SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JÁN MAZÁK vom 13. Dezember 2007 [1]

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ist das erste, das die Auslegung der 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 [2] (im Folgenden: Richtlinie) betrifft.

2. Bei der Bestimmung, die der Gerichtshof auszulegen hat, handelt es sich um Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie, der den freien Zugang Dritter zu Netzen für die Übertragung und für die Verteilung von Elektrizität regelt.

3. Die Vorlagefrage stellt sich, weil nach deutschem Recht Energieversorgungsnetze, die sich vollständig auf dem Gelände eines Unternehmens befinden (sogenannte Betriebsnetze), unter bestimmten Voraussetzungen u. a. von dem Grundsatz des Zugangs Dritter zu dem Netz ausgenommen werden können.

4. Das im Ausgangsverfahren streitige Netz befindet sich auf dem Flughafen Leipzig/Halle und wird von dem Unternehmen, das den Flughafen betreibt, zur Eigenversorgung sowie zur Versorgung von 93 auf dem Flughafengelände angesiedelten Unternehmen unterhalten.

I — Einschlägige Rechtsvorschriften

A — *Gemeinschaftsrecht*

5. Nach Art. 2 der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

„5) ‚Verteilung' den Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Verteilernetze zum Zwecke der Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung;

1 — Originalsprache: Englisch.
2 — ABl. L 176, S. 37.

6) ‚Verteilernetzbetreiber' eine natürliche oder juristische Person, die verantwortlich ist für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Verteilernetzes in einem bestimmten Gebiet und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes, eine angemessene Nachfrage nach Verteilung von Elektrizität zu befriedigen; …

26) ‚kleines, isoliertes Netz' ein Netz mit einem Verbrauch von weniger als 3 000 GWh im Jahr 1996, das bis zu einem Wert von weniger als 5 % seines Jahresverbrauchs mit anderen Netzen in Verbund geschaltet werden kann;

27) ‚isoliertes Kleinstnetz' ein Netz mit einem Verbrauch von weniger als 500 GWh im Jahr 1996, das nicht mit anderen Netzen verbunden ist; …"

6. In Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie heißt es:

„Die Mitgliedstaaten können beschließen, die Artikel 6, 7, 20 und 22 nicht anzuwenden, soweit ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft. Im Interesse der Gemeinschaft liegt insbesondere der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und Artikel 86 des Vertrags."

7. Art. 13 der Richtlinie bestimmt:

„Benennung von Verteilernetzbetreibern

Die Mitgliedstaaten oder von diesen dazu aufgeforderte Unternehmen, die Eigentümer von Verteilernetzen sind oder die für sie verantwortlich sind, benennen für einen Zeitraum, den die Mitgliedstaaten unter Effizienzerwägungen und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse festlegen, einen oder mehrere Verteilernetzbetreiber. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Verteilernetzbetreiber die Artikel 14 bis 16 einhalten."

8. Art. 20 der Richtlinie bestimmt Folgendes:

„Zugang Dritter

(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife; die Zugangsregelung gilt für alle zugelassenen Kunden und wird nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass diese Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung vor deren Inkrafttreten gemäß Artikel 23 genehmigt werden und dass die Tarife und — soweit nur die Methoden einer Genehmigung unterliegen — die Methoden vor ihrem Inkrafttreten veröffentlicht werden.

(2) Der Betreiber eines Übertragungs- oder Verteilernetzes kann den Netzzugang verweigern, wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt. Die Verweigerung ist hinreichend substanziiert zu begründen, insbesondere unter Berücksichtigung des Artikels 3. Die Mitgliedstaaten stellen gegebenenfalls sicher, dass der Übertragungs- bzw. Verteilernetzbetreiber bei einer Verweigerung des Netzzugangs aussagekräftige Informationen darüber bereitstellt, welche Maßnahmen zur Verstärkung des Netzes erforderlich wären. Der um solche Informationen ersuchenden Partei kann eine angemessene Gebühr in Rechnung gestellt werden, die die Kosten für die Bereitstellung dieser Informationen widerspiegelt."

B — *Nationales Recht*

9. Die Richtlinie 2003/54 wurde in Deutschland in erster Linie durch das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung, auch als Energiewirtschaftsgesetz bezeichnet (im Folgenden: EnWG), umgesetzt.

10. Gemäß § 3 (Begriffsbestimmungen) Nr. 17 EnWG bedeutet

„Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung

Energieversorgungsnetze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen".

11. In § 20 EnWG ist der Grundsatz des Zugangs Dritter zu den „Energieversorgungsnetzen“ wie folgt geregelt:

„Zugang zu den Energieversorgungsnetzen

(1) Betreiber von Energieversorgungsnetzen haben jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren sowie die Bedingungen, einschließlich Musterverträge, und Entgelte für diesen Netzzugang im Internet zu veröffentlichen. Sie haben in dem Umfang zusammenzuarbeiten, der erforderlich ist, um einen effizienten Netzzugang zu gewährleisten. …

(2) Betreiber von Energieversorgungsnetzen können den Zugang nach Absatz 1 verweigern, soweit sie nachweisen, dass ihnen die Gewährung des Netzzugangs aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 nicht möglich oder nicht zumutbar ist. …“

12. § 21 regelt die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang und bestimmt:

„(1) Die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang müssen angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und dürfen nicht ungünstiger sein, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet und tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. …“

13. § 110 Abs. 1 EnWG betrifft speziell Objektnetze. Dort ist Folgendes bestimmt:

„Die Teile 2 und 3 sowie die §§ 4, 52 und 92 finden keine Anwendung auf den Betrieb von Energieversorgungsnetzen, die sich auf einem

1. räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden sowie überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des

eigenen Unternehmens oder zu im Sinne des § 3 Nr. 38 verbundenen Unternehmens dienen[3],

3. räumlich eng zusammengehörenden Gebiet befinden und überwiegend der Eigenversorgung dienen[5],

2. räumlich zusammengehörenden privaten Gebiet befinden und dem Netzbetreiber oder einem Beauftragten dazu dienen, durch einen gemeinsamen übergeordneten Geschäftszweck, der

a) über reine Vermietungs- und Verpachtungsverhältnisse hinausgeht und

b) durch die Anwendung der im einleitenden Satzteil genannten Bestimmungen unzumutbar erschwert würde,

bestimmbare Letztverbraucher mit Energie zu versorgen[4] oder

sofern das Energieversorgungsnetz nicht der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 17 dient und der Betreiber des Objektnetzes oder sein Beauftragter die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen, um den Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften dieses Gesetzes auf Dauer zu gewährleisten."

