ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 8. Juli 1999

über den Antrag Deutschlands auf eine Übergangsregelung gemäß Artikel 24 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt

(Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1999) 1551/4)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(1999/794/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt [1], insbesondere auf Artikel 24,

nach Unterrichtung der Mitgliedstaaten über den Antrag Deutschlands,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. HINTERGRUND

1 *Verfahren*

(1) Mit Schreiben vom 30. Juli 1997 bat das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft die Kommission, unter anderem zur Frage der Aufnahme einer Schutzklausel für die Braunkohlenverstromung in das deutsche Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts Stellung zu nehmen.

(2) Mit Schreiben vom 22. September 1997 antwortete die Kommission, eine Schutzklausel, die eine mögliche Verweigerung des Zugangs zum Netz beinhalten würde, entspräche einer Ausnahmeregelung vom Netzzugangsrecht gemäß Artikel 17 der Richtlinie und wäre folglich nicht durch Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie gedeckt. Vielmehr wäre ein entsprechender Antrag gemäß dem Verfahren des Artikels 24 der Richtlinie („Übergangsregelungen") zu stellen.

(3) Mit Schreiben vom 12. Februar 1998 beantragte das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft eine Übergangsregelung gemäß Artikel 24 in bezug auf die Bestimmungen von Artikel 4 § 3 („Neue Länder") des deutschen Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, das im Bundesgesetzblatt vom 28. April 1998 verkündet wurde [2] und am Tag danach in Kraft trat.

(4) Am 14. Juli 1998 besuchten Vertreter der Kommission das Bundesministerium für Wirtschaft in Bonn zu Sondierungsgesprächen. Das Ministerium bestätigte, daß es den Antrag vom 12. Februar 1998 als endgültig ansieht und daß es neben der in dem Antrag enthaltenen Schutzklausel für die Braunkohle keine weiteren Übergangsregelungen gibt, für die die Bundesregierung eine Schutz- oder Beihilferegelung vorsieht. Die Kommission bat um zusätzliche Informationen zur Entwicklung des Braunkohlesektors in den neuen Ländern sowie zur Vertragslage zwischen den betroffenen Parteien, die die Grundlage der Verpflichtungen gemäß Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie 96/92/EG bildet.

(5) Mit Schreiben vom 11. September 1998 übermittelte das Bundesministerium für Wirtschaft diese zusätzlichen Informationen.

(6) Zusätzlich und in Übereinstimmung mit dem Bundesministerium für Wirtschaft fanden direkte Kontakte zwischen der Kommission und dem hauptsächlich betroffenen Unternehmen Vereinigte Energiewerke AG („VEAG") statt. VEAG brachte seinen Standpunkt in einem Schreiben gegenüber der Kommission vom 28. Januar 1999 zum Ausdruck. Am 12. Februar 1999 fand ein Treffen zwischen VEAG und der Kommission in Brüssel statt. Per Fax vom 23. März 1999 unterbreitete VEAG eine „Stellungnahme zur Beurteilung der Notwendigkeit der Braunkohleschutzklausel", die VEAG bei Wirtschaftsprüfern in Auftrag gegeben hatte.

2 *Struktur und Entwicklung des Elektrizitätssektors in den neuen Ländern*

(7) Die Übertragung von Elektrizität wird in den neuen Ländern von der VEAG besorgt. Die VEAG ist mit einem Anteil von etwa 60% an der Gesamtelektrizitätserzeugung der größte Elektrizitätserzeuger in den neuen Ländern. Die VEAG erzeugt 92% ihrer Elektrizität aus Braunkohle. Die Verteilung von Elektrizität wird von 15 regionalen Verteilerunternehmen besorgt (zu deren Anteilseignern in vielen Fällen die VEAG bzw. deren

[1] ABl. L 27 vom 30.1.1997, S. 20.

[2] BGBl. I, S. 730.

Anteilseigner gehören). Ferner verfügen mehrere Gemeinden über lokale Elektrizitätsverteilerunternehmen, in deren Besitz sich auch Stromerzeugungsanlagen befinden. Das Elektrizitätsnetz in den neuen Ländern verteilt sich also — ähnlich wie in anderen Teilen Deutschlands — auf bis zu drei Ebenen: 1. das Hochspannungsnetz der VEAG, 2. die Mittelspannungsnetze der regionalen Verteilerunternehmen und 3. die Nieder- oder Mittelspannungsnetze der kommunalen Verteilerunternehmen.

(8) In der Zeit zwischen der deutschen Wirtschafts- und Währungsunion (1. Juli 1990) und der politischen Wiedervereinigung (3. Oktober 1990) wurde am 22. August 1990 der „Stromvertrag" abgeschlossen. Vertragsparteien waren die damalige Deutsche Demokratische Republik und die Treuhandanstalt (die per Gesetz vom 17. Juni 1990 zur Privatisierung ostdeutschen Staatseigentums eingerichtet worden war) einerseits und die Bayernwerk AG, die PreussenElektra AG und die RWE Energie AG andererseits. Der Vertrag regelt die Struktur des Elektrizitätssektors in den neuen Ländern nach der Wiedervereinigung. Er enthält Bestimmungen über den Verkauf ehemals ostdeutscher Kraftwerke und Übertragungsleitungen an die VEAG, ein Gemeinschaftsunternehmen, das am 12. Dezember 1990 von der Treuhandanstalt gegründet wurde. Die VEAG gehörte zu 75% den drei größten westdeutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen RWE Energie AG (26,25%), PreussenElektra AG (26,25%) und Bayernwerke AG (22,5%). Die übrigen 25% gehörten über die Holdinggesellschaft EBH GmbH vier weiteren deutschen Übertragungsnetzbetreibern.

(9) Es war ein integraler Bestandteil des mit der Treuhandanstalt abgeschlossenen Kaufvertrags, daß von der VEAG (genauer gesagt, im Jahre 1990 von ihren drei wichtigsten späteren Anteilseignern) die Verpflichtung eingegangen wurde, die Braunkohlenverstromung aufrechtzuerhalten und große Summen zu investieren, um bestehende Anlagen zu modernisieren und an höhere Umweltstandards anzupassen. Diese Verpflichtungen der VEAG wurden in einem Vertrag bestätigt, der parallel zum Kaufvertrag am 27. August 1990 zwischen dem Konsortium aus der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG (Anteilseignern der VEAG) und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen abgeschlossen wurde. Dieser Vertrag wurde später in einer Reihe bilateraler Verträge mit einer Laufzeit von 20 Jahren bestätigt, die zwischen der VEAG und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen abgeschlossen wurden. Durch diese Verträge werden die regionalen Verteilerunternehmen verpflichtet, über einen Zeitraum von 20 Jahren 70% ihres Strombedarfs (also des von ihnen verkauften Stroms) zu einem auf den Vollkosten basierenden Preis bei der VEAG zu decken. Die Verteilerunternehmen sollten die höheren Kosten an den Endverbraucher weitergeben.

3 *Die Entwicklung im Braunkohlenbergbau*

(10) Im Jahre 1997 erzeugte die VEAG 46,6 TWh Elektrizität aus Braunkohle; dies entspricht etwa 60% der gesamten Elektrizitätserzeugung in den neuen Ländern, die 77,5 TWh umfaßt. Die übrigen 40% der in den neuen Ländern erzeugten Elektrizität entfallen auf kommunale Erzeugungsanlagen, auf die Eigenerzeugung sowie die Erzeugung durch unabhängige Stromerzeuger (IPP). Die Braunkohleförderung im Jahre 1997 betrug 73,8 Mio. t, wovon die VEAG 54,3 Mio. t für die Elektrizitätserzeugung aufkaufte. Vor der Wiedervereinigung im Jahre 1989 wurden in ostdeutschen Braunkohlebergwerken 300 Mio. t gefördert. Seitdem wurde die Produktionskapazität stufenweise auf den derzeitigen Stand reduziert.

(11) Die Braunkohleförderung in den neuen Ländern wird im wesentlichen von zwei Unternehmen durchgeführt. Die MIBRAG (Mitteldeutsche Braunkohle) wurde 1993 privatisiert und an ein anglo-amerikanisches Konsortium (PowerGen, NRJ Energy und Morrison Knudsen) verkauft. Die LAUBAG (Lausitzer Braunkohle) wurde an ein deutsches Konsortium verkauft, das zu 55% der Rheinbraun AG/RWE, zu 30% der PreussenElektra AG und zu 15% der Bayernwerke AG gehört. Die LAUBAG und die VEAG sind also über gemeinsame Anteilseigner miteinander verbunden.

