an seinem Institut und Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke besonders für die ersten Anregungen zu dem Thema. Für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriften zum Europäischen Recht danke ich Herrn Prof. Dr. Siegfried Magiera, Herrn Prof. Dr. Detlef Merten, Herrn Prof. Dr. Matthias Niedobitek und Herrn Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann. Überdies gilt mein herzlicher Dank der Hanns-Seidel-Stiftung, von der ich für das vorliegende Projekt aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) ein Promotionsstipendium erhalten habe. Ebenso herzlich danke ich dem Verein zur Förderung des Instituts für Energierecht e. V. und der Rechtsanwaltssozietät Pinsent Masons LLP für großzügige Beiträge zu den Druckkosten der Arbeit. Mein Dank gilt ferner einer Vielzahl von weiteren Personen, die meine Dissertation mit wertvollen Tipps und Hilfestellungen begleitet haben bzw. für vertiefte inhaltliche Diskussionen zur Verfügung standen, sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln und des ehemaligen Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln für die gemeinsame Zeit.

Köln, im Dezember 2019

Max Baumgart

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung	21
A. Hintergrund und Problemstellung	21
B. Ansatz und Lücke in der bisherigen Forschung	24
C. Methode	26
D. Gang der Untersuchung	33
E. Bedeutung des Forschungsbeitrags für den gesamteuropäischen Energiehandel und insbesondere auch für die Schweiz	35

Kapitel 2

Anwendung der Vorschriften zum freien Warenverkehr	41
A. Anwendbarkeit der Art. 28 ff. AEUV	41
B. Wareneigenschaft	42
I. Strom als Ware	42
II. Abgrenzung zu anderen Waren	46
III. Handelsabsicht	47
C. Sonstige Anwendungsvoraussetzungen	48
I. Grenzüberschreitender Sachverhalt	48
II. Befindlichkeit der Waren im freien Verkehr der Union	50
D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	50

Kapitel 3

Zu einer allgemeinen originären Leistungsdimension	51
A. Zum Spannungsfeld von Integration, Solidarität und Souveränität	51
B. Zur normativen Grundlage einer allgemeinen originären Leistungsdimension	56
I. Kritik am Vorliegen der normativen Grundlagen	56
II. Grammatikalische Erwägungen	56
III. Teleologische Erwägungen	61
IV. Systematische Erwägungen	71
V. Historische Erwägungen	83
VI. Zwischenergebnis und Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	83

C. Ausgestaltung	84
I. Voraussetzungen	84
II. Reichweite	101
III. Zwischenergebnis	108
D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	109

Kapitel 4

Zu einer speziellen originären Leistungsdimension für die Ware Strom 111

A. Besonderheiten	111
I. Zur besonderen Bedeutung von Strom	111
II. Souveränitätsvorbehalt und virtueller Handel in Gebotszonen	112
III. Zu dem, was die Vertragsgemeinschaft vernünftigerweise vom Mitgliedstaat verlangen kann	113
IV. Zum Ermessen	115
V. Zwischenergebnis	116
B. Zur Rechtfertigung eines Unterlassens des Ausbaus der Stromnetze	116
C. Handlungsformen der Mitgliedstaaten zur Erfüllung der Leistungspflicht	123
D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	124

Kapitel 5

Weitere pflichtbegründende Vorschriften 126

A. Sonstiges Unionsprimärrecht als Grundlage für eine mitgliedstaatliche Pflicht zum Ausbau der Stromnetze	126
B. Art. 4 Abs. 3 EUV	126
I. Akzessorische Pflichten	127
II. Solidaritätspflichten	128
III. Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit	131
IV. Zwischenergebnis	135
C. Art. 37 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV	136
I. Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber als staatliche Handelsmonopole	136
II. Umformungspflicht und Verhältnis der Vorschriften	139
III. Zwischenergebnis	142
D. Art. 106 Abs. 1 AEUV i. V. m. 102 AEUV	142
I. Art. 106 Abs. 1 AEUV und Unternehmen im Sinne der Vorschrift	142
II. Verstoß gegen Art. 102 AEUV	146
III. Rechtfertigungsmöglichkeiten	160
IV. Verhältnis zu den Vorschriften des freien Warenverkehrs	161
V. Zwischenergebnis	164
E. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	165

