



Verträge auf dem liberalisierten Energiemarkt in Italien

*Dissertation zur Erlangung des Grads eines Doktors der Wirtschaftswissenschaften
(Dr. rer. pol.) an der Fakultät für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften der Otto-
Friedrich-Universität, Bamberg*

Vorgelegt von Diplom-Juristin Valeria Cipollone
Im Rahmen des DFG-Graduiertenkollegs „Märkte und Sozialräume in Europa“
Bamberg, im Februar 2013

Gutachter: Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Europäisches Hochschulinstitut Florenz
Gutachter: Prof. Dr. Peter Trenk-Hinterberger, Otto-Friedrich-Universität Bamberg
Datum der mündlichen Prüfung: 07.07.2014

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einleitung.....	4
1.1 Einführung	4
1.2 Zielsetzung und Vorgehensweise	8
1.3 Problemstellung.....	10
2. Teil: Vertragslehre und Marktregulierung.....	14
2.1 Merkmale des Energievertragsrechts: Das heterodeterministisches Vertragsmodell	14
2.2 Das Überdenken der Vertragstheorie am Beispiel des Energievertragsrechts	19
2.3 Vom Vertrag zum Begriff der wirtschaftlichen Operation: Die rechtliche Kategorie der „contratti di utenza pubblica“	22
2.4 Privatautonomie und sektorspezifische Behörden	26
2.4.1 Die Theorie der Bräuche	30
2.4.2 Von der Theorie der Bräuche zu einem neuen Normenvertrag.....	33
2.4.3 Vertragsstandardisierung auf dem Energiemarkt	39
2.5 Selbstregulierung auf dem liberalisierten Energiemarkt	41
2.6 Soziale Gerechtigkeit als Grenze der Geschäftsfreiheit	43
3. Teil: Das Universaldienstmodell im Energierecht	55
3.1 Leistungen der Daseinsvorsorge im Zuge des europäischen Wettbewerbsrechts... ..	55
3.2 Die historische Entwicklung öffentlicher Dienstleistungen	59
3.3 Der Begriff der „Regulierung“ im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht.....	65
3.4 Die rechtliche Stellung des Abnehmers nach der Energiewirtschaftsreform	72
3.5 Subjektiver Anspruch auf eine wettbewerbliche Marktordnung: das Wettbewerbsrecht auf den regulierten Märkten	90
3.5.1 Regulierung und Wettbewerb: das Urteil Unapace/Enel.....	95
3.6 Kundenschutz auf den regulierten Märkten: zwischen kollektivem und individuellem Schutz	99
3.7 Die Systematisierung des Energievertragsrechts im Rahmen der Europäisierung des Privatrechts	107
4. Teil: Bestandsaufnahme des Energierechts in Italien	115

4.1 Die dreifache Regulierung der Energiewirtschaft.....	115
4.2.1 Die Öffnung des Energiemarkts in Italien.....	119
4.2.2 Die Gestaltung des Strommarkts: Marktdesign, Akteure und ihre Handlungsformen.....	123
4.2.3 Die Kompetenzverteilung zwischen Staat und Regionen im Bereich Energie....	127
4.2.4 Die Energiepolitik von Regionen und lokalen Verwaltungen	128
4.3 Die Vollendung des Liberalisierungsprozesses.....	132
4.4 Vom Leistungsstaat zum Regulierungsstaat: Entstehung und Funktionen der AEEG	136
4.4.1 Die Preisbildung auf dem regulierten Energiemarkt.....	140
4.4.2 Kundenschutz auf dem Energiemarkt: Kontroll- und Beschwerdeverfahren nach dem Gesetz Nr. 481/95	147
4.5 Rechtsquellen des Energievertragsrechts	153
4.5.1 Die Rechtsetzungskompetenz der Regulierungsbehörde: AEEG-Beschlüsse zum Energievertragsrecht.....	157
4.5.2 Die Erfahrung mit der „Carta dei servizi pubblici“ auf dem Energiemarkt.....	160
4.5.3 Der “Codice di condotta commerciale”	166
4.5.4 Der „Regolamento di servizio“	168
4.5.5 Weitere Rechtsquelle des Energievertragsrechts: der neue „Codice del consumo“	169
4.6 Vertragsgestaltung auf dem Energiemarkt	175
4.6.1 Kontrahierungszwang und Gleichbehandlungsgebot in der Elektrizitätswirtschaft	175
4.6.2 Vertragsinhalt und -Standardisierung	186
4.6.3 Der bilaterale Handel	187
4.6.4 Wettbewerbsstörende Vertragspraktiken auf dem Energiemarkt.....	191
4.6.4 Energieverteilung	194
4.6.5 Energieverteilung: Qualitätsregulierung	203
4.6.6 Energiebelieferung an gebundene Kunden.....	206
4.6.7 Netznutzung und –zugang.....	208
5. Teil: Schlussfolgerungen in Thesen	214
LITERATUR	219