(12) Im Jahre 1989 waren 138 800 Personen im Braunkohlenbergbau und 30 499 Personen in der Elektrizitätserzeugung tätig. Seitdem ist der Beschäftigungsstand dramatisch gesunken, und zwar auf gegenwärtig 16 400 Arbeitsplätze im Braunkohlenbergbau und 8 163 in der VEAG-Elektrizitätserzeugung. Wenn man weitere 5 000 Arbeitsplätze hinzurechnet, die indirekt vom Braunkohlenbergbau und von der Elektrizitätserzeugung abhängig sind, beträgt die Gesamtzahl der von der Braunkohle abhängigen Arbeitsplätze gegenwärtig 30 000.

(13) Seit 1990 hat die VEAG 13 Mrd. DEM in die Modernisierung der Braunkohlenkraftwerke investiert. 2 Mrd. DEM wurden in den Braunkohlenbergbau investiert. Der Gesamtinvestitionsplan der VEAG hat ein Volumen von 20 Mrd. DEM und soll bis zum Jahre 2001 abgeschlossen sein.

(14) Anläßlich der Sondierungsgespräche am 14. Juli 1998 wurden vom Bundesministerium für Wirtschaft aufgrund der obengenannten Zahlen folgende Aussagen getroffen:

— Eine weitere Reduzierung des Einsatzes von Braunkohle zur Elektrizitätserzeugung würde das Fortbestehen des Braunkohlenbergbaus insgesamt in Frage stellen.

— Eine wesentliche Überlegung, die die deutsche Energiepolitik zum Schutz der Braunkohle veranlaßt, betrifft die langfristige Versorgungssicherheit. Die deutsche Energiepolitik muß die zunehmende Abhängigkeit von importiertem Erdgas gegenüber den Nachteilen vorhandener einheimischer Brennstoffe wie der Braunkohle abwägen.

4 *Die Öffnung des deutschen Elektrizitätsmarktes gegenüber dem Wettbewerb: die Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG*

(15) Das deutsche Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts trat am 29. April 1998 in Kraft. Es dient der Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG. Es optiert für

den Netzzugang Dritter auf Vertragsbasis, wobei den Verteilerunternehmen bis zum Jahr 2005 außerdem eine Alleinabnehmeroption offengehalten wird. In diesem Gesetz ist eine sofortige 100%ige Marktöffnung vorgesehen: es gibt keinen Schwellenwert für die Zulassung, alle Letztverbraucher und alle Verteilerunternehmen sind de jure zugelassene Kunden.

(16) Unter dem liberalisierten System, das durch das neue deutsche Gesetz eingeführt wird, können im Prinzip alle zugelassenen Kunden in den neuen Ländern (alle Letztverbraucher und alle Verteilerunternehmen) Verträge über die Lieferung von Elektrizität von außerhalb des VEAG-Systems abschließen. Um mit der Situation fertig zu werden, die sich ergeben würde, falls viele Verbraucher ihre Nachfrage zu anderen Anbietern verlagern sollten, wodurch es für die VEAG immer schwieriger oder sogar unmöglich werden würde, ihren aus Braunkohle erzeugten Strom zu verkaufen, ist in Artikel 4 § 3 des Gesetzes eine Übergangsregelung vorgesehen.

5 *Die von der deutschen Bundesregierung notifizierte Übergangsregelung*

(17) In der Notifizierung vom 12. Februar 1998 und den ergänzenden Informationen vom 11. September 1998 ist die folgende Übergangsregelung festgelegt.

(18) Grundlage der Übergangsregelung ist das „Investitionsprogramm der VEAG für den Neubau und die Sanierung von Braunkohlekraftwerken mit einem finanziellen Volumen von 20 Mrd. DEM, das um das Jahr 2000 abgeschlossen wird". Das Investitionsprogramm der VEAG ist Bestandteil der Verpflichtungen der VEAG aus dem Vertrag, der am 22. August 1990 zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Treuhandanstalt einerseits und der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG (also der späteren VEAG) andererseits abgeschlossen wurde. Das Investitionsprogramm der VEAG ist auch im Lichte der im Vertrag vom 27. August 1990 zwischen dem Konsortium aus der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG (der späteren VEAG) und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen geregelten Verpflichtung mit zwanzigjähriger Laufzeit und der damit im Zusammenhang stehenden Reihe bilateraler Verträge zwischen der VEAG und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu betrachten.

(19) In der vorgeschlagenen Übergangsregelung ist die Möglichkeit vorgesehen, zugelassenen Kunden den Netzzugang zu verweigern, sofern die in Artikel 4 § 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts dargelegten Voraussetzungen erfüllt sind:

„(1) Bei der Beurteilung, ob die Ablehnung des Netzzugangs zur Belieferung von Abnehmern in den Ländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen mit Elektrizität gemäß Artikel 1 §§ 6 und 7 unzulässig oder im Sinne des § 22 Absatz 4 und des § 26 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mißbräuchlich, diskriminierend oder unbillig behindernd ist, ist die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Verstromung von Braunkohle aus diesen Ländern besonders zu berücksichtigen.

(2) Das Bundesministerium für Wirtschaft hat den Deutschen Bundestag im Jahre 2002 über die Auswirkungen dieser Regelung auf Braunkohlenverstromung und Strompreisentwicklung in den Ländern nach Absatz 1 zu berichten. Sofern auf der Grundlage dieses Berichts keine Verlängerung bis zum 31. Dezember 2005 vorgenommen wird, tritt diese Übergangsvorschrift am 31. Dezember 2003 außer Kraft."

(20) Im Prinzip ist also in diesen neuen Ländern, wie im übrigen Deutschland auch, jeder Kunde ein zugelassener Kunde. Sollte sich jedoch eine größere Zahl solcher Kunden für neue Anbieter entscheiden, so würden die Verteilerunternehmen, die an die 70%ige Abnahmeverpflichtung gegenüber der VEAG gebunden sind, weniger absetzen und dementsprechend weniger Strom bei der VEAG kaufen. Unter solchen Umständen würde die VEAG selbst Marktanteile verlieren, wodurch es für sie schwierig würde, weiterhin entsprechende Mengen an Braunkohle aufzukaufen und zu verstromen. Sollte dieser Fall eintreten, können die VEAG und nach dem Wortlaut des Gesetzes auch die Verteilerunternehmen beschließen, zugelassenen Kunden den Netzzugang zu verweigern, wodurch die Kunden de facto gezwungen würden, teurere, aus Braunkohle erzeugte Elektrizität von der VEAG zu kaufen. Jede derartige Verweigerung unterliegt möglicherweise der Kontrolle durch das Bundeskartellamt, das darüber entscheiden wird, ob die Verweigerung angemessen und für die Erhaltung der Braunkohlenförderung notwendig war.

II. **RECHTLICHE ANALYSE**

1 *Rechtsgrundlage: Artikel 24 der Richtlinie 96/92/EG*

(21) In der deutschen Notifizierung vom 12. Februar wird ausdrücklich eine Übergangsregelung gemäß Artikel 24 der Richtlinie beantragt. In dem Notifizierungsschreiben wird jedoch auch erklärt, die Bundesregierung sei der Auffassung, daß die Regelung des Artikels 4 § 3 des deutschen Gesetzes bereits auf Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie 96/92/EG gestützt werden könne. In der Begründung des Gesetzentwurfs vom März 1997 hatte die Bundesregierung diese Bestimmung ursprünglich unter Bezugnahme auf Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie (vorrangige Inanspruchnahme einheimischer Energieträger zur Deckung von bis zu 15% des Verbrauchs) gerechtfertigt. Dieses Konzept wurde auch im offiziellen Antrag vom 12. Februar 1998 auf eine Übergangsregelung gemäß Artikel 24 der Richtlinie beibehalten.

(22) Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie ist jedoch auf die Regelung in der notifizierten Form nicht anwendbar.

(23) Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie lautet:

„Ein Mitgliedstaat kann aus Gründen der Versorgungssicherheit Anweisung geben, daß Elektrizität bis zu einer Menge, die 15 % der in einem Kalenderjahr zur Deckung des gesamten Elektrizitätsverbrauchs des betreffenden Mitgliedstaats notwendigen Energie nicht überschreitet, vorrangig aus Erzeugungsanlagen abgerufen wird, die einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe einsetzen."

(24) Selbst wenn der Anteil der aus Braunkohle aus den neuen Ländern erzeugten Elektrizität an der Elektrizitätserzeugung in ganz Deutschland weniger als 15 % beträgt, so liegt ihr Anteil an der Elektrizitätserzeugung in den neuen Ländern bei etwa 60–70 %. Dieser hohe Prozentanteil ist nicht etwa im Rahmen einer bloßen Inanspruchnahmeverpflichtung gemäß Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie auf ganz Deutschland verteilt, sondern genießt einen lokalen Schutz, indem denjenigen Kunden, die die Möglichkeit nutzen wollen, über den Netzzugang, der ja zu den wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie zählt und in deren Kapitel VII geregelt ist, bei einem anderen Anbieter zu kaufen, dieser Netzzugang verweigert werden kann.