Inhaltsübersicht	11
------------------	----

Kapitel 6

Ergebnis und Ausblick 166

A. Gesamtergebnis	166
-------------------	-----

B. Ausblick	169
-------------	-----

C. Ergebnisse in Thesen	170
-------------------------	-----

Kapitel 7

Summary in English 176

Kapitel 8

Résumé en français 179

Literaturverzeichnis	182
-----------------------------	-----

Sachverzeichnis	196
------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	21
A. Hintergrund und Problemstellung	21
B. Ansatz und Lücke in der bisherigen Forschung	24
C. Methode	26
D. Gang der Untersuchung	33
E. Bedeutung des Forschungsbeitrags für den gesamteuropäischen Energiehandel und insbesondere auch für die Schweiz	35

Kapitel 2

Anwendung der Vorschriften zum freien Warenverkehr	41
A. Anwendbarkeit der Art. 28 ff. AEUV	41
B. Wareneigenschaft	42
I. Strom als Ware	42
II. Abgrenzung zu anderen Waren	46
III. Handelsabsicht	47
C. Sonstige Anwendungsvoraussetzungen	48
I. Grenzüberschreitender Sachverhalt	48
II. Befindlichkeit der Waren im freien Verkehr der Union	50
D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	50

Kapitel 3

Zu einer allgemeinen originären Leistungsdimension	51
A. Zum Spannungsfeld von Integration, Solidarität und Souveränität	51

B. Zur normativen Grundlage einer allgemeinen originären Leistungsdimension	56
I. Kritik am Vorliegen der normativen Grundlagen	56
II. Grammatikalische Erwägungen	56
1. Offener Wortlaut	56
2. Kein Unterschied zwischen Art. 34 und 35 AEUV	58
3. Verbotsbegriff	59
4. Zwischenergebnis	61
III. Teleologische Erwägungen	61
1. Grundrechte und Grundfreiheiten	61
2. Auslegung im Hinblick auf die Vertragsziele	64
3. Souveränitätsverlust	67
4. „Mehr Markt“ oder „Schutz vor weniger Markt“	69
5. Keine Rückschlüsse von Systematisierungsversuchen	70
6. Zwischenergebnis	71
IV. Systematische Erwägungen	71
1. Art. 4 Abs. 3 EUV und der Grundsatz nach Treu und Glauben	71
2. Integrationsmethode und richterliche Macht	72
3. Binnenmarktgewährleistung nach Art. 26 Abs. 2 AEUV	74
4. Koordinierungspflichten	75
5. Keine Daseinsvorsorge im EU-Recht	75
6. Kein Verstoß gegen Art. 107 AEUV	77
7. Grundsätze der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik	77
8. Territoriale Souveränität der Mitgliedstaaten	79
9. Zwischenergebnis	81
V. Historische Erwägungen	83
VI. Zwischenergebnis und Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	83
C. Ausgestaltung	84
I. Voraussetzungen	84
1. Beeinträchtigung des Marktzugangs oder -ausgangs durch ein Unterlassen	84
2. Rechtswidrigkeit des Zustands	93
3. Behinderungswille	94
4. Spürbarkeitskriterium, Relevanzregel, Kernbereich	95
5. Höhere Gewalt	99
6. Eigenständige Begründung der Pflicht	100
II. Reichweite	101
1. Nur dasjenige, was die Vertragsgemeinschaft vernünftigerweise vom Mitgliedstaat verlangen kann	101
2. Mitgliedstaatliches Ermessen	105
3. Überprüfung einer Verletzung der Leistungspflicht durch den EuGH	107
III. Zwischenergebnis	108