14. Erfüllt ein Objektnetz die Voraussetzungen nach § 110 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 EnWG, finden verschiedene Bestimmungen des EnWG keine Anwendung, darunter diejenigen über den Netzzugang Dritter.

3 — Diese werden „Betriebsnetze" genannt.

4 — Diese werden „Dienstleistungsnetze" genannt.

5 — Diese werden „Eigenversorgungsnetze" genannt.

II — Sachverhalt, Verfahren vor dem nationalen Gericht und Vorlagefrage

15. Die Flughafen Leipzig/Halle GmbH (im Folgenden: FLH) betreibt den Flughafen Leipzig/Halle. In diesem Zusammenhang unterhält sie ein Energieversorgungsnetz, durch das sie sowie weitere 93 auf dem Flughafengelände angesiedelte Unternehmen Stromlieferungen erhalten. Die gesamte über dieses Netz verbrauchte Energiemenge belief sich im Jahr 2004 auf rund 22 200 MWh; davon wurden — bei einem Eigenverbrauch von FLH von 85,4 % — etwa 3 800 MWh, entsprechend 14,6 %, an sonstige auf dem Flughafengelände ansässige Unternehmen abgegeben.

16. Die citiworks AG (im Folgenden: citiworks), ein Energieversorgungsunternehmen, beliefert seit Jahresbeginn 2004 die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH auf dem Flughafen Leipzig/Halle mit elektrischer Energie.

17. Am 12. Juli 2006 erließ das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit als Landesregulierungsbehörde auf Antrag von FLH einen Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass das von FLH unterhaltene Energieversorgungsnetz auf dem Flughafen Leipzig/Halle ein „Objektnetz" darstelle, das die Voraussetzungen nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG erfülle.

18. Mit der Begründung, dass dieser Bescheid zur Folge habe, Dritten wie citiworks den Zugang zu dem von FLH betriebenen Netz auf dem Flughafen Leipzig/Halle zu verwehren und Kunden dort zu beliefern, legte citiworks gegen den Bescheid Beschwerde beim Oberlandesgericht Dresden ein.

19. Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, das streitige Netz sei nicht als Dienstleistungsnetz im Sinne von § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG zu betrachten, da die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften des EnWG keine unzumutbare Erschwernis für FLH mit sich bringe. Das Netz erfülle aber die Voraussetzungen nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG und könne daher als Betriebsnetz eingestuft und u. a. von den Bestimmungen des EnWG über den Zugang Dritter ausgenommen werden. Die von citiworks eingelegte Beschwerde sei daher nach nationalem Recht an sich unbegründet. Das Oberlandesgericht hat aber Zweifel, ob § 100 Abs. 1 Nr. 1 EnWG den Anforderungen von Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54 entspricht.

20. Mit Beschluss vom 17. Oktober 2006, der am 24. Oktober 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Dresden (Deutschland) entschieden, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist § 110 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates auch insoweit vereinbar, als unter den in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG genannten Voraussetzungen auf ein sogenanntes Betriebsnetz die allgemeinen Bestimmungen über den Netzzugang (§§ 20-28a EnWG) selbst dann keine Anwendung finden, wenn durch einen freien Netzzugang keine unzumutbaren Erschwernisse einträten?

III — Verfahren vor dem Gerichtshof

21. Beim Gerichtshof sind Erklärungen von citiworks, des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit als Landesregulierungsbehörde, FLH, der Kommission sowie der Regierungen Deutschlands, Polens und des Vereinigten Königreichs eingegangen.

22. Am 20. September 2007 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

IV — Hauptvorbringen der Verfahrensbeteiligten

A — *Citiworks*

23. Citiworks hält § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG für unvereinbar mit Art. 20 der Richtlinie.

24. Eines der Hauptziele der Richtlinie bestehe darin, den Energieversorgungsanbietern das Recht auf Zugang zum gesamten Energienetz zu garantieren, so dass sichergestellt sei, dass die Kunden ihren Lieferanten frei wählen könnten. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG verletze hingegen die Pflicht, den Netzzugang zu garantieren.

25. Die Befreiung gemäß § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG trete in der Praxis automatisch ein. Nach Ansicht einer Mehrheit der zuständigen Regulierungsstellen auf Bundes- und Länderebene gelte § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG unmittelbar, wenn die darin niedergelegten Voraussetzungen erfüllt seien. Wenngleich

zahlreiche Netzbetreiber Feststellung beantragt hätten, dass die Bestimmung auf ihr Netz Anwendung finde, gingen andere einfach davon aus, dass sie die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllten, und stellten noch nicht einmal einen entsprechenden Antrag.

26. Außerdem biete die Richtlinie keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Mitgliedstaaten befugt sein sollten, nach eigenem Ermessen Ausnahmetatbestände vom Grundsatz des freien Netzzugangs zu schaffen.

27. Die in Art. 26 der Richtlinie vorgesehene Ausnahme für kleine, isolierte Netze könne eine Bestimmung wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG nicht rechtfertigen, da Deutschland bei der Kommission keine Ausnahmeregelung beantragt habe und die von der nationalen Bestimmung erfassten Netze auch keine kleinen, isolierten Netze bzw. isolierte Kleinstnetze im Sinne von Art. 2 Nr. 26 und Nr. 27 der Richtlinie seien.

28. Aus der Richtlinie ergebe sich keine aus strukturellen Gründen zulässige generelle Befreiung von Drittzugangsverpflichtungen. Drittzugangsverpflichtungen stellten zwar möglicherweise für kleine Netze eine unverhältnismäßig hohe Belastung dar, dies rechtfertige jedoch keine generelle und automatische Befreiung, wie sie in § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG vorgesehen sei.