(25) Die Bestimmung über eine vorrangige Behandlung gemäß Artikel 8 Absatz 4 rechtfertigt unter keinen Umständen die Ablehnung eines Antrags auf Netzzugang oder auf Übertragung. Die Regelung des Artikels 8 Absatz 4 ist ausdrücklich darauf beschränkt, daß vorgesehen werden kann, daß eine Menge, die 15 % nicht überschreiten darf, aus Erzeugungsanlagen abgerufen werden muß, die einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe einsetzen. Artikel 8 Absatz 4 und auch Artikel 8 Absatz 3 sind als Sonderbestimmungen anzusehen, die vor dem Hintergrund des in Artikel 8 Absatz 2 dargelegten Prinzips der Kraftwerkseinsatzplanung gemäß wirtschaftlichem Vorrang zu verstehen sind. Das vorliegende Verfahren — für bilaterale Stromaufkäufe zwischen zugelassenen Kunden und Stromerzeugern gegebenenfalls den Netzzugang abzulehnen — geht eindeutig über den Geltungsbereich dieser Bestimmung hinaus.

2 ***Die Voraussetzungen des Artikels 24***

(26) Nach Artikel 24 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 96/92/EG muß die Kommission, gestützt auf den EG-Vertrag, bei der Prüfung von Anträgen auf Übergangsregelungen nach folgenden Kriterien vorgehen:

2.1 **Voraussetzungen hinsichtlich der Art der Verpflichtungen bzw. der Betriebsgarantien:**

(27) 1. Es muß nachgewiesen werden, daß eine Verpflichtung oder Betriebsgarantie besteht.

2. Die Verpflichtung oder Betriebsgarantie muß vor dem 20. Februar 1997 auferlegt bzw. erteilt worden sein.

3. Es muß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinie und der Nichterfüllbarkeit der Verpflichtung nachgewiesen werden.

2.2 **Voraussetzungen hinsichtlich der Maßnahmen, die vorgeschlagen wurden, um die betreffenden Ziele zu verwirklichen:**

(28) 1. Bei den Maßnahmen der Übergangsregelung muß es sich um Ausnahmeregelungen zu den Kapiteln IV, VI und VII der Richtlinie handeln.

2. Die Übergangsregelung muß zeitlich begrenzt und an das Auslaufen der jeweiligen Verpflichtungen bzw. Betriebsgarantien gebunden sein.

3. Die Übergangsregelung muß die am wenigsten restriktiven Maßnahmen anwenden, die zur Verwirklichung der jeweiligen Ziele, die auch an sich gerechtfertigt sein müssen, erforderlich sind. Wenn sie über diese Fragen entscheidet, muß die Kommission unter anderem die Dimension des betreffenden Systems, den Verbundgrad des Systems und die Struktur der Elektrizitätsindustrie des betreffenden Mitgliedstaates berücksichtigen.

3 ***Bewertung der deutschen Übergangsregelung***

3.1 **Voraussetzungen hinsichtlich der Art der Verpflichtungen bzw. der Betriebsgarantien:**

(29) Die in der vorliegenden Entscheidung enthaltenen Angaben zur rechtlichen und vertraglichen Situation zum Zeitpunkt der deutschen Wiedervereinigung im Jahre 1990 basieren auf einer Beschreibung der einschlägigen Verträge, die das Bundesministerium für Wirtschaft mit Schreiben vom 11. September 1998 vorgelegt hat. Darin werden zwei Gruppen von Verträgen genannt:

i) Der Vertrag vom 22. August 1990 zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Treuhandanstalt einerseits und der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG andererseits;

ii) der Vertrag vom 27. August 1990 zwischen dem Konsortium, bestehend aus der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG (also der späteren VEAG) einerseits und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen andererseits, sowie eine Reihe sodann zwischen der VEAG und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen abgeschlossener bilateraler Verträge.

(30) Die zentrale Verpflichtung im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 ist die Investitionsverpflichtung, die die Bayernwerk AG, die PreussenElektra AG und die RWE Energie AG, vertreten in der VEAG, aufgrund des Stromvertrags vom 22. August 1990 übernommen haben. Die VEAG

übernahm nicht nur die Produktions- und Übertragungsanlagen, sondern verpflichtete sich als Bestandteil des Vertragspakets auch zu einem Investitionsprogramm zur Modernisierung des Braunkohlesektors mit einem Volumen von 20 Mrd. DEM.

(31) Bei der Übernahme dieser Investitionsverpflichtung wurde von einer langfristigen garantierten Mindestabnahme von Elektrizität und einer dementsprechenden Amortisierung der Investitionen ausgegangen. Zu diesem Zweck wird der zentrale Stromvertrag ergänzt durch die mit nachgelagerten Unternehmen, nämlich den Verteilerunternehmen, abgeschlossenen Stromlieferungsverträgen mit einer Laufzeit von 20 Jahren.

(32) Im Jahre 1990 übernahm die VEAG also die Investitionsverpflichtung auf der Grundlage der garantierten Stromlieferungsverträge mit einer Laufzeit von 20 Jahren, die letztlich wiederum auf dem System der Versorgung abhängiger Kunden durch einen Monopolisten beruhten bzw. durch dieses System garantiert wurden, wie dies der Lage vor der Liberalisierung des deutschen Elektrizitätsmarktes im April 1998 entsprach.

(33) Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß diese Investitionsverpflichtung unter einem liberalisierten System unter Umständen nicht eingehalten wird, es sei denn, sie wird bis zum Jahre 2003 durch die Klausel für eine mögliche Ablehnung des Netzzugangs geschützt. Dieser Auffassung liegt die Besorgnis zugrunde, Elektrizität aus Braunkohle werde teurer sein als Elektrizität aus anderen Energieträgern, und zwar insbesondere infolge der sehr ausgiebigen Investitionsverpflichtungen der VEAG, die wegen des Modernisierungsbedarfs notwendig waren. Wenn dies stimmt und die VEAG nicht in der Lage ist, die für eine Teilnahme am Wettbewerb zu Marktpreisen erforderlichen Effizienzverbesserungen zu erreichen, werden die Verteilerunternehmen, die mit der VEAG Stromlieferungsverträge über 70 % des Strombedarfs abgeschlossen haben, weniger Strom beziehen, weil zugelassene Kunden zu anderen Anbietern abwandern werden; dies führt zu einer Reduzierung der von der VEAG abgesetzten Strommenge. Unter diesen Umständen scheint zuzutreffen, daß mit der VEAG vor dem Inkrafttreten der Richtlinie eine Verpflichtung eingegangen bzw. eine Betriebsgarantie erteilt worden ist, und daß die Erfüllung dieser Verpflichtung durch das Inkrafttreten der Richtlinie gefährdet wird.

(34) Die Kommission ist deshalb folgender Auffassung:

1. Es besteht eine Verpflichtung oder Betriebsgarantie im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie.

2. Solche Verpflichtungen oder Betriebsgarantien wurden vor dem Inkrafttreten der Richtlinie auferlegt bzw. erteilt.

3. Für die Verpflichtung der VEAG, die sich aus den Investitionen in die Braunkohlenerzeugungskapazität ergibt, ist der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Nichterfüllbarkeit der Verpflichtung und dem Inkrafttreten der Richtlinie in hinreichendem Maße nachgewiesen. Es kann davon ausgegangen werden, daß die Bayernwerk AG, die Preussen-Elektra AG und die RWE Energie AG im Jahre 1990 die Investitionsverpflichtung zugunsten des Braunkohlensektors nicht übernommen hätten, wenn die Abnahmegarantie, die damals letztlich auf der Annahme eines geschlossenen Marktes basierte, nicht bestanden hätte. Ferner kann davon ausgegangen werden, daß die volle, 100%ige Liberalisierung, durch die alle Kategorien von Kunden als zugelassene Kunden im Sinne der Richtlinie definiert werden, sehr wohl zu einer Situation führen könnte, in der die VEAG möglicherweise nicht in der Lage wäre, ihr Investitionsprogramm mit einem Volumen von 20 Mrd. DEM, das erst um das Jahr 2000 abgeschlossen wird, zu Ende zu führen, sofern keine Übergangsregelung eingerichtet würde.