1. Teil: Einleitung

1.1 Einführung

Nur wenige andere Gebiete in der Rechtsordnung weisen einen so hohen Grad an Komplexität auf wie das Recht der Energiewirtschaft. Das hängt damit zusammen, dass Energiewirtschaft zahlreiche technische, ökonomische und politische Sachverhalte umfasst. Hinzu kommt der Mehr-Ebenen-Charakter des Energierechts, dessen transnationale Dimension als unbestritten gilt. Insbesondere in der letzten Dekade hat die Europäisierung der Rahmenbedingungen des Energierechts als Bestandteil des Projektes der Binnenmarktintegration eine rasche Entwicklung erlebt.¹ Das Verständnis des energierechtlichen Ordnungsrahmens setzt nicht nur die Kenntnis der technisch-wirtschaftlichen Sachverhalte voraus, die die Betätigung an der Energieversorgung beteiligter Unternehmen und Marktmechanismen prägen, sondern auch der volkswirtschaftlichen Belange der Energiewirtschaft. Da eine sichere, ausreichende und preisgünstige Energieversorgung unerlässlich für Wachstum, Beschäftigung und Wohlstand ist, spielt sie eine strategische Rolle in jeder Industriegesellschaft und stellt somit ein hochpolitisches Feld dar. Die erste

¹ Bevor man sich in die Analyse des Energiewirtschaftsrechts einlässt, bedarf es eines kurzen Abrisses der ausschlaggebenden Momente der schrittweisen Binnenmarktintegration. Der Integrationsgedanke in der Energiewirtschaft hat sich im Vergleich zu anderen Bereichen wohl spät entwickelt. Die Anbahnung der Reformgedanken erfolgte erst Mitte der achtziger Jahre, seitdem sind energierechtliche Fragestellungen in der Tagesordnung der Europäischen Gemeinschaft ständig präsent und die Pläne zur Neustrukturierung der Energiewirtschaft entwickeln sich weiter. Der Grund der langen Untätigkeit der Gemeinschaft in diesem wohl strategischen wirtschaftlichen Bereich ist grundsätzlich in dem Kompromisscharakter des EG-Vertrags bezüglich öffentlicher Unternehmen zu sehen (Art. 295 EG), wobei er auch für öffentliche Unternehmen die gleichen Wettbewerbsbedingungen wie für Private vorsah (Art. 86 EG). Dieser konzeptuelle Ansatz hatte eine fast vollständige Inaktivität der Europäischen Institutionen zur Folge bis zu der Wirtschaftskrise der siebziger Jahre, die Anreiz zum Umdenken der staatlichen Betätigung in der Wirtschaft gab und wirtschaftliche Sonderbereiche zunehmend unter Druck setzte. Dem zufolge änderte sich in den achtziger Jahren die europäische Integrationsweise, die zur Anbahnung des Binnenmarktprojekts, welches bereits im Weißbuch KOM (85) 310, vom 14 Juni 1985 formuliert ist, im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akten im Jahr 1986. In diesem Kontext leitete die Kommission ein umfangreiches Liberalisierungs- und Deregulierungsprogramm ein, das diesmal auch den Dienstleistungssektor umfasste. Einen großen Beitrag dazu leistete dann die Einführung der Konvergenzkriterien durch den Maastrichter-Vertrag im Jahr 1992. Damit wurde der Akzent stärker auf eine Politik der Austerität für öffentliche Haushalte gesetzt. Es folgte Mitte der neunziger Jahre eine politische Debatte in Brüssel, die mehr Wettbewerb in den Energiemärkten forderte und zum Erlass der Liberalisierungsrichtlinie von 1996 führte. Es folgte mit der Lissabon-Strategie im Jahr 2000 ein weiteres Integrationsprojekt, das sich als Ziel gegeben hat, aus der europäischen Wirtschaft eine wissensbasierte Informationsgesellschaft auszubauen und dabei wettbewerbsorientierte Ökonomien aktiv vorantreiben soll.