D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung 109

Kapitel 4

Zu einer speziellen originären Leistungsdimension für die Ware Strom 111

A. Besonderheiten 111
 I. Zur besonderen Bedeutung von Strom 111
 II. Souveränitätsvorbehalt und virtueller Handel in Gebotszonen 112
 III. Zu dem, was die Vertragsgemeinschaft vernünftigerweise vom Mitgliedstaat verlangen kann 113
 IV. Zum Ermessen 115
 V. Zwischenergebnis 116
 B. Zur Rechtfertigung eines Unterlassens des Ausbaus der Stromnetze 116
 C. Handlungsformen der Mitgliedstaaten zur Erfüllung der Leistungspflicht 123
 D. Zwischenergebnis und Zusammenfassung 124

Kapitel 5

Weitere pflichtbegründende Vorschriften 126

A. Sonstiges Unionsprimärrecht als Grundlage für eine mitgliedstaatliche Pflicht zum Ausbau der Stromnetze 126
 B. Art. 4 Abs. 3 EUV 126
 I. Akzessorische Pflichten 127
 II. Solidaritätspflichten 128
 III. Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit 131
 IV. Zwischenergebnis 135
 C. Art. 37 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV 136
 I. Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber als staatliche Handelsmonopole 136
 II. Umformungspflicht und Verhältnis der Vorschriften 139
 III. Zwischenergebnis 142
 D. Art. 106 Abs. 1 AEUV i. V. m. 102 AEUV 142
 I. Art. 106 Abs. 1 AEUV und Unternehmen im Sinne der Vorschrift 142
 II. Verstoß gegen Art. 102 AEUV 146
 1. Verpflichtungsgrundlage 146

2. Marktbeherrschende Stellung	148
a) Relevanter Markt	148
b) Beherrschende Stellung	150
c) Binnenmarkt oder wesentlicher Teil desselben	151
3. Missbräuchliches Ausnutzen	152
a) Missbrauch durch die (notwendige) Beschränkung der Kapazität für die grenzüberschreitende Stromübertragung	152
b) Missbrauch durch die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher	155
c) Kausalität zwischen Missbrauch und Ausnutzung der beherrschenden Stel- lung und freier Entscheidungsspielraum	157
4. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	158
5. Modifikation der Voraussetzungen des Art. 102 AEUV bei der Anwendung von Art. 106 Abs. 1 AEUV	160
III. Rechtfertigungsmöglichkeiten	160
IV. Verhältnis zu den Vorschriften des freien Warenverkehrs	161
V. Zwischenergebnis	164
E. Zwischenergebnis und Zusammenfassung	165

Kapitel 6

Ergebnis und Ausblick	166
A. Gesamtergebnis	166
B. Ausblick	169
C. Ergebnisse in Thesen	170

Kapitel 7

Summary in English	176
---------------------------	-----

Kapitel 8

Résumé en français	179
---------------------------	-----

Literaturverzeichnis	182
Sachverzeichnis	196

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis zum 31. Dezember 2002 unter der Bezeichnung Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators (engl., Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union v. 1.12.2009 (konsolidierte Fassung in ABl. C 202 v. 7.6.2016, S. 1 ff.)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999 (SR 101)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
CEER	Council of European Energy Regulators (engl., Rat der Europäischen Energieregulierungsbehörden)
CMLRev	Common Market Law Review (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
ECLI	European Case Law Identifier
ECT	Vertrag über die Energiecharta v. 17.12.1994 (BGBl. 1997 II, S. 4 ff.; SR 0.730.0)
EEG	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien v. 21.7.2014 (BGBl. 2014 I, S. 1066 ff.)
EEIR	Energie, Environnement, Infrastructures, Revue mensuelle
EFTA	European Free Trade Association (engl., Europäische Freihandelsassoziation)

EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25. März 1957, umbenannt durch den Vertrag von Maastricht (1992) in: Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (BGBl. 1957 II, S. 766 ff.)
EGV (Amsterdam)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i. d. F. v. 18. Juni 1997 (konsolidierte Fassung in ABl. C 340 v. 10. 11. 1997, S. 173 ff.)
EGV (Nizza)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i. d. F. v. 11. Dezember 2000 (konsolidierte Fassung in ABl. C 325 v. 24. 12. 2002, S. 1 ff.)
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950 (BGBl. 1952 II, S. 686 ff.; SR 0.101)
engl.	englisch
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity (engl., Europäisches Netzwerk der Übertragungsnetzbetreiber für Strom)
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung v. 7.5.2005 (BGBl. 2005 I, S. 1970 ff. u. 3621)
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ER	EnergieRecht (Zeitschrift)
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
EU	Europäische Union/European Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften), Luxemburg
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften), Luxemburg
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union v. 1. 12. 2009 (konsolidierte Fassung in ABl. C 202 v. 7. 6. 2016, S. 1 ff.)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ew	Magazin der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
EWeRK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
franz.	französisch
GATT 1947	General Agreement on Tariff and Trade v. 30. 10. 1947 (engl., allgemeines Zoll- und Handelsabkommen) (Anlagenband I zum BGBl. 1951 II, S. 4 ff.)
GATT 1994	General Agreement on Tariff and Trade v. 15. 4. 1994 (engl., allgemeines Zoll- und Handelsabkommen) (ABl. L 336 v. 23. 12. 1994, S. 11 ff.)

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. 1949 I, S. 1 ff.).
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 1. 12. 2009 (ABl. C 303 v. 14. 12. 2007, S. 1 ff.)
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F. v.	in der Fassung vom
i. R. d.	im Rahmen der
i. S. d.	im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JB	Juristische Blätter (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JWELB	The Journal of World Energy Law & Business
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KN	Kombinierte Nomenklatur
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
kV	Kilovolt
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N&R	Netzwirtschaften und Recht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
Rdn.	Randnummer
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTDeuR	Revue trimestrielle de droit européen
Rz.	Randziffer
S.	Satz bzw. Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
SJES	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannte(n)(s)
SR	Systematische Rechtssammlung (Schweiz)
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
TEU	Treaty on European Union (engl., Vertrag über die Europäische Union, s. dort)
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union (engl., Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, s. dort)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (franz., Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, s. dort)

TUE	Traité sur l'Union européenne (franz., Vertrag über die Europäische Union, s. dort)
u. a.	unter anderem bzw. und andere
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	vom
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
VIK	Verband der Industriellen Energie- & Kraftwirtschaft
VSE/AES	Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen/Associazione delle aziende elettriche svizzere
WTO	World Trade Organization (engl. Welthandelsorganisation)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969 (BGBl. 1985 II, S. 926 ff.; SR 0.111)
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Kapitel 1

Einleitung

A. Hintergrund und Problemstellung

Die Verwirklichung von Energiebinnenmarkt und Energieunion stellt ein besonders aktuelles und zentrales Ziel der EU dar,¹ welches bereits auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV zurückzuführen ist. Der Wunsch der Schaffung einer über den reinen Binnenmarkt hinausgehenden Energieunion, die dann möglicherweise auch Nicht-EU-Mitglieder umfasst,² hat indes erst in jüngerer Zeit Gestalt angenommen.