B — *FLH*

29. FLH macht zunächst geltend, das Vorabentscheidungsersuchen sei unzulässig, weil die dem Gerichtshof vorgelegte Frage hypothetischer Natur sei. Das vorlegende Gericht lege seiner Frage nämlich eine Fassung von § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG zugrunde, die es tatsächlich gar nicht gebe. Zudem sei die Antwort auf diese Frage für die Entscheidung des beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht erheblich.

30. Zur Begründetheit trägt FLH vor, § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG sei mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Die von dieser Bestimmung erfassten Netze seien von Unternehmen zur Eigenversorgung errichtete interne Netze und beeinträchtigten den Wettbewerb nicht. Sie fielen daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

31. Dies lasse sich daran erkennen, dass der Verbrauch des fraglichen Netzes weit unter dem eines „isolierten Kleinstnetzes“ im Sinne von Art. 2 Nr. 27 der Richtlinie [6] liege. Es sei daher unwahrscheinlich, dass der Ausschluss solcher Netze eine erhebliche Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt zur Folge habe.

34. Aus diesen Gründen sei § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar.

C — *Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit*

32. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG sei lediglich Ausdruck des Ermessens, das dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie zugestanden habe. Tatsächlich sei in den Art. 3 Abs. 8, 13, 15 Abs. 2 Buchst. d, 15 Abs. 2 Unterabs. 2 und 20 Abs. 1 der Richtlinie eine Reihe von Möglichkeiten zur Abweichung von den Entflechtungs-, Netzanschluss- und Netzzugangsregeln vorgesehen.

35. Das Staatsministerium macht geltend, das im vorliegenden Verfahren streitige Netz, das gemäß § 110 Abs. 1 EnWG befreit werden könne, sei weder ein Übertragungs- noch ein Verteilernetz im Sinne der Richtlinie, sondern ein Netz, das überwiegend der Eigenversorgung der FLH diene. Dieses könne daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, so dass keine Verpflichtung bestehe, Dritten Zugang zu diesem Netz nach den Bestimmungen der Richtlinie zu gewähren.

33. FLH weist darauf hin, dass sie ein Unternehmen sei, das gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie erbringe, und nicht nur ein einfacher Energieverteiler. Ihr obliege der Betrieb eines Flughafens. Das von ihr unterhaltene private Versorgungsnetz sei daher kein Verteilernetz im Sinne der Richtlinie.

36. Darüber hinaus sei FLH nicht als Verteilernetzbetreiber im Sinne von Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie zu betrachten, da ihr Hauptzweck im Betrieb des Flughafens bestehe und sie daher den Verpflichtungen eines Verteilernetzbetreibers nicht in vollem Umfang nachkommen könne.

6 — Ein „isoliertes Kleinstnetz“ ist ein Netz mit einem Verbrauch von weniger als 500 GWh im Jahr 1996. Der Verbrauch des fraglichen Netzes im Jahr 1996 ist nicht bekannt; aus den Akten geht jedoch hervor, dass er im Zeitraum 2000 bis 2007 zwischen 19 GWh und 23 GWh schwankte.

37. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG betreffe daher ausschließlich Netze, die nicht in den

Geltungsbereich der Richtlinie fielen, und sei daher mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar.

D — *Die deutsche Regierung*

38. Die deutsche Regierung macht geltend, „Kundenanlagen" würden von der Richtlinie nach deren systematischer und teleologischer Auslegung nicht erfasst. Eine Kundenanlage sei die Elektrizitätsanlage eines Endkunden, die auch Netze umfasse, die von solchen Kunden errichtet worden seien und mit denen Energie innerhalb geschlossener Anlagen verteilt werde.

39. Wie sich aus der Begriffsbestimmung des Verteilernetzbetreibers in Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie und den einem solchen Betreiber nach Art. 14 der Richtlinie obliegenden Pflichten ergebe, betreffe die Richtlinie ausschließlich Unternehmen, die Verteilernetze zur Energieversorgung der Allgemeinheit betrieben, so dass Kundenanlagen nicht erfasst seien.

40. Darüber hinaus bezweckten die Rechtsvorschriften über die Energiemarktliberalisierung, Dritten einen Anspruch auf freie Wahl ihres Versorgers zu geben. Bei Kundenanlagen gebe es jedoch keine solche Dritte. Die Vorschriften über die Energiemarktliberalisierung seien somit nur auf Netze mit Drittbeteiligung anwendbar.

41. Außerdem gebe es Fälle, in denen ein Netz als Kundenanlage zu bewerten sei, obwohl von diesem Netz mehrere natürliche oder juristische Personen als Kunden versorgt würden, und zwar immer dann, wenn diese Kunden nicht als echte Dritte anzusehen seien. Dies gelte für Personen, die mit dem Betreiber der Kundenanlage in einer „Versorgungsgemeinschaft" verbunden seien, die auf tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten beruhen könne. Da solche Kunden im Verhältnis zum Netzbetreiber keine echten Dritten seien, brauche ihr Anspruch auf freie Wahl des Elektrizitätsversorgers nicht gewährleistet zu werden; die Vorschriften über die Energiemarktliberalisierung fänden auf sie keine Anwendung.

42. § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG bezwecke, gerade solche Netze, bei denen es keine echten Dritten gebe, von den Verpflichtungen bezüglich des Zugangs Dritter auszunehmen. Die Vorschrift sei daher mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar.

E — *Die polnische Regierung*

43. Die polnische Regierung hält § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG für nicht mit der Richtlinie vereinbar.

44. Zwar ergebe sich insbesondere aus dem elften Erwägungsgrund und aus Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie eine Befugnis der Mitgliedstaaten, Ausnahmen vom Grundsatz des Netzzugangs Dritter vorzusehen, doch bestehe für generelle Ausnahmetatbestände kein Raum.

45. Dem elften Erwägungsgrund der Richtlinie sei klar zu entnehmen, dass eine Befreiung kleiner Netzbetreiber von den Verpflichtungen, Dritten Zugang zu gewähren, das Vorliegen unverhältnismäßig hoher finanzieller und administrativer Belastungen voraussetze. Es sei wahrscheinlich, dass die Erfüllung der in der Richtlinie festgelegten administrativen Anforderungen für kleine Betreiber aufwendiger sei und die damit verbundenen Kosten angesichts der von ihnen verkauften relativ kleinen Elektrizitätsmenge schwieriger auszugleichen seien. Außerdem habe im vorliegenden Fall der Übertragungsnetzbetreiber auch zur Sicherung der Stromversorgung beizutragen.