3.2 **Voraussetzungen hinsichtlich der Maßnahmen, die vorgeschlagen wurden, um die betreffenden Ziele zu verwirklichen:**

(35) 1. *Bei den betreffenden Maßnahmen handelt es sich um Ausnahmeregelungen zu den Kapiteln IV, VI und VII der Richtlinie 96/92/EG.*

(36) Die deutsche Übergangsregelung bezieht sich ausschließlich auf die Schutzklausel des Artikels 4 § 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts. Sie berechtigt die Übertragungsnetzbetreiber, den Netzzugang im Einzelfall abzulehnen, um eine hinreichende Abnahme von Elektrizität aus braunkohlebefeuerten Kraftwerken zu gewährleisten. Eine Ablehnung des Netzzugangs, um eine hinreichende Abnahme von Elektrizität aus braunkohlebefeuerten Kraftwerken zu gewährleisten, ist durch Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie 96/92/EG nicht abgedeckt, da dort nur auf das Fehlen der erforderlichen Übertragungs- bzw. Verteilerkapazität Bezug genommen wird sowie auf eine einschlägige Begründung in bezug auf notifizierte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne des Artikels 3 der Richtlinie. Deutschland hat keine gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß Artikel 3 der Richtlinie notifiziert.

(37) Die deutsche Übergangsregelung ist folglich eine Ausnahmeregelung von Artikel 17 Absatz 5 innerhalb des Kapitels VII der Richtlinie. Eine solche Ausnahmeregelung fällt unter die in Artikel 24 Absatz 2 erwähnten Maßnahmen. Artikel 24 ist deshalb anwendbar.

(38) 2. *Die Übergangsregelung ist zeitlich begrenzt und an das Auslaufen der betreffenden Verpflichtungen oder Betriebsgarantien gebunden.*

(39) Die deutsche Übergangsregelung ist zeitlich begrenzt, und zwar bis zum 31. Dezember 2003. In dem Gesetz ist eine Verlängerungsmöglichkeit bis zum 31. Dezember 2005 vorgesehen, diese ist abhängig von den Ergebnissen eines Berichts über die Auswirkungen der Übergangsregelung auf Braunkohlenverstromung und Strom-

preisentwicklung in den neuen Ländern, den das Bundesministerium dem Deutschen Bundestag im Jahre 2002 vorlegen muß.

(40) Die Kommission ist deshalb der Auffassung, daß die vorliegende Entscheidung für eine Übergangsregelung bis zum 31. Dezember 2003 gilt. Sollte sich Deutschland im Jahre 2002 zu einer Verlängerung der Übergangsregelung bis zum 31. Dezember 2005 entschließen, müßte für diesen zusätzlichen Zeitraum der Kommission in jenem Stadium ein ergänzender Antrag auf Verlängerung der Übergangsregelung übermittelt werden.

(41) Während die Kommission zur Zeit nicht beabsichtigt, die durch diese Entscheidung gewährte Derogation von der Richtlinie zu verlängern, wird solch eine Eventualität nicht völlig ausgeschlossen. Es wäre aber schwerlich als mit der Richtlinie vereinbar anzusehen, wenn solch eine Verlängerung langfristig, z. B. über 2005 hinaus erfolgen würde. Es ist jedoch nicht notwendig, auf diese Frage zum gegenwärtigen Zeitpunkt einzugehen.

(42) 3. *Die Übergangsregelung muß die am wenigsten restriktiven, zur Verwirklichung der gerechtfertigten Ziele erforderlichen Maßnahmen anwenden,* wobei unter anderem die Dimension des betreffenden Systems, der Verbundgrad des Systems und die Struktur der Elektrizitätsindustrie des betreffenden Mitgliedstaates berücksichtigt werden müssen.

3.1 Gerechtfertigte Ziele:

(43) Die Regelung zielt darauf ab, die VEAG in die Lage zu versetzen, ihre Investitionsverpflichtungen in bezug auf den Braunkohlensektor sowie die mit diesen Verpflichtungen einhergehenden gerechtfertigten Erwartungen zu erfüllen. Als Hintergrundinformation führt Deutschland zwei zusätzliche Argumente an, um die Übergangsregelung zu rechtfertigen. Hierbei handelt es sich erstens um die besondere wirtschaftliche Situation der neuen Länder sowie das Erfordernis, den Energiesektor in dieser Region auf eine sozial- und umweltverträgliche Art und Weise neu zu strukturieren. Durch einen weiteren Rückgang der Braunkohlenverstromung würde das Fortbestehen des Braunkohlenbergbaus insgesamt in Frage gestellt. Zweitens argumentiert Deutschland, daß die Maßnahmen im Hinblick auf die langfristige Versorgungssicherheit notwendig sind. Die fortlaufende Verwendung aus Braunkohle gewonnener Elektrizität ist Bestandteil der deutschen Energiepolitik insgesamt, die darauf ausgerichtet ist, eine zunehmende Abhängigkeit von eingeführtem Erdgas gegenüber den Umwelt- und Kostennachteilen vorhandener einheimischer Energieträger wie der Braunkohle abzuwägen.

(44) Aufgrund dieser drei Erwägungen erachtet die Kommission die von Deutschland verfolgten Ziele als gerechtfertigt.

3.2 Die am wenigsten restriktiven Maßnahmen, wobei unter anderem die Dimension des betreffenden Systems, der Verbundgrad des Systems und die Struktur der Elektrizitätsindustrie des betreffenden Mitgliedstaates zu berücksichtigen sind:

(45) Gemäß dem neuen deutschen Energiegesetz dürfen alle zugelassenen Kunden (alle Letztverbraucher und alle Verteilerunternehmen) Verträge über Lieferungen von außerhalb des VEAG-Systems abschließen. Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes ist darauf ausgerichtet, die Elektrizitätskäufe von außerhalb des VEAG-Systems gegebenenfalls zu begrenzen, sofern diese zu erheblichen Schwierigkeiten beim weiteren Betrieb braunkohlebefeuerter Kraftwerke führen würden.

(46) Ein solcher Vorfall kann in der Praxis nicht ausgeschlossen werden. Nach Angaben der Bundesregierung ist der Strom, den die VEAG aus Braunkohle erzeugt, nicht nur teurer als Elektrizität aus anderen Energieträgern wie z. B. Erdgas, sondern auch teurer als Elektrizität, die in den westdeutschen Bundesländern aus Braunkohle erzeugt wird. Die nicht wettbewerbsfähige Situation der ostdeutschen Braunkohle ist mit der Amortisierung der hohen Investitionen erklärt worden, die in die Sanierung geflossen sind. Da es sich zumeist um fixe Kosten handelt, würde ein erheblicher Rückgang der Elektrizitätsverkäufe der VEAG eine Zunahme der Kostenbelastung für die bei diesen verbleibenden Kunden zur Folge haben.

(47) Sollte die VEAG infolge der Abwanderung zugelassener Kunden zu anderen Anbietern erhebliche Absatzverluste erleiden, würde dies wie bereits erwähnt deren Braunkohlenverstromungsaktivitäten ebenso in Frage stellen wie ihre Fähigkeit, ihren Investitions- und Modernisierungsverpflichtungen nachzukommen. Die Übergangsregelung würde es der VEAG erlauben, diesen zugelassenen Kunden den Zugang zu ihrem Übertragungsnetz zu verweigern. Diese zugelassenen Kunden wären deshalb gezwungen, auch weiterhin die teurere, aus Braunkohle erzeugte Elektrizität der VEAG zu kaufen.

(48) Nach Auffassung der Kommission hat Deutschland einen hinreichenden Nachweis erbracht, daß die Übergangsregelung eine mögliche Maßnahme darstellt, um die genannten Ziele zu verwirklichen. Die Praxis in anderen Mitgliedstaaten zeigt allerdings, daß es für Probleme mit gestrandeten Kosten auch Alternativlösungen gibt. Deshalb verdient die Frage besondere Aufmerksamkeit, ob bei der deutschen Übergangsregelung die am wenigsten restriktiven, zur Verwirklichung der betreffenden Ziele erforderlichen Maßnahmen angewandt werden.

(49) Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß in Anbetracht der gegebenen besonderen Umstände die derzeitige Regelung in bezug auf Handel und Wettbewerb weniger restriktiv ist als eine Alternativlösung, die darin bestünde, feste Quoten für die Braunkohle gesetzlich vorzuschreiben, was möglicherweise durch eine Abgabe auf den gesamten Elektrizitätsverbrauch in Deutschland finanziert werden könnte. Dies ergibt sich aus der begrenzten Dauer der Förderregelung sowie aus der Tatsache, daß es nicht möglich ist, festzustellen, ob sich ein

entsprechender Schutz in der Praxis als notwendig erweisen wird. Der Vorschlag besagt lediglich, daß das Bundeskartellamt bei der Schlichtung von Streitigkeiten über Verweigerungen des Netzzugangs die Braunkohlenthematik neben anderen Argumenten, insbesondere in bezug auf Kapazitätsengpässe, in Betracht ziehen muß. Nach Angaben der Bundesregierung wird diese Regelung wahrscheinlich nur in seltenen Fällen zu einer Verweigerung des Netzzugangs führen; im Prinzip soll diese Regelung nur bis zum Jahre 2003 gelten. Ein weiterer Vorteil dieser Regelung besteht darin, daß sie sich nicht auf die Verträge auswirkt, die die VEAG mit den regionalen Verteilerunternehmen abgeschlossen hat. Es wird argumentiert, daß unter diesen Umständen das vorliegende, von der Bundesregierung gewählte Konzept geeignet ist, um zu gewährleisten, daß Marktverzerrungen nur dann auftreten, wenn sie unvermeidlich sind, und nur in einem nicht zu vermeidenden Umfang.