EU-Binnenmarkt und Energieunion sind nur mithilfe eines ausreichend ausgebauten Stromnetzes zu erreichen.³ Vorhandene Kapazitäten von grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen und Grenzkupplstellen sind regelmäßig nicht ausreichend und begründen damit Wettbewerbshemmnisse.⁴ Das Erfordernis des Netzausbaus ergibt sich zudem bereits aus der zunehmenden Integration erneuerbarer Energien im Besonderen⁵ sowie der sich wandelnden Rahmenbedingungen im Allgemeinen.⁶ Nicht nur die Übertragungsnetze, sondern auch die Verteilernetze müssen ausgebaut werden.⁷ Ein ohne wesentliche Verzögerungen vorangetriebener Netzausbau würde ebenfalls die Verwirklichung des Energiebinnenmarkts bezwe-

¹ Vgl. nur Kommission, Mitteilung v. 25.2.2015, COM (2015) 80 final; Kommission, Mitteilung v. 28.5.2014, COM (2014) 330 final, S. 9; *Frenz*, EnWZ 2015, 481 (481 f.); *Leal-Arcas*, Energy Union, S. 11 ff.; *Pellerin-Carlin*, in: *Leal-Arcas/Wouters*, EU Energy Law and Policy, 67 (67). Zu den Vorteilen des grenzüberschreitenden Stromhandels *Wawer*, ZfE 2009, 91 (91).

² Vgl. *Leal-Arcas*, Energy Union, S. 27 ff.; den Begriff der Energieunion prägend *Tusk*, Financial Times v. 21.4.2014; siehe auch *Fischer/Geden*, SWP-Aktuell 36, April 2015, S. 1 f.

³ Vgl. Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat v. 25.2.2015, COM (2015) 82 final; *Giesberts/Tiedge*, EurUP 2013, 166 (166); *Schadtle*, ZNER 2013, 126 (126); *Strobel*, ZEuS 2013, 167 (169); *Wawer*, ZfE 2009, 91 (91).

⁴ Vgl. *König*, Engpassmanagement, S. 640 f.; *Presser*, Stromhandel, S. 33; *Salje*, in: *Baur*, Entwicklungen, 39 (44).

⁵ Vgl. *Knieps*, in: *Sioshansi*, Evolution, 147 (147 f.), der zudem darauf hinweist, dass es vorkommen kann, dass Netzbetreiber ihre Netze teilweise ohne ökonomische Anreize ausbauen müssen; *Schacht/Patzack/Vennegeerts/Bock/Schmidt*, ew 6/2015, 68 (68).

⁶ *Hetzel/Müller*, ew 6/2015, 36 (36); ausführlich zum Stromnetzausbau in zonalen Märkten *Bertsch/Brown/Hagspiel/Just*, The Energy Journal 2016, Bd. 38, Nr. 5, 129 (129 ff.); zum Nutzen von Netzausbau auch *Wawer*, ZfE 2009, 91 (91); *von Weizsäcker*, WuW 1997, 572 (572 ff.). Siehe mit Blick auf die Schweiz *Schlecht/Weigt*, SJES 2015, 125 (125 ff.).

⁷ Vgl. *von Dahl*, N&R 2015, 194 (194).

ckende Aufteilung der europäischen Stromgebotszonen überflüssig machen.⁸ Mit einem ausreichend ausgebauten Stromnetz könnte der den Strom umleitende Einsatz von Phasenschiebern an den mitgliedstaatlichen Grenzen und damit auch eine Renationalisierung der Energiepolitik vermieden werden.⁹

Die EU kann hinsichtlich des Ausbaus transeuropäischer Netze nur unterstützend tätig werden. Sie kann zwar aufgrund von Art. 194 Abs. 1 lit. d) AEUV weitere Maßnahmen treffen, um den Ausbau der Stromnetze zu erleichtern, nicht jedoch den eigentlichen Ausbau vornehmen, da die Art. 170 bis 172 AEUV in Bezug auf den Ausbau von Stromnetzen Art. 194 AEUV als speziellere Vorschriften vorgehen.¹⁰ Dies ergibt sich dadurch, dass ansonsten das Regelungssystem der Art. 170 ff. AEUV ausgehebelt würde: Art. 170 AEUV benennt ausdrücklich auch die „Energieinfrastruktur“. Es ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien, hätten sie das Kompetenzverhältnis neu regeln wollen, Änderungen an diesem ausdrücklichen Wortlaut vorgenommen hätten. Folglich ist die EU nach Art. 170 Abs. 1 AEUV auf einen *Beitrag* zum Ausbau transeuropäischer Netze beschränkt. Damit verbleibt die wesentliche Kompetenz zum Ausbau der Stromnetze bei den Mitgliedstaaten.¹¹