46. Ehe jedoch der Betreiber eines kleinen Netzes von Verpflichtungen bezüglich des Zugangs Dritter befreit werden könne, sei zu prüfen, ob die Erfüllung dieser Verpflichtungen unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde. Hierzu müssten die zuständigen nationalen Behörden eine umfassende wirtschaftliche Beurteilung der Lage des Netzbetreibers mit Blick auf die Gewährleistung der Versorgungssicherheit für seine Endkunden vornehmen.

47. Eine Bestimmung des nationalen Rechts wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG, die es erlaube, kleine Verteilernetzbetreiber von Drittzugangsverpflichtungen auch dann zu befreien, wenn damit für den Betreiber im Einzelfall keine übermäßigen Schwierigkeiten verbunden seien, sei daher mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie unvereinbar.

F — *Vereinigtes Königreich*

48. Die Regierung des Vereinigten Königreichs ist der Ansicht, dass die in Rede stehende nationale Bestimmung mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar sei.

49. Eines der Hauptziele der Richtlinie sei die Herstellung des freien Wettbewerbs, und sie erfasse insbesondere Unternehmen in Monopol- oder Quasimonopolstellung,

die einen wirksamen Wettbewerb verhinderten. Dagegen würden kleine Elektrizitätsunternehmen und Unternehmen, die keine Elektrizität an Privatkunden lieferten, nicht in erster Linie erfasst. Im Übrigen sei die Erfüllung der den Verteilernetzbetreibern in den Art. 14 bis 20 der Richtlinie auferlegten Verpflichtungen kostspielig. Folglich sei Art. 20 der Richtlinie so auszulegen, dass er es Mitgliedstaaten erlaube, sorgfältig und eng definierte Kategorien von Einrichtungen von der Verpflichtung, freien Netzzugang zu gewähren, auszunehmen.

50. Eine Anwendung der Richtlinie selbst auf kleinste Netze sei unangebracht und unangemessen. Die Erfüllung von Drittzugangsverpflichtungen würde den Betrieb kleiner und neuer Netze zu sehr belasten und ihnen daher den Wettbewerb mit großen Elektrizitätsunternehmen erschweren. Umgekehrt habe ihre Ausnahme von den Vorschriften über den Zugang Dritter angesichts ihres äußerst begrenzten Betriebsbereichs keine nennenswerten Folgen für die Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts.

51. Schließlich erfolge eine „Verteilung" im Sinne des Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie „zum Zwecke der Belieferung von Kunden". In dieser Belieferung müsse daher der Hauptzweck des Verteilernetzes liegen, was bei FLH jedoch offensichtlich nicht der Fall sei, da diese 85,4 % der durch ihr Netz transportierten Elektrizität selbst verbrauche. Der Hauptzweck von FLH sei der Betrieb eines Flughafens.

G — *Die Kommission*

52. Nach Auffassung der Kommission ist § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie unvereinbar.

53. Art. 20 der Richtlinie, der vorschreibe, dass Dritten Zugang zu Übertragungs- und Verteilernetzen zu gewähren sei, sei auf den Sachverhalt anwendbar, der dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit zugrunde liege. Das fragliche Netz sei ein Verteilernetz im Sinne von Art. 2 Nr. 6 der Richtlinie, da es der Verteilung von Elektrizität an FLH und weitere 93 auf dem Flughafen angesiedelte Unternehmen diene. Zu einem solchen Netz sei daher gemäß Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie freier Zugang zu gewähren.

54. Wie sich aus dem sechsten und dem siebten Erwägungsgrund der Richtlinie ergebe, sei der Grundsatz des Drittzugangs zur Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarkts unerlässlich. Einschränkungen dieses Grundsatzes seien daher nur unter

klar definierten Voraussetzungen zulässig. Dementsprechend sehe die Richtlinie auch nur einen einzigen generellen Ausnahmetatbestand von Drittzugangsverpflichtungen vor. Diese Ausnahme sei in Art. 20 Abs. 2 geregelt und setze voraus, dass der Netzbetreiber nicht über die erforderliche Kapazität verfüge. Diese Bestimmung der Richtlinie rechtfertige jedoch keine gesetzlich verankerte generelle Befreiung, weil bei Betriebsnetzen im Sinne von § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG weder zwangsläufig noch dauerhaft ein solcher Kapazitätsmangel bestehe.

55. Die geringe Größe einiger Netze und ihre begrenzte wirtschaftliche Bedeutung rechtfertigten es prinzipiell nicht, sie vom Grundsatz des freien Zugangs auszunehmen. Die Größe eines Netzes spiele nur bei den Fragen der Entflechtung von Verteilernetzbetreibern eine Rolle, wie sich aus Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie ergebe.

56. Art. 13 der Richtlinie könne nicht zur Rechtfertigung dafür herangezogen werden, bestimmte Netze von Drittzugangsverpflichtungen zu befreien.

57. Auch die in Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie für „isolierte Kleinstnetze“ vorgesehene Ausnahme könne u. a. deshalb nicht als Grundlage für § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG herangezogen werden, weil bei der Kommission kein entsprechender Antrag gestellt worden sei.

V — Zulässigkeit

58. FLH bezweifelt die Zulässigkeit der Vorlagefrage im Wesentlichen mit der Begründung, ihr liege eine Annahme zugrunde, die mit der Fassung des fraglichen nationalen Gesetzes nicht übereinstimme, so dass die Frage hypothetischer Natur sei.

59. Nach ständiger Rechtsprechung ist es allein Sache des nationalen Gerichts, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Der Gerichtshof kann das von einem nationalen Gericht gestellte Ersuchen nur ablehnen, wenn offensichtlich ist, dass die Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift, um die das vorlegende Gericht ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht oder wenn das Problem allgemeiner oder hypothetischer Natur ist. [7]

60. Das ist hier indessen nicht der Fall. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass das vorlegende Gericht Zweifel hat, ob § 110

7 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1995, Bosman u. a. (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnrn. 59 bis 61, vom 27. November 1997, Somalfruit und Camar (C-369/95, Slg. 1997, I-6619, Randnrn. 40 f.), und vom 13. Juli 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Slg. 2000, I-6049, Randnr. 20).