(50) In Anbetracht der besonderen Umstände dieses Falles und insbesondere i) des — im Vergleich zum deutschen Gesamtnetz — begrenzten Gebietes, ii) der Ungewißheit, ob ein solcher Schutz überhaupt notwendig sein wird, und iii) des deutlich begrenzten Zeitrahmens ist die Kommission der Auffassung, daß eine solche Regelung tatsächlich ein vernünftiges Verfahren zur Verwirklichung der genannten Ziele darstellt. Es kann nicht nachgewiesen werden, daß andere Systeme, etwa auf der Grundlage von Abgaben, in Anbetracht der ganz besonderen Umstände, die hier zu berücksichtigen sind, Handel und Wettbewerb weniger stark beeinträchtigen würden als die Übergangsregelung in der notifizierten Form.

(51) Allerdings sind zwei Vorbehalte in bezug auf bestimmte Einzelaspekte der Übergangsregelung in der notifizierten Form herauszustellen. Erstens die Möglichkeit, daß die Betreiber regionaler Übertragungs- bzw. Verteilernetze nach dieser Regelung den Netzzugang ablehnen können, und zweitens die Notwendigkeit, dafür zu sorgen, daß in bezug auf das Recht auf Ablehnung des Netzzugangs eindeutige, nichtdiskriminierende, transparente, überprüfbare Kriterien festgelegt werden.

3.2.1 *Die den Betreibern regionaler Übertragungs- bzw. Verteilernetze eingeräumte Möglichkeit, den Netzzugang abzulehnen*

(52) Gemäß dem Wortlaut von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes ist das Recht auf Ablehnung des Netzzugangs nicht speziell auf die VEAG beschränkt. Vorbehaltlich der Ex-post-Zustimmung durch das Bundeskartellamt würde das Gesetz es auch den Betreibern regionaler Übertragungs- bzw. Verteilernetze erlauben, die Klausel anzuwenden und den Zugang zu ihren Netzen abzulehnen. De facto ist jedoch nur die VEAG wesentlich betroffen, und zwar aufgrund ihrer Investitionsverpflichtung im Bereich der Elektrizitätserzeugung. Die regionalen Elektrizitätsunternehmen erzeugen keinen Strom aus Braunkohle […] (*), ihre einzige Verpflichtung besteht darin, 70 % ihres Strombedarfs bei der VEAG zu decken. Unter diesen Umständen erscheint es nicht nötig, den Betreibern regionaler Übertragungs- bzw. Verteilernetze zu erlauben, den Netzzugang unter Berufung auf die Notwendigkeit einer ausreichend hohen Verstromung von Braunkohle abzulehnen.

(53) Erstens sind die regionalen Übertragungs- und Verteilerunternehmenn nicht in der Lage, festzustellen, ob ein Rückgang der Nachfrage nach Elektrizität von Seiten ihrer Kunden, der eine geringere Abnahme von VEAG-Strom zur Folge hat, tatsächlich das Fortbestehen der VEAG-Braunkohlenverstromung in Frage stellen wird. Nur die VEAG kann eine solche Feststellung treffen, und zwar unter Berücksichtigung ihrer Verkäufe an alle Verteilerunternehmen sowie an einzelne zugelassene Kunden. Zweitens haben die Verteilerunternehmen kein direktes oder kommerzielles Interesse an der Braunkohlenförderung, so daß eine gegebenenfalls von ihnen zu verzeichnende Notwendigkeit, den Zugang zu ihren Netzen zu beschränken, eher auf kommerziellen Erwägungen beruhen dürfte als auf dem Erfordernis, die Braunkohlenförderung aufrechtzuerhalten. Aus diesem Grunde und weil es für regionale Übertragungs- und Verteilerunternehmen in der Praxis unmöglich ist, festzustellen, ob ein Rückgang ihres Absatzes die VEAG-Braunkohlenverstromung insgesamt in Frage stellen wird, ist es unangemessen, regionalen Übertragungs- und Verteilerunternehmen zu erlauben, aus solchen Erwägungen den Netzzugang zu verweigern. Folglich sollte nur die VEAG, die aufgrund einer Verpflichtung im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie dazu berechtigt ist, in der Lage sein, sich auf die Schutzklausel zu berufen.

(54) Hinzu kommt, daß die Marktposition zugelassener Kunden erheblich beeinträchtigt würde, wenn diese nicht nur mit dem Übertragungsnetzbetreiber ein Schlichtungsverfahren über den Netzzugang einkalkulieren müßten, sondern möglicherweise zwei Schlichtungsverfahren über den Netzzugang, eines auf der Ebene des Verteilernetzes, das andere auf der Ebene des Übertragungsnetzes.

(55) Eine weitere Frage, die in diesem Zusammenhang von Deutschland aufgeworfen wurde, betrifft Käufe, die die Verteilerunternehmen bei Erzeugern außerhalb der neuen Länder tätigen, wobei nur das Nieder- und Mittelspannungsnetz in Anspruch genommen werden würde. VEAG würde über diese „Einfuhren" keine Kenntnis erlangen und könnte sie folglich bei der Planung der künftigen Braunkohlenverstromung, die sich an der „Inlandsnachfrage" orientiert, nicht berücksichtigen. Im Falle, daß solche „Einfuhren" über das Nieder-/Mittelspannungsnetz eine ausreichende Bedeutung erlangen würden, würde dadurch der Absatz der Verteiler vermindert. Folglich würden sich auch die Einkaufsmengen dieser Verteiler bei der VEAG vermindern, wodurch schließlich der VEAG-Absatz gedrückt werden würde. Die Kommission hat dieses Argument geprüft, betrachtet es jedoch nicht per se als Rechtfertigungsgrund, den Verteilungs- und Übertragungsunternehmen zu ermöglichen, den Netzzugang unter Berufung auf den notwendigen Braunkohlenschutz mittelfristig zu verweigern. Erstens ist angesichts der Tatsache, daß diese „Einfuhren" nur über das Nieder-/Mittelspannungsnetz erfolgen können bei weitem nicht als nachgewiesen zu erachten, daß zu erwarten ist, daß solche Stromflüsse eine wesentliche

(*) Geschäftsgeheimnis.

quantitative Bedeutung erlangen würden. Zweitens kann diese Frage in einer Weise geklärt werden, die mit weniger handels- und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen verbunden ist als die Möglichkeit, auf regionaler Ebene den Netzzugang abzulehnen.

(56) Deutschland kann beispielsweise ein Verfahren einführen, nach dem regionale Unternehmen verpflichtet werden, die VEAG über Durchleitungsverträge zu informieren, die auf der Ebene der regionalen Netzbetreiber abgeschlossen wurden, sofern diese Verträge indirekte Auswirkungen auf die VEAG-Braunkohlenverstromung haben könnten. Dies würde die VEAG in die Lage versetzen, diese Fälle in ihre Gesamtplanung aufzunehmen und somit bei einer Ablehnung des Netzzugangs als Beweismittel anzuführen. Um jedoch Deutschland die Möglichkeit zu geben, zu prüfen, ob solche zusätzlichen Maßnahmen notwendig sind, um der VEAG die Einhaltung ihrer Braunkohlenverstromungsverpflichtungen zu ermöglichen und um den regionalen Verteilerunternehmen eine angemessene Anpassungsfrist vor der Einführung dieses zusätzlichen Marktdrucks zu gewähren, erachtet es die Kommission als angemessen, diese Auflage mit aufschiebender Wirkung in Kraft zu setzen (vergleiche unten 3.2.3).