Während die EU versucht, die Verwirklichung des Strombinnenmarkts über den Erlass einschlägigen Sekundär- und Tertiärrechts, dessen Um- und Durchsetzung durch das Einleiten von Vertragsverletzungsverfahren sowie unter Verwendung des Kartellrechts zu fördern,¹² wurde bisher weder in Rechtsprechung noch Literatur

⁸ Siehe nur *Mussaeus/Sänger/Linden*, RdE 2017, 172 (172 ff., insb. 178).

⁹ Vgl. auch *Schneidewindt*, ER 2016, 16 (17); zum Einsatz von Phasenschiebern siehe die Ausführungen zu den Ringfluss-Daten in ACER/CEER, Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Gas Markets in 2016, Electricity Wholesale Markets Volume, October 2017, S. 72 ff.; *Schulte-Beckhausen/Schneider/Kirch*, RdE 2014, 101 (104 ff.); zu mehr Solidarität als Antwort auf die negativen Folgen der Ringflüsse und dessen Ausdruck in Art. 194 AEUV *Talus/Aalto*, in: Leal-Arcas/Wouters, EU Energy Law and Policy, 15 (19).

¹⁰ Vgl. dazu *Gundel*, EWS 2011, 25 (30); *ders.*, in: Danner/Theobald, Energierecht, EuEnR 10 Rdn. 44; *Hirsbrunner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 194 AEUV Rdn. 22; *Lecheler/Recknagel*, in: *Dauses/Ludwigs*, Handbuch, M. Rdn. 292; *Leidinger*, in: Posser/Faßbender, Netzplanung, Kapitel 3 Rdn. 43. Das Konkurrenzproblem der Art. 194 und 171 f. AEUV aufwerfend bereits *Ehricke/Hackländer*, ZEuS 2008, 579 (591). Vgl. zum Verhältnis von Art. 172 AEUV zu Art. 114 AEUV *van Vormizeele*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 170 AEUV Rdn. 21; zum Verhältnis von Art. 172 AEUV zu Art. 194 *Lecheler/Recknagel*, in: *Dauses/Ludwigs*, Handbuch, M. Rdn. 292.

¹¹ Zur Rolle der Mitgliedstaaten beim Ausbau der Stromnetze, insb. im Rahmen eines regionalen Ansatzes, *Palle*, Dimensions. S. 1 f.

¹² Siehe zu umfassender Kritik am bestehenden Rechtsrahmen Europäischer Rechnungshof, Sonderbericht: Verbesserung der Sicherheit der Energieversorgung durch die Entwicklung des Energiebinnenmarkts: Es bedarf größerer Anstrengungen, abrufbar unter http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_16/SR_ENERGY_SECURITY_DE.pdf (Stand: 27.12.2019); ausführlich dazu *Ortlieb*, EWeRK 2016, 198 (198 ff.). Vgl. außerdem *Leal-Arcas/Al-emyany Ríos/Grasso*, JWELB 2015, 291 (295); zu aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechtsetzung insbesondere Verordnung (EU) 2015/1222 der Kommission v. 24.7.2015 zur Festlegung einer Leitlinie für die Kapazitätsvergabe und das Engpassmanagement, ABl. L 197

unmittelbar die Frage behandelt, ob sich nicht bereits aus den Verträgen selbst eine Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für die Schaffung und Gewährleistung europäischer Stromnetze ergibt.¹³ Diese Lücke soll die vorliegende Arbeit schließen.