Abs. 1 Nr. 1 EnWG in seiner derzeitigen Fassung mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar ist.

61. Es trifft zwar zu, dass in der dem Gerichtshof vorgelegten Frage nicht nur auf den eigentlichen Wortlaut von § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG Bezug genommen, sondern der Halbsatz „selbst … wenn durch einen freien Netzzugang keine unzumutbaren Erschwernisse einträten“ hinzugefügt wird. Damit macht das vorlegende Gericht jedoch lediglich deutlich, warum seiner Meinung nach die Vereinbarkeit der nationalen Durchführungsbestimmung mit der Richtlinie problematisch ist, nämlich weil eine Ausnahme von Drittzugangsverpflichtungen ohne weitere Prüfung der tatsächlichen Belastungen vorgesehen ist, die einem Netzbetreiber durch die Erfüllung dieser Verpflichtungen tatsächlich entstehen mögen, während die Richtlinie nach Auffassung des vorlegenden Gerichts die Berücksichtigung solcher Belastungen gebietet. Dadurch wird die Frage aber nicht hypothetisch.

62. Das Vorabentscheidungsersuchen ist daher zulässig, und die Frage, die der Gerichtshof zu beantworten hat, lautet im Wesentlichen, ob Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG entgegensteht, die grundsätzlich die Anwendung der Bestimmungen über den Zugang Dritter zu sogenannten Betriebsnetzen ausschließt, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden sowie überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dienen.

VI — Sachprüfung

63. Die Richtlinie 2003/54 kennzeichnet die zweite Phase der Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts in der Europäischen Gemeinschaft. Sie hat die Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts zum Ziel, der mit der Richtlinie 96/92/EG [8] (im Folgenden: erste Elektrizitätsrichtlinie) begonnen wurde. [9]

64. Zu den Schlüsselelementen der Liberalisierung des Elektrizitätsbinnenmarkts gehört der Zugang Dritter zum Netz. In der Richtlinie kommt der Grundsatz des Netzzugangs Dritter in Art. 20 Abs. 1 zum Ausdruck, wonach die Mitgliedstaaten die Einführung

8 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. 1997, L 27, S. 20).

9 — Am 19. September 2007 hat die Kommission ein drittes Vorschlagspaket vorgelegt (siehe die Pressemitteilung IP/07/1361 der Kommission sowie das Explanatory Memorandum of the third energy package, das im Internet unter http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/doc/2007_09_19_explanatory_memorandum_en.pdf zugänglich ist). Die im vorliegenden Verfahren streitige Vorschrift ist von den vorgeschlagenen Änderungen offenbar nicht betroffen.

des Zugangs Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen zu gewährleisten haben. Aus Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie folgt also, dass lediglich sogenannte Übertragungsnetze und Verteilernetze im Sinne der Richtlinie Drittzugangsverpflichtungen gemäß der Richtlinie unterliegen.

65. Unstreitig ist ein Netz, wie es FLH betreibt, kein Übertragungsnetz [10]. Zur Beantwortung der Frage, ob nach Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie Dritten dennoch Zugang zu gewähren ist, bleibt zu prüfen, ob es sich bei dem fraglichen Netz um ein Verteilernetz handeln könnte.

66. In diesem Zusammenhang ist kurz darauf hinzuweisen, dass es fraglich ist, ob FLH beispielsweise auch als Elektrizitäts-„Versorger" und/oder als Elektrizitäts-„Großhändler" im Sinne der Richtlinie gelten kann. Eine solche denkbare zusätzliche Qualifizierung ist aber für den vorliegenden Fall unerheblich, da die Richtlinie keine Hinweise darauf enthält, dass FLH nicht gleichzeitig auch Verteilernetzbetreiber und als solcher grundsätzlich verpflichtet sein kann, Dritten Zugang zu dem von ihr unterhaltenen Netz zu gewähren.

67. Die relevante Frage im vorliegenden Fall lautet daher, ob ein Netz, wie es von FLH unterhalten wird und das bei Anwendung der streitigen deutschen Rechtsvorschriften ausgenommen werden darf, tatsächlich ein „Verteilernetz" im Sinne der Richtlinie ist.

68. Die Richtlinie enthält keine Definition des Begriffs „Verteilernetz", bezeichnet aber mit dem Ausdruck „Verteilung" den „Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Verteilernetze zum Zwecke der Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung" [11].

69. Deshalb sind zur Feststellung des Geltungsbereichs des in der Richtlinie verwendeten Begriffs „Verteilernetz" nicht nur der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung der Richtlinie zu berücksichtigen, sondern auch der Zusammenhang, in dem sie steht, und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden. [12]

70. Ziel der Richtlinie ist die Vollendung des Energiebinnenmarkts durch Liberalisierung

10 — Nach Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Übertragung" den Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz zum Zwecke der Belieferung von Endkunden oder Verteilern, jedoch mit Ausnahme der Versorgung.

11 — Vgl. Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie.

12 — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 17. November 1983, Merck (292/82, Slg. 1983, 3781, Randnr. 12), vom 21. Februar 1984, St. Nikolaus Brennerei (337/82, Slg. 1984, 1051, Randnr. 10), und vom 14. Oktober 1999, Adidas (C-223/98, Slg. 1999, I-7081, Randnr. 23).

und Harmonisierung der Rahmenbedingungen des Elektrizitätsmarkts, damit die einzelnen nationalen Märkte in einen einzigen voll entfalteten Energiebinnenmarkt überführt werden können. [13]

71. Zur Verwirklichung des Ziels, in allen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Marktöffnung gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen [14], ist eine einheitliche Auslegung des sachlichen Geltungsbereichs der Richtlinie erforderlich. Hierzu ist es notwendig, dass Einschränkungen des allgemeinen Grundsatzes des Netzzugangs Dritter eng ausgelegt und auf die Fälle beschränkt werden, die in der Richtlinie selbst vorgesehen sind. Damit ist auch ausgeschlossen, dass eine Bestimmung wie Art. 13 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten oder von diesen dazu aufgeforderte Unternehmen, die Eigentümer von Verteilernetzen sind oder die für sie verantwortlich sind, einen oder mehrere Verteilernetzbetreiber zu benennen haben, den Mitgliedstaaten völlig freie Hand bei der Definition des Begriffs „Verteilernetz" lassen kann.