3.2.2 *Eindeutige, nichtdiskriminierende, transparente und überprüfbare Kriterien*

(57) Die Kommission erachtet die Ablehnung des Netzzugangs als eine schwerwiegende Maßnahme, die einem der wichtigsten Ziele der Richtlinie, nämlich durch Einführung des Netzzugangs den Wettbewerb in der Elektrizitätsversorgung einzuführen, diametral entgegensteht. Daher ist wichtig, daß eine jede Anwendung der Braunkohlenschutzklausel restriktiv und nach eindeutigen, nichtdiskriminierenden, transparenten und überprüfbaren Kriterien gehandhabt wird. Die Kommission ist der Auffassung, daß der Wortlaut von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes diese Anforderungen nicht in zufriedenstellender Weise erfüllt. Deshalb erachtet es die Kommission als notwendig, dafür zu sorgen, daß in bezug auf die betroffenen regulatorischen Verfahren sowie die Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten mehrere Bedingungen erfüllt werden, darunter folgende:

(58) 1. Die Ablehnung des Netzzugangs darf nur von Fall zu Fall erfolgen, es darf also keine grundsätzliche oder systematische Ablehnung geben, und die VEAG muß bei jeder Ablehnung ausführlich begründen, warum die Durchleitungsverweigerung notwendig war, um eine ausreichend hohe Verstromung von Braunkohle zu gewährleisten.

(59) 2. Ein Mindestmarktöffnungsfenster muß auch in den neuen Ländern garantiert werden, damit sich die Praxis des Netzzugangsystems schon entwickeln kann, wenn auch aufgrund der Übergangsregelung möglicherweise mit Abstrichen von den Mindestmarktöffnungserfordernissen der Richtlinie. Somit muß sichergestellt werden, daß ein minimales Segment zugelassener Kunden ein uneingeschränktes Recht haben muß, den Lieferanten trotz der legitimen Interessen von VEAG zu ändern.

(60) Es besteht das Risiko, daß sich ohne solch eine Auflage in dem betreffenden Zeitraum in den neuen Ländern kaum Wettbewerb entwickeln würde und daß insbesondere die VEAG nicht ausreichendem Marktdruck ausgesetzt würde, um die Effizienz zu steigern und die Preise zu senken. Gegenwärtig entfallen etwa 60 % der Elektrizitätserzeugung auf die VEAG und 40 % auf kommunale Versorgungsunternehmen und Eigenerzeuger. Es ist zu erwarten, daß schon eine begrenzte Zahl zugelassener Kunden, die sich entschließen, ihren Strom woanders einzukaufen, unausweichlich und wahrscheinlich unverzüglich einen — wenn auch begrenzten — Marktdruck für die VEAG-Braunkohlenverstromung erzeugen würde. Um dieser Herausforderung gerecht zu werden, müßte die VEAG ihre Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit verbessern oder den Verlust von Marktanteilen in Kauf nehmen. Demgegenüber würde VEAG bei Fehlen einer Mindestzahl an unzweifelhaft netzzugangsberechtigten zugelassenen Kunden weniger auf Kosten- und Preissenkungen angewiesen sein, sondern könnte eine Politik verfolgen, die versucht, jede Anfrage nach Netzzugang systematisch abzulehnen, um ihren Marktanteil und indirekt die Braunkohlenproduktion zu schützen. Die Möglichkeit solch einer potentiellen Politik der VEAG wird durch die Schlußfolgerungen der „Stellungnahme zur Beurteilung der Notwendigkeit der Braunkohlenschutzklausel“ bestätigt, welche von der VEAG bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC Deutsche Revision in Auftrag gegeben wurde (siehe unten).

(61) 3. Obwohl die deutsche Regierung argumentierte, daß eine minimale Marktöffnung und Marktpraxis vom einzelfallorientierten Ansatz der Braunkohlenschutzklausel des Artikels 4 § 3 des deutschen Gesetzes gewährleistet würden, ist die Kommission der Ansicht, daß dieser Artikel 4 § 3, erstens, ein dementsprechendes Ergebnis nicht ausreichend garantiert und zweitens, nicht dem Prinzip eindeutiger und überprüfbarer Kriterien entspricht. Solche Kriterien sind notwendig, um von vornherein klar unterscheiden zu können, in welchen Fällen Netzzugangsanfragen stattzugeben und in welchen sie abzulehnen sind. Diese Bedenken sind von der Kommission bereits im Brief an das Bundesministerium für Wirtschaft vom 22. September 1997 betont worden. Solche eindeutigen und überprüfbaren Kriterien müssen spezifiziert werden, um den Kunden genügend Voraussagbarkeit zu geben, ob sie ihr Recht auf Netzzugang ausüben werden können. Damit soll auch eine potentiell diskriminierende Anwendung der Klausel vermieden werden, die sich aus einem zu großen Ermessensspielraum in der einzelfallorientierten Bewertung von Netzzugangsverweigerungen ergeben könnte.

(62) Es erscheint angemessen, daß bei der Abwägung einer Rechtfertigung einer Netzzugangsablehnung gegenüber dem Recht zugelassener Kunden auf freie Versorgerwahl, berücksichtigt werden sollte, ob sich der zugelassene Kunde selbst in einer langfristigen Stromabnahmeverpflichtung befindet, wie z. B. im Falle die Verteiler, die zu 70 % zur Abnahme von VEAG verpflichtet sind, wobei in diesem Fall die Sicherung der Stromabnahme für eine ausreichende Braunkohlenverstromung besondere Berücksichtigung verdienen sollte, oder ob der zugelassene Kunde ein Endverbraucher ist, der nie eine lang-

fristige Stromabnahmeverpflichtung eingegangen ist, wobei in diesem Fall dem Zugang zu wettbewerbsfähigen Strompreisen spezielle Aufmerksamkeit gegeben werden sollte. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, festzustellen, daß VEAG und die regionalen Verteilungsunternehmen in vielen Fällen verbundene oder assoziierte Unternehmen sind oder den gleichen Aktionären gehören. Im Hinblick auf die Notwendigkeit großer industrieller Endverbraucher, Zugang zu wettbewerbsfähigen Strompreisen zu haben, definiert Artikel 19 Absatz 3 der Richtlinie, daß trotz eines bestimmten Ermessens der Mitgliedstaaten in der Definition von Kundensegmenten zur Erreichung der Mindestmarktöffnung, „alle Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 GWh (je Verbrauchsstätte und einschließlich der Eigenerzeugung) in die genannte Kategorie" zugelassener Kunden einzubeziehen sind. Dementsprechend erwägt die Kommission, daß wenigstens dieses Kundensegment ([3]) die klare Garantie haben sollte, daß ihre potentiellen Anfragen nach Marktzugang nicht auf Basis von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes abgelehnt werden können.

(63) Eine solche Regelung wäre transparent und würde jede mögliche Diskriminierung vermeiden. Auf diese Weise kann ein angemessenes Gleichgewicht hergestellt werden zwischen der Notwendigkeit, die Braunkohlenförderung in Deutschland angemessen und wirksam zu fördern, und der Notwendigkeit, dafür zu sorgen, daß die Kräfte des Wettbewerbs — eines der grundlegenden Ziele der Richtlinie — trotzdem eine wichtige Rolle spielen, wenn es darum geht, dafür zu sorgen, daß alle Unternehmen ihre Effizienz verbessern und ihre Preise senken.

3.2.3 *Inkrafttreten dieser Entscheidung*

(64) Um zu ermöglichen,

— daß geeignete und angemessene Maßnahmen vorbereitet werden, falls als notwendig erachtet, um sicherzustellen, daß Stromverkäufe an zugelassene Kunden, die nur über das Nieder-/Mittelspannungsnetz der Regionalverteiler geleitet werden, nicht die Braunkohlenverstromungsverpflichtungen der VEAG unterlaufen, und um den Regionalverteilern zu erlauben, sich auf die Einführung eines solchen Wettbewerbs vorzubereiten, sowie

— daß VEAG sich an die neue Situation bezüglich der Kunden mit mehr als 100 GWh Jahresverbrauch anpassen kann

erscheint es angemessen, daß eine geeignete Frist vor Inkrafttreten der oben in 3.2.1 und 3.2.2 Ziffer 3 dargelegten Auflagen gewährt wird.

([3]) Obwohl keine offiziellen Daten vorgelegt wurden, erhielt die Kommission von der VEAG sowie von Stromverbrauchervertretern (VIK) mündliche Informationen, wonach das Segment der Endverbraucher mit mehr als 100 GWh Jahresverbrauch in den neuen Ländern 15–20 Unternehmen umfaßt und einen Stromverbrauchsanteil von ca. 15–16 % darstellt. Ungenauigkeiten ergeben sich aus Schwierigkeiten bei der Feststellung der Eigenerzeugung sowie bei der Definition der Verbrauchsstätte.