Herausforderung für die Politik besteht nun darin, mögliche Zielkonflikte zwischen ökonomischen, ökologischen und sozialrechtlichen Anforderungen zu vermeiden und sie gleichrangig zu berücksichtigen. Die daraus entstehende Komplexität spiegelt sich in den einschlägigen Ordnungsrahmen wider. Das Energierecht ist eben keine in sich geschlossene Rechtsmaterie, sondern umfasst eine Vielzahl einzelner Gesetze und eine Vernetztheit von Regelungen mit unterschiedlicher Einordnung in das Rechtssystem. Diese Gegebenheit ist auch der Grund dafür, dass das Energierecht für lange Zeit ein Schattendasein in der rechtswissenschaftlichen Bearbeitung geführt hat und erst in neuerer Zeit, infolge der Vergemeinschaftung energierechtlicher Fragen wieder in die Diskussion geraten ist.

Zunächst benötigt man, da bei der Analyse des rechtlichen Rahmens der Energiewirtschaft eine Vielzahl von Einzelfragen tangiert wird, einen möglichst eindeutig eingegrenzten Untersuchungsbereich. In der vorliegenden Arbeit ist mit „Energierecht“ nur das Recht der leitungsgebundenen Energieversorgung gemeint. Das Forschungsinteresse richtet sich auf die Spezifika der Leitungsgebundenheit, die die unterschiedlichen Phasen der Wertschöpfungsstruktur prägen und auf die jeweiligen vertraglichen Verhältnisse wirken. Die Erwägungen, die historisch der Entziehung der Netzsektoren aus dem Wettbewerb zugrunde lagen und die hierbei massive staatliche Eingriffe gerechtfertigt haben, wurden mit Beginn der siebziger Jahre immer stärker in Frage gestellt und dann unter dem Privatisierungsdruck der neunziger Jahre beseitigt. Die Notwendigkeit der Entlastung öffentlicher Haushalte gab Anlass zu einem fundamentalen Politikwechsel, der zu gesetzgeberischen Grundentscheidungen geführt hat. In der Energiewirtschaft wirkte sich diese Umwandlung nicht nur auf Marktstrukturen, sondern auch auf die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Wirtschaft hinsichtlich der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge aus. Diese beiden Aspekte werfen untersuchungsbedürftige Fragen auf, denen im Laufe der Arbeit nachgegangen wird, wobei sich der Blickwinkel auf spezielle Fragen der Marktregulierung fokussiert.

Erst seit relativ kurzer Zeit ist die Marktregulierung zum Interessenfeld der zivilrechtlichen Doktrin geworden. Was vorher ein Grenzbereich zwischen dem öffentlichem Recht und dem Privatrecht darstellte, wirft untersuchungsbedürftige Fragen auf und stellt neue Anforderungen an Rechtswissenschaftler. Das neu erwachte Interesse an dem Markt ist mit einem Paradigmenwechsels verbunden, in

dessen Zentrum der Vertrag als rechtliche Kategorie steht. Dieser Paradigmenwechsel dominiert die Überlegungen der zivilrechtlichen Doktrin über Markt und Wirtschaft und ist nicht ein rein theoretisch, sondern eng mit dem Prozess der europäischen Integration und mit den Wandlungsprozessen, die sich im Bereich öffentlicher Dienstleistungen in den letzten Jahren gegeben haben, verbunden. Der neue Ansatz ist vielmehr ein funktionalistischer, nach dem über die synallagmatische Austauschbeziehung hinaus, auch die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen des Vertrages in Betracht gezogen werden. Hiermit wird der Vertrag als komplexes Phänomen verstanden, dessen Effekte sich nicht nur auf die Parteien erstrecken, sondern sich auf eine Vielzahl überindividueller Interesse auswirken. Es folgt daraus, dass über den Inhalt des Privatabkommens hinaus, auch den potentiellen sozialwirtschaftlichen Auswirkungen und der gesellschaftlichen Nützlichkeit besondere Bedeutung zukommt. Diese konzeptionelle Wandlung ist als Folgewirkung des europäischen Integrationsprozesses zu verstehen. Dies wird deutlich sichtbar an der Europäischen Rechtssetzung im Bereich des Vertragsrechts und insbesondere des Verbrauchervertragsrechts, dessen Rolle sich vom Schutz des schwächeren Vertragspartners zu echter Marktregulierung gewandelt hat. Mit der Teilnahme an der Europäischen Gemeinschaft sind zahlreiche sektorspezifische Regelungen in die nationalen Rechtsordnungen übernommen worden mit der Folge, dass Vertragsrecht immer mehr gemeinschaftlich statt national bestimmt ist und überwiegend aus zwingendem statt dispositivem Recht besteht, mit erheblichen Folgen im Hinblick auf die Privatautonomie. Diese vertragstheoretischen Anmerkungen bilden den Ausgangspunkt für die sukzessiven Überlegungen über das Thema der Marktregulierung, das von höchster Aktualität ist, denn in dem Verhältnis zwischen Vertrag und Markt(-Regulierung) findet sich der Leseschlüssel, um das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Markt zu verstehen, das sich infolge der Liberalisierungs- und Privatisierungsprozesse ergeben hat. Die veränderte Rolle des Staates in der Wirtschaft lässt sich mit dem Ausdruck „Gewährleistungsstaat“²