72. Ferner ergibt sich aus der Richtlinie, dass als ein wesentliches Merkmal der Liberalisierung der Energiemärkte sichergestellt werden muss, dass allen Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und allen Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet ist. [15] Diese beiden Rechte sind naturgemäß miteinander verbunden, denn wenn die Kunden ihren Lieferanten frei wählen können sollen, müssen die Anbieter das Recht haben, gegen angemessenes und nichtdiskriminierendes Entgelt Zugang zu den jeweiligen Übertragungs- und Verteilernetzen zu erhalten, die Elektrizität zu den Kunden leiten.

73. Die Bedeutung des Grundsatzes des Zugangs Dritter wird auch aus den Vorarbeiten zu der Richtlinie deutlich. Die Bestimmung, dass die Mitgliedstaaten freien Netzzugang zu gewährleisten haben, gehörte zu den Kernpunkten des Kommissionsvorschlags zur Änderung der ersten Elektrizitätsrichtlinie [16] und wurde im Wesentlichen unverändert in Art. 20 der Richtlinie übernommen.

74. Zudem hat der Gerichtshof bereits in seiner Rechtsprechung zur ersten Elektrizitätsrichtlinie auf die Bedeutung eines nichtdiskriminierenden Netzzugangs Dritter hingewiesen. [17]

75. Im Licht dieser Überlegungen also muss der Geltungsbereich des Begriffs „Verteilernetz" ausgelegt werden, der für einen

13 — Vgl. die von der Kommission vorgelegte Begründung für den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt (KOM[2001] 125 endg.).

14 — Vgl. Begründung, in Fn. 13 angeführt.

15 — Vgl. den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie. Diese Wahlfreiheit sollte Nichtprivatkunden am 1. Januar 2003 und allen Kundenkategorien spätestens am 1. Januar 2005 in vollem Umfang zur Verfügung stehen.

16 — KOM(2001) 125 endg. (ABl. C 240E, S. 60).

17 — Vgl. Urteil vom 7. Juni 2005, Vereniging voor Energie, Milieu en Water u. a. (C-17/03, Slg. 2005, I-4983, Randnrn. 42 bis 46).

wirksamen Zugang Dritter nach Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie von grundlegender Bedeutung ist. In einem ersten Schritt werde ich untersuchen, inwieweit bestimmte Kriterien wie Größe oder Zweck des Netzes für die Einstufung als „Verteilernetz“ maßgeblich sind.

76. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in der Richtlinie kein Grenzwert bezüglich der Größe festgelegt ist, ab der ein Elektrizitätsnetz als „Verteilernetz“ zu betrachten ist. Gleichwohl ist im Rahmen der Richtlinie die Größe eines Netzes für die Geltung bestimmter wichtiger Verpflichtungen relevant, vor allem bei der Entflechtung von Verteilernetzbetreibern [18].

77. In Bezug auf die Verpflichtung, Dritten Zugang zum Netz zu gewähren, scheint die Größe nur in besonderen Fällen [19] eine Rolle zu spielen, nämlich bei der Definition von isolierten Kleinstnetzen und kleinen, isolierten Netzen, für die die Mitgliedstaaten Ausnahmeregelungen u. a. auch zu Drittzugangsverpflichtungen vorsehen können. Die Möglichkeit, isolierte Netze auszunehmen, rechtfertigt sich jedoch nicht vorwiegend durch ihre geringe Größe, sondern durch den Umstand, dass derartige Netze entweder nicht mit einem größeren Netz verbunden sind oder nur sehr geringe Strommengen aus einem größeren Netz beziehen, so dass sie ganz speziellen technischen Beschränkungen unterliegen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Elektrizitätsversorgungssicherheit der Letztverbraucher. [20] Die Obergrenze für isolierte Kleinstnetze wurde deshalb zu einem ganz bestimmten Zweck festgelegt und ist nicht als allgemeiner Indikator für die Größe der Netze zu betrachten, für die der Gemeinschaftsgesetzgeber eine Regelung treffen bzw. nicht treffen wollte.

78. Meiner Meinung nach spricht dies dafür, dass die Richtlinie grundsätzlich auf ein breites Spektrum von Netzen unabhängig von deren Größe Anwendung finden soll. Damit ist keineswegs die Möglichkeit ausgeschlossen, die Geltung bestimmter, in der Richtlinie niedergelegter wesentlicher Verpflichtungen von der Größe des fraglichen Netzes abhängig zu machen, wie dies etwa im Bereich der Entflechtung vorgesehen ist.

79. Auch wenn sich zudem der Ausschluss eines „kleinen“ Netzes vom Geltungsbereich der Richtlinie nicht unbedingt in

18 — Art. 15 der Richtlinie, der die „Entflechtung von Verteilernetzbetreibern“ betrifft, sieht in Abs. 2 letzter Satz vor, dass „[d]ie Mitgliedstaaten … beschließen können, die Absätze 1 und 2 nicht auf integrierte Elektrizitätsunternehmen anzuwenden, die weniger als 100 000 angeschlossene Kunden oder kleine isolierte Netze beliefern“. Vgl. auch den elften Erwägungsgrund der Richtlinie, wo es heißt: „Damit kleine Verteilerunternehmen finanziell und administrativ nicht unverhältnismäßig stark belastet werden, sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, solche Unternehmen erforderlichenfalls von den Vorschriften für die rechtliche Entflechtung der Verteilung auszunehmen.“

19 — Vgl. Art. 26, wonach kleine, isolierte Netze und isolierte Kleinstnetze unter bestimmten Voraussetzungen von Drittzugangsverpflichtungen ausgenommen werden können.