(65) Es sollte beachtet werden, daß die Umstände, die die deutsche Regierung dazu bewogen haben, diese Übergangsregelung einzuführen, sowie die damit verfolgten Ziele, spezifisch und nicht charakteristisch für die übrigen gemäß Artikel 24 der Richtlinie notifizierten Schemata sind. Im Besonderen beruht diese Übergangsregelung auf der bedeutenden Rekonstruktion des Elektrizitätssektors der neuen Länder nach der Wiedervereinigung und den sich daraus ergebenden sehr schweren und lokal konzentrierten regionalpolitischen und beschäftigungspolitischen Problemen. Unter diesen Umständen ist es von besonderer Wichtigkeit, daß in diesem Fall eine entsprechende Abwägung zwischen der Notwendigkeit, VEAG einem zumutbaren Grad an Wettbewerbsdruck auszusetzen, und der notwendigen Sicherstellung, daß VEAG die Investitions- und Braunkohlenverstromungsverpflichtungen einhalten kann, getroffen wird. Diese Entscheidung ist daher in ihrer Natur und in ihren Zielen äußerst spezifisch im Vergleich zu den angenommenen oder gerade geprüften Übergangsregelungen anderer Mitgliedstaaten. Die anderen Schemata betreffen die Notwendigkeit oder das Ziel der Aufrechterhaltung der Lebensfähigkeit und Wettbewerbsfähigkeit einzelner bestehender Unternehmen, nicht den Wiederaufbau und Großmodernisierung eines ganzen regionalen Elektrizitätssektors.

(66) In diesem Licht hält es die Kommission für angemessen, eine aufschiebende Periode von zwei Jahren zwischen Veröffentlichung dieser Entscheidung und Inkrafttreten der Auflagen, die unten in Artikel 2 Ziffer 2 und Ziffer 3 ausgeführt sind, zu gewähren. Diese Periode sollte der VEAG und den Regionalverteilern die notwendige Zeit geben, die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen, um auf etwaigen zusätzlichen aus dieser Entscheidung resultierenden Wettbewerbsdruck vorbereitet zu sein.

3.2.4 *Zusätzliche Erwägungen*

(67) 1. Um die mögliche Auswirkung dieser Entscheidung, und insbesondere der in 3.2.1 und 3.2.2 Ziffer 3 angeführten Auflagen, auf die Wettbewerbsfähigkeit und Lebensfähigkeit von VEAG zu begrenzen, ist eine Neuüberprüfung dieser Entscheidung zwei Jahre nach ihrer Verabschiedung vorgesehen. Basis für solch eine Neuüberprüfung muß ein Bericht der deutschen Regierung über die Erfahrung mit der Anwendung von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes und der Anwendung der zusätzlichen Auflage Nummer 3 dieser Entscheidung sein. Sollte sich herausstellen, daß der Anteil von Endabnehmern, die tatsächlich zu Stromlieferanten gewechselt haben, die nicht Braunkohle aus den neuen Ländern verstromen, von wesentlicher Bedeutung ist und eine Bestandsgefährdung der VEAG darstellt, wird die Kommission diese Entscheidung und insbesondere Auflage Nummer 3, wenn angebracht, überprüfen.

(68) 6. Damit eine hinreichende Transparenz gewährleistet wird, erachtet die Kommission ferner eine intensive Überwachung der Anwendung und Auslegung von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes als notwendig. So ist die Kommission von jeder Entscheidung einer deutschen Schlichtungsstelle oder Aufsichtsbehörde, durch die eine

Ablehnung des Netzzugangs gemäß Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes mit Vorbehalten oder vorbehaltlos gebilligt wird, zu benachrichtigen.

3.2.5 *Würdigung der Argumente der VEAG*

(69) Um ihre Argumente zu unterstützen, die per Schreiben vom 28. Januar 1999 und während einem Treffen zwischen der VEAG und der Kommission am 12. Februar in Brüssel vorgebracht wurden, unterbreitete die VEAG einen Bericht „Stellungnahme zur Beurteilung der Notwendigkeit der Braunkohlenschutzklausel", der von der VEAG bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC-Deutsche Revision in Auftrag gegeben wurde.

(70) In ihrem Schreiben vom 28. Januar 1999 argumentiert die VEAG, daß „Absatzverluste jeglicher Höhe VEAG jedoch nicht verkraften könnte". Die Braunkohlenschutzklausel des Artikels 4 § 3 des deutschen Gesetzes müsse daher vollständig und ohne jede Einschränkung angewandt werden.

(71) Der Bericht der Wirtschaftsprüfer unternimmt eine Berechnung von Zielmengen für den Stromabsatz, bei denen eine Deckung der Vollkosten der VEAG gegeben ist (S. 24). Die Kalkulation basiert auf Daten aus der mittelfristigen Kostenplanung der VEAG und kann somit nicht direkt mit den Daten aus den veröffentlichten Jahresberichten verglichen werden. Die Kostenbasis, die für die Berechnung der Zielmengen herangezogen wird, beinhaltet Kapitalkosten von […] % (*) beziehungsweise eine Eigenkapitalverzinsung von […] % (*) jährlich (festverzinsliche Staatsanleihen von […] % (*) plus Risikoprämie […] % (*)) wobei eine Eigenkapitalquote von […] % (*) angenommen wird.

(72) Der Vergleich der berechneten Zielmengen für den Stromabsatz mit den tatsächlichen Absatzmengen aus 1998 sowie mit den geschätzten Planmengen der VEAG für 2003 kommt zu folgendem Ergebnis. Im Jahr 1998 sind die berechneten Zielmengen von den tatsächlichen Absatzmengen um […] % (*) überschritten worden. Jedoch liegen im Jahr 2003 die Zielmengen um […] % (*) höher als die Planmengen. Aus diesem Ergebnis wird geschlossen, daß eine vollkostendeckende Beschäftigung in der Zukunft nicht gegeben ist (S. 27).

(73) Der Bericht untersucht anschließend zwei Szenarien bis 2003. Szenario 1 geht von der vollständigen Anwendung der Braunkohlenschutzklausel des Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes zu Gunsten der VEAG aus. Es kommt zu der Schlußfolgerung, daß mit Ausnahme vom Jahr 2000 alle Jahre einen Überschuß mit einer Spitze im Jahr 2002 zeigen werden, wobei eine Umsatzrendite von […] % (*) errechnet wird, welche eine Eigenkapitalverzinsung von […] % (*) ergibt. Damit wird gezeigt, daß die oben dargestellte Mengenlücke von […] % (*) (im Jahr 2003) zu einem Sinken der Eigenkapitalrendite von erwarteten […] % (*) auf […] % (*) (im Jahr 2002, da die Vergleichszahl für 2003 nicht angegeben ist) führt.

(74) Der Bericht untersucht ebenso ein Szenario 2, welches annimmt, daß Verbraucher, die […] % (*) des VEAG-Umsatzes darstellen, zu einem anderen Lieferanten wechseln würden. Die Annahme von […] % (*) wird aus einem Marktsegment abgeleitet, welches […] % (*) ([…] (*) TWh) der gesamten Bruttostromerzeugung der neuen Länder entspricht, und von dem angenommen wird, daß es ausschließlich vom Umsatz der VEAG wegbrechen würde. Von diesem Szenario wird geschlossen, daß eine Bestandsgefährdung der VEAG gegeben ist, ohne daß jedoch eine detaillierte Analyse eines realistisch angepaßten Kraftwerkseinsatzes unternommen wird, und ohne daß Einnahmen aus Stromverkäufen in alternative Abnehmer oder an Spotmärkte berücksichtigt werden.

(75) Die Kommission folgert:

(76) a) Der Bericht stellt keine eingehende Analyse der Kostenstruktur der VEAG nach fixen und variablen Kosten dar, die es erlauben würde, die kurzfristigen Grenzkosten zu bewerten. Er stellt ferner keine Cashflow-Analyse dar, um die Liquidität der VEAG zu bewerten. Somit kann auf Basis der zur Verfügung gestellten Daten nicht festgestellt werden, daß kurz- und mittelfristig die Lebensfähigkeit der VEAG als direkt bedroht anzusehen ist.

(77) b) Die Schlußfolgerungen des Berichts basieren auf dem Ziel, eine Vollkostendeckung einschließlich einer Gewinnmarge ([…] % (*) Eigenkapitalverzinsung) aufrechtzuerhalten. Da dieses Ziel nicht erreicht wird, selbst wenn die Braunkohlenschutzklausel vollständig zu Gunsten der VEAG angewandt wird (resultierende […] (*) % Eigenkapitalverzinsung), wird in einer eher pragmatischen Art festgestellt, daß keine Einschränkung der Anwendung der Braunkohlenschutzklausel tragbar wäre.