Mit Blick auf das Ziel der Untersuchung soll im Folgenden unter dem Begriff des Netzausbaus alle quantitativen und qualitativen Maßnahmen verstanden werden,¹⁴ die beabsichtigen, die Aufnahme von Strom in das Stromnetz zu verbessern, und von denen neben dem Einspeisenden auch andere Nutzer einen Vorteil ziehen.¹⁵ Er soll auch sämtliche Vorbereitungs- und Investitionsmaßnahmen¹⁶ umfassen, da die Mitgliedstaaten ihre Stromnetze in der Regel nicht selbst unterhalten. Der Begriff meint also insbesondere alle Maßnahmen, die das Ziel haben, die Stromnetze zu erweitern, zu unterhalten und an den neuesten Stand der Technik anzupassen.¹⁷

Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass für die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen bestimmter Voraussetzungen eine umfassende Pflicht besteht, die Stromnetze auszubauen. Damit trägt das Projekt zur Schaffung von Energiebinnenmarkt und Energieunion bei, ohne dass für diese Ziele die Einspeisung von volatilen Erneuerbaren Energien reduziert werden muss. Es weist damit auf eine rechtliche Grundlage hin, mit deren Hilfe Energiebinnenmarkt, Energieunion sowie die Erzeugung und Einspeisung volatiler Erneuerbarer Energien zu vereinbaren sind, und wertet eine intelligente Netzplanung von einem lediglich politisch und ökonomisch wünschenswerten Ziel zu einer rechtlichen Verpflichtung auf.

v. 25.7.2015, S. 24 ff.; dazu erläuternd *Estermann/Jachmann/Müller/Weißbach*, et 2015, 41 (41 ff.). Zur Verwendung des Kartellrechts siehe nur Kommission, Entscheidung v. 14.4.2010, Sache 39351 – *Swedish Interconnectors*; kritisch zur Vorgehensweise der Kommission, die Stromgebotszonen aufzuteilen statt zu erweitern, und aus volkswirtschaftlicher Perspektive *Schulz/Paulun*, VIK Mitteilungen 4/2016, 19 (19 f.). Zum Effekt der bisherigen Maßnahmen und zu in Zukunft notwendigen Schritten *Leal-Arcas/Aleman/Rtos/Grasso*, JWELB 2015, 291 (297 f. mit Nachweisen in den Mitteilungen der Kommission). Siehe außerdem *Palle*, Dimensions, S. 4 f.

¹³ Allenfalls *Börner*, RdE 2014, 367 (370).

¹⁴ Zum Begriff des Netzausbaus und dessen Differenzierung *Rauch*, IR 2008, 218 (218); *König*, in: Säcker, Energierecht, § 11 EnWG Rdn. 59.

¹⁵ Im Sinne von *Salje*, Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017, § 12 Rdn. 2 (i. R. d. Abgrenzung im EEG); *de Wyl/Hartmann/Hilgenstock*, IR 2006, 218 (220). Dieses Verständnis ermöglicht zudem eine schärfere Abgrenzung, da sonst auch jede Stromnetzanschlusspflicht eine mittelbare Pflicht zum Stromnetzausbau begründen würde. Dies liegt daran, dass auch ein Verständnis möglich wäre, das den Stromnetzanschluss ebenfalls unter den Begriff des Stromnetzausbaus fasst. „Stromnetzanschluss“ meint nämlich nach einem EuGH-Urteil „die physische Verbindung mit dem Netz“, EuGH, Urt. v. 9.10.2008, Rs. C-239/07, ECLI:EU:C:2008:551, Rdn. 41 – *Sabatauskas u. a.* Siehe dazu auch *Koenig/Kühling/Winkler*, WuW 2003, 228 (228 ff.).

¹⁶ Vgl. die Aufzählung bei *Salje*, Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017, § 12 Rdn. 2.

¹⁷ Ähnlich *Jarass*, EWERK 2016, 169 (169).