20 — „Betriebsnetze“ im Sinne des EnWG sind zwar grundsätzlich geschlossen, aber dadurch werden sie nicht zu isolierten Netzen, da sie durchaus Elektrizität aus einem mit ihnen verbundenen größeren Netz erhalten können.

nennenswerter Weise auf den Wettbewerb und damit auf die Liberalisierung des Elektrizitätssektors auswirken mag, so sagt dies doch nichts darüber aus, welche Folgen der Ausschluss einer ganzen Kategorie kleiner Netze für den Wettbewerb hätte.

80. Abgesehen von den offensichtlichen Schwierigkeiten bei der Festlegung, ab wann ein Netz als „klein" einzustufen ist, gibt es im Übrigen keine Hinweise darauf, dass mit der Ausnahmeregelung des § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG ausschließlich verhältnismäßig „kleine" Netze erfasst werden. Solange sie die in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllen, sind die Netze ungeachtet der von ihnen gelieferten Elektrizitätsmenge ausgenommen. Dies führt beispielsweise dazu, dass aufgrund von § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG weitaus größere Flughäfen als der Flughafen Leipzig/Halle von Drittzugangsverpflichtungen befreit werden können.

81. Ich bin daher der Ansicht, dass die geringe Größe eines Netzes kein maßgebliches Kriterium ist, um ein Netz wie das von FLH betriebene nicht als „Verteilernetz" einzustufen und prinzipiell von der Anwendung des Grundsatzes des Zugangs Dritter auszuschließen.

82. Zweitens ist zu prüfen, inwieweit der Zweck, zu dem ein Netz betrieben wird, für die Einstufung des Netzes als „Verteilernetz" maßgeblich ist. Diese Frage stellt sich aufgrund der Formulierung „zum Zwecke der Belieferung von Kunden" in der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie.

83. Die Befreiung bestimmter Netze von Drittzugangsverpflichtungen allein aufgrund des Zwecks, zu dem sie betrieben werden, birgt die Gefahr in sich, dass dasselbe Netz von Drittzugangsverpflichtungen einmal befreit und ein andermal nicht befreit werden kann, und zwar je nachdem, ob es als Bestandteil eines anderen Unternehmens oder als eigenständiges Unternehmen betrieben wird. Hätte FLH z. B. den Betrieb ihres Elektrizitätsnetzes zu einer anderen Gesellschaft ausgelagert, deren einziges Ziel es wäre, das Netz zum Zweck der Belieferung des Flughafens und anderer Letztverbraucher mit Elektrizität zu betreiben, so erfolgte die Verteilung der Elektrizität sicherlich „zum Zwecke der Belieferung von Kunden", wie es in Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie heißt. Die Nichtanwendung von Drittzugangsverpflichtungen auf sogenannte Betriebsnetze könnte mithin je nach Geschäftszweck des Netzbetreibers zu einer unterschiedlichen Behandlung desselben Netzes führen.

84. Bei Verfolgung dieses Ansatzes ergäbe sich außerdem als weitere Konsequenz, dass demselben Kunden, etwa einem Ladengeschäft oder einem Restaurant, ein Recht auf freie Wahl des Elektrizitätsversorgers einmal zustände und ein andermal nicht, und zwar je

nach dem Geschäftszweck des Betreibers des Elektrizitätsnetzes, an das der Kunde zum Bezug von Elektrizität angeschlossen ist. Die Nichtanwendung von Drittzugangsverpflichtungen auf Netze je nach dem Zweck, zu dem sie betrieben werden, würde demnach zu einer unterschiedlichen Behandlung der Endkunden führen.

85. Diese Überlegungen zeigen, dass es zu einer erheblichen Diskriminierung sowohl unter Netzbetreibern als auch unter Kunden käme, wenn die Einstufung eines Netzes als „Verteilernetz" an die Voraussetzung geknüpft würde, dass sein Hauptzweck in der Belieferung der Allgemeinheit mit Elektrizität besteht. Ein derartiges Ergebnis erscheint kaum vereinbar mit dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel eines diskriminierungsfreien Zugangs Dritter und dem Recht der Letztverbraucher auf freie Wahl des Energieversorgers.

86. Darüber hinaus bin ich nicht der Meinung, dass es aus strukturellen Gründen grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte, bestimmte kleine oder geschlossene Netze als „Verteilernetze" einzustufen. In der Tat wurde die These vertreten, die Verpflichtungen, die Verteilernetzbetreibern mit der Richtlinie auferlegt würden, insbesondere Drittzugangsverpflichtungen, stellten an sich eine zu hohe Belastung für bestimmte Netzbetreiber dar, insbesondere wenn es sich um kleine, neue Marktteilnehmer handele und/oder wenn ihr Hauptzweck nicht in der Energieversorgung von Kunden bestehe. Es könne daher nicht beabsichtigt gewesen sein, derartige Betreiber den Verpflichtungen zu unterwerfen, die die Richtlinie Verteilernetzbetreibern auferlege.

87. Dem ist nicht zu folgen. Den Mitgliedstaaten steht ein weites Ermessen bei der praktischen Umsetzung der in der Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über den Zugang Dritter zu. Die Mitgliedstaaten mögen gegebenenfalls eine weniger belastende administrative Regelung für kleinere oder neu errichtete Netze oder für Netze treffen, deren Hauptzweck nicht in der Energieversorgung von Kunden besteht. Die tatsächliche Belastung, die durch die Erfüllung solcher Verpflichtungen auf den einzelnen Betreiber zukommt, ist daher in gewissem Grade das Ergebnis der vom jeweiligen Mitgliedstaat getroffenen Regulierungsentscheidungen.[21] Auf diese Begründung allein ließe sich daher ein vollständiger Ausschluss solcher Netze von den Verpflichtungen, die die Richtlinie den Verteilernetzbetreibern auferlegt, und insbesondere von Drittzugangsverpflichtungen nicht stützen.

88. Folglich rechtfertigt keiner der vorstehenden Gründe, ein Netz wie das vom Flughafen Leipzig/Halle betriebene vom

21 — So hat sich etwa der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden, die Tarife für den Netzzugang *ex ante* zu kontrollieren, „ein einschneidendes und schwerfälliges, vom Gemeinschaftsrecht nicht gefordertes Regulierungsinstrument, anstatt sich auf Kontrollverfahren für die Berechnung dieser Tarife zu beschränken". Vgl. von Danwitz, T., „Regulation and Liberalisation of the European Electricity Market — A German View", *Energy Law Journal*, 2006, Bd. 27:423, S. 448.