(78) c) Die vorgelegten Daten zeigen, daß der gewählte Vollkostenrechnungsansatz mehrere „Sicherheitskissen" inkludiert, bevor die Lebensfähigkeit der VEAG ernstlich in Frage gestellt würde:

— Gewinnspanne von […] % (*) in die Kalkulationen einbezogen,

— nicht offengelegte potentielle Marge, die im Preis des Braunkohlenbezugsvertrags mit dem verbundenen Unternehmen LAUBAG einbezogen ist [4],

— Eigenkapitalquote von […] % (*),

— Einnahmen aus dem Verkauf von Überschußstrom an alternative Kunden oder Spotmärkte müßten bei der Berechnung der Auswirkung einer Kundenabwanderung einbezogen werden.

[4] Gemäß dem Bericht (S. 17) kaufte VEAG die Braunkohle hauptsächlich von LAUBAG, einem verbundenen Unternehmen durch gemeinsame Aktionäre, bis […] (*) zu […] (*), nach […] (*), gemäß einem Preis-Mengen-Schema […] (*). Weder die Kostenstruktur von LAUBAG noch die gegenwärtige Gewinnspanne wurden offengelegt und analysiert.

(79) d) Das dargestellte Szenario 2, welches einen Absatzverlust von […]% (*) annimmt, basiert auf Annahmen, die nicht mit den potentiellen Auswirkungen der Auflagen in 3.2.2 dieser Entscheidung vergleichbar sind.

(80) e) Im Gegensatz zur Position, die von der deutschen Regierung ausgedrückt wurde, nämlich daß die Braunkohlenschutzklausel von Fall zu Fall zur Anwendung kommen würde und dadurch eine bestimmte Marktöffnung zuläßt, macht die von der VEAG ausgedrückte und vom Wirtschaftsprüfungsbericht bestätigte Position deutlich, daß VEAG eine systematische Ablehnung des Zugangs für alle ihre direkten und indirekten Kunden über den vollständigen Anwendungszeitraum der Schutzklausel anstreben würde.

(81) Zusammenfassend anerkennt die Kommission die legitime Besorgnis der VEAG ausreichende Stromverkaufsmengen aufrechtzuerhalten, um die spezifischen Kostendegressionen der Stromerzeugung auf Braunkohlebasis zu gewährleisten. Daher entwickelte die Kommission die Auflagen in 3.2.2 mit Rücksicht auf diese Bedenken der VEAG, wobei sie diese jedoch gegenüber den gleichermaßen legitimen Bedürfnissen der Stromverbraucher abwägte. Die oben beschriebenen Überprüfungsmöglichkeiten sind eine weitere Sicherheit zum Schutz der Wettbewerbsfähigkeit und Bestandsfähigkeit der VEAG.

4 *Schlußfolgerungen*

(82) Die Übergangsregelung wurde mit Schreiben vom 12. Februar 1998 beantragt. Die Antragstellung erfolgte also innerhalb der in Artikel 24 Absatz 2 geregelten Frist.

(83) Die Übergangsregelung beruht auf Investitionsverpflichtungen, die sich aus einer Reihe zwischen der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, der Treuhandanstalt, der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG, der RWE Energie AG und den regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Jahre 1990 abgeschlossener Verträge ergeben. Die Art der Investitionsverpflichtung der VEAG erfüllt alle Voraussetzungen von Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie.

(84) Was die vorgeschlagenen Maßnahmen betrifft, so ist die Übergangsregelung eine Ausnahmeregelung zu Kapitel VII der Richtlinie 96/92/EG, nämlich eine Verweigerung des Netzzugangs, die im Prinzip in den Geltungsbereich von Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie fällt. Die vorgeschlagene Übergangsregelung ist zeitlich begrenzt und an das Auslaufen der betreffenden Verpflichtungen oder Betriebsgarantien gebunden. Die Anforderung, daß die Übergangsregelung die am wenigsten restriktiven, zur Verwirklichung der gerechtfertigten Ziele erforderlichen Maßnahmen anwendet, ist im Prinzip erfüllt, wenn auch mit zwei Einschränkungen, nämlich einer notwendigen Klärung ihres Geltungsbereichs, der auf das Netz des Unternehmens zu beschränken ist, das Elektrizität aus Braunkohle erzeugt, sowie einer Klärung des Wortlauts der deutschen Übergangsregelung, die nicht klar genug definiert ist, um eine nichtdiskriminierende, transparente und überprüfbare Anwendung zu gewährleisten.

(85) Deshalb kommt die Kommission zu dem Schluß, daß eine Reihe von Bedingungen erfüllt werden müssen, um eine hinreichende Berechenbarkeit und Transparenz der deutschen Übergangsregelung zu gewährleisten. Diese Bedingungen können entweder durch eine Gesetzesänderung erfüllt werden, oder durch geeignete Durchführungsbestimmungen oder durch die Praktiken der Behörde, die für die Durchführung von Artikel 4 § 3 des deutschen Gesetzes zuständig ist —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Artikel 4 § 3 („Neue Länder") des deutschen Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, veröffentlicht im Bundesgesetzblatt vom 28. April 1998, Seite 730, der den einzigen Gegenstand des der Kommission am 12. Februar 1998 notifizierten Antrags auf Gewährung einer Übergangsregelung gemäß Artikel 24 der Richtlinie 96/92/EG darstellt, wird als auf einer Verpflichtung oder Betriebsgarantie im Sinne des Artikels 24 Absatz 1 der Richtlinie beruhend eingestuft.

Im vorliegenden Fall ist die Verpflichtung im Sinne von Artikel 24 Absatz 1 der Richtlinie 96/92/EG der Vertrag, der am 22. August 1990 zwischen der damaligen Deutschen Demokratischen Republik und der Treuhandanstalt einerseits und der Bayernwerk AG, der PreussenElektra AG und der RWE Energie AG andererseits abgeschlossen wurde.

Artikel 2

Gemäß Artikel 24 Absatz 2 der Richtlinie 96/92/EG darf Deutschland von Artikel 17 und damit von Kapitel VII abweichen, indem es Artikel 4 § 3 (Neue Länder) des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts als Übergangsregelung zeitlich begrenzt bis zum 31. Dezember 2003 anwendet. Dabei hat es folgende Bedingungen und Auflagen einzuhalten:

1. Deutschland muß dafür sorgen, daß das Recht auf Netzzugang auch in den neuen Ländern die allgemeine Norm bleibt, und daß jede Ablehnung des Netzzugangs als Ausnahme anzusehen ist, die in jedem Einzelfall ordnungsgemäß zu begründen ist.

2. Anträge auf Netzzugang dürfen nur dann abgelehnt werden, wenn sie das Übertragungsnetz der Vereinigte Energiewerke AG (VEAG) betreffen. Die Betreiber regionaler Übertragungs- und Verteilernetze dürfen die Bestimmungen der Übergangsregelung nicht anwenden. Diese Auflage ist spätestens zwei Jahre nach Veröffentlichung dieser Entscheidung anzuwenden.

3. Ein Mindestanteil des Stromendverbrauchs muß auch in den neuen Ländern für den Wettbewerb offen sein. Deshalb darf zumindest Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 GWh (je Verbrauchsstätte und

einschließlich Eigenerzeugung) im Sinne des Artikels 19 Absatz 3 der Richtlinie 96/92/EG der Netzzugang nicht gestützt auf Artikel 4 § 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts verweigert werden. Diese Auflage ist spätestens zwei Jahre nach Veröffentlichung dieser Entscheidung anzuwenden.

Artikel 3

(1) Innerhalb von drei Jahren nach Veröffentlichung dieser Entscheidung, legt Deutschland der Kommission einen Bericht über die tatsächliche Ausnützung des Netzzugangs seitens der Endverbraucher in den neuen Ländern vor. Sollte sich auf der Basis dieses Berichts herausstellen, daß der Anteil von Endverbrauchern, die tatsächlich zu Stromlieferanten gewechselt haben, die nicht Braunkohle aus den neuen Ländern verstromen, von wesentlicher Bedeutung ist und eine Bestandsgefährdung der VEAG darstellt, wird die Kommission die vorliegende Entscheidung überprüfen.

(2) Deutschland unterrichtet die Kommission über jede Ablehnung des Netzzugangs gemäß Artikel 4 § 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, unmittelbar nachdem diese Ablehnung in erster Instanz (von der Landeskartellbehörde oder dem Bundeskartellamt) vorbehaltlos oder mit Vorbehalten genehmigt worden ist.

(3) Deutschland unterrichtet die Kommission über jede Änderung in bezug auf das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, die sich direkt oder indirekt auf die Anwendung der vorliegenden Übergangsregelung auswirken kann.

Artikel 4

Diese Entscheidung ist an die Bundesrepublik Deutschland gerichtet.

Brüssel, den 8. Juli 1999.

Für die Kommission

Christos PAPOUTSIS

Mitglied der Kommission