Geltungsbereich des Begriffs „Verteilernetz“ im Sinne der Richtlinie auszunehmen.

89. Ganz im Gegenteil, einige Faktoren sprechen dafür, dass ein Netz wie das von FLH betriebene in der Tat als Verteilernetz im Sinne der Richtlinie zu betrachten ist.

90. Das in Rede stehende Netz wird zwar offenbar vorwiegend zur Eigenversorgung von FLH genutzt [22], es darf aber nicht vergessen werden, dass 2004 ungefähr 15 % der gesamten über dieses Netz verbrauchten Energiemenge an Dritte verteilt wurde, was laut Vorlagebeschluss dem Strombedarf von rund 1 000 Drei-Personen-Haushalten entspricht, wobei diese Zahl eine ständig steigende Tendenz aufweist [23]. Die Belieferung Dritter mag daher zwar nicht überwiegen, ist jedoch keineswegs unbedeutend.

91. Mir leuchtet auch nicht ein, warum die auf dem Flughafen Leipzig/Halle angesiedelten 93 Unternehmen nicht als „echte“ Dritte zu betrachten sein sollten. Sie mögen zwar auf dem Flughafen angesiedelt sein, verfolgen aber ihre eigenständigen kommerziellen Ziele. Wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, besteht ihre vertragliche Bindung an FLH in erster Linie in Form eines Mietverhältnisses. Die in Rede stehenden 93 Unternehmen befinden sich daher in keiner grundlegend anderen Lage als Firmen, die Räumlichkeiten im Stadtzentrum oder in einem Einkaufszentrum anmieten. Diese Unternehmen sollten daher grundsätzlich die Möglichkeit haben, ihren Stromversorger frei zu wählen. Zu diesem Zweck sollte das Netz, das Elektrizität bis zur Anschlussstelle der Privatanlagen dieser Kunden liefert, Dritten prinzipiell zugänglich sein.

92. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, dass ein Netz wie das von FLH betriebene als „Verteilernetz“ im Sinne der Richtlinie zu betrachten ist.

93. Gleichwohl folgt daraus nicht, dass ein solches Netz nicht im Einklang mit der Richtlinie von Drittzugangsverpflichtungen befreit werden kann. Die Richtlinie enthält sogar mehrere Bestimmungen, nach denen Netze von bestimmten Verpflichtungen ausgenommen sind, um einen Ausgleich zu schaffen zwischen einerseits dem Erfordernis, Dritten Netzzugang zu gewähren, und andererseits der Wahrung zwingender

22 — Wie bereits in Nr. 15 der vorliegenden Schlussanträge erwähnt, belief sich die gesamte über dieses Netz verbrauchte Energiemenge im Jahr 2004 auf rund 22 200 MWh; davon wurden etwa 3 800 MWh, entsprechend 14,6 %, an sonstige auf dem Flughafengelände ansässige Unternehmen abgegeben.

23 — Laut Vorlagebeschluss wurden für das Jahr 2007 Stromlieferungen an sonstige auf dem Flughafen angesiedelte Unternehmen in Höhe von ungefähr 8 000 MWh prognostiziert, was dem Verbrauch von 2 000 Drei-Personen-Haushalten entsprechen soll und damit innerhalb von drei Jahren eine Verdopplung der über das fragliche Netz an Dritte gelieferten Energiemenge darstellen würde.

Allgemeininteressen wie Versorgungssicherheit und Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen.

94. Nach Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten beschließen, die Bestimmungen von Art. 20 nicht anzuwenden, „soweit ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft". Es ist zwar nicht auszuschließen, dass einige „Betriebsnetze", die nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG befreit werden können, diese Voraussetzungen erfüllen, ohne weitere Prüfung der Betriebsumstände eines Netzes gibt es jedoch keinen Grund zu der Annahme, dass dies zwangsläufig der Fall ist.

95. Darüber hinaus kann ein Verteilernetz nach Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie von Drittzugangsverpflichtungen befreit werden, „wenn [es] nicht über die nötige Kapazität verfügt". Auch in dieser Hinsicht ist nicht auszuschließen, dass diese Bestimmung die Befreiung einiger „Betriebsnetze" erlaubt, jedoch gilt dies sicher nicht ohne konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Kapazität für die Zugangsgewährung nicht ausreicht. Außerdem ist kaum einzusehen, dass eine zeitlich unbefristete Befreiung aufgrund Kapazitätsmangels möglich sein soll.

96. Wie oben ausgeführt, sieht Art. 26 der Richtlinie eine Ausnahme für kleine, isolierte Netze und für isolierte Kleinstnetze u. a. von Drittzugangsverpflichtungen vor. Es gibt jedoch keine Hinweise darauf, dass entweder das von FLH unterhaltene Netz oder alle „Betriebsnetze", die nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG befreit werden können, isolierte Netze im Sinne der Richtlinie sind. Darüber hinaus ist Voraussetzung für die Anwendung dieser Ausnahme, dass der Mitgliedstaat einen entsprechenden Antrag bei der Kommission stellt, was Deutschland jedoch nicht getan hat. Jeder dieser beiden Gründe für sich schließt bereits eine auf Art. 26 der Richtlinie gestützte grundsätzliche Befreiung von „Betriebsnetzen" nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG aus.

97. Demzufolge ist der Ausschluss der Anwendung der Bestimmungen über Drittzugangsverpflichtungen auf „Betriebsnetze" im Sinne des EnWG nach Wortlaut, Kontext und Zweck der Richtlinie nicht zu rechtfertigen.

VII — Ergebnis

98. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen bin ich der Meinung, dass die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten ist:

Art. 20 Abs. 1 der 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 ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die grundsätzlich die Anwendung der Bestimmungen über den Zugang Dritter auf Verteilernetze ausschließen, die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Betriebsgebiet befinden und überwiegend dem Transport von Energie innerhalb des eigenen Unternehmens oder zu verbundenen Unternehmen dienen.