² Der Begriff „Gewährleistungsstaat“ lässt sich auf die Schrift von Martin Eifert über die „Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat“ aus dem Jahr 1998 zurückführen und wurde später als aussagekräftige Beschreibung der gewandelten Rollenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft in zahlreichen Publikationen rezipiert. Vgl. etwa *M. Röber: Aufgabenkritik im Gewährleistungsstaat*, in: *Blanke B. u.a. (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Aufl., 2005, Wiesbaden, S. 88: „Inzwischen zeichnet sich ein Umdenken ab. Auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzip wird über eine neue Arbeitsteilung zwischen Staat, Wirtschaft und Zivilgesellschaft nachgedacht, in der da Politik und Verwaltung zum Teil gänzlich

beschreiben, womit eine klare politische Botschaft von gemeinschaftlicher Prägung mitgeteilt wird und zwar, dass der Staat sich grundsätzlich nur um die Sicherstellung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen kümmern und erst dann solche Leistungen auch selbst auf dem Markt aktiv produzieren soll, wenn er dabei wettbewerbsfähig ist. Hiermit trägt das Leitbild des Gewährleistungsstaates dem ordnungspolitischen Rahmen der Europäischen Gemeinschaft Rechnung, der durch das Wettbewerbsprinzip ausgeprägt ist und eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb vorsieht. Gleichwohl stellt dieses Leitbild ein rechtlich verbindliches Gestaltungsprinzip für Mitgliedstaaten dar. Daraus entstehen neue präzise Anforderungen sowohl für den Staat als auch für Unternehmen.

Dieser Paradigmenwechsel bildet den Hintergrund bei der Umstrukturierung der Energiewirtschaft, bei der insbesondere drei Aspekte auftauchen: das Auftreten von sozial-solidarischen Instanzen, der Wegfall der Grenzen zwischen Öffentlichem und Privatem und die Veränderung der Rolle des Staates in der Wirtschaft. Die Neuordnung des Energiemarkts ist durch einen hohen Regulierungsbedarf gekennzeichnet, der einerseits aus der Eigenschaft der Netzgebundenheit der Wertschöpfungsstruktur folgt, andererseits aus der komplexen Natur des Gutes „Energie“, das gleichzeitig eine Leistung und ein unverzichtbares Gut darstellt. Mit Bezug auf die Marktstruktur soll sich die Regulierung darum kümmern, die Bedingungen für eine effektive Marktöffnung zu schaffen. Die Notwendigkeit einer solchen Strukturregulierung folgt aus der Existenz natürlicher Monopole in der Stromversorgung und soll darauf gerichtet sein, Ausbeutung und Diskriminierung bei dem Netzzugang zu vermeiden, die ansonsten zu Wettbewerbsstörungen auf den anderen funktionalen Ebene führen würden. Für einen potentiellen Betreiber von Elektrizitätskraftwerken stellt die Verweigerung bzw. Diskriminierung beim Netzzugang bzw. Netzanschluss die bedeutendste Marktzutrittschranke dar. Von daher muss die Regulierung dafür sorgen, dass es kein Hindernis zur Netznutzung besteht, etwa in Form einer überhöhten Monopolrente, damit „echte Newcomer“ eine Marktzutrittschance erlangen und Konkurrenten die Möglichkeit erhalten, eigene Kraftwerkskapazitäten aufzubauen. Sobald das Versorgungsunternehmen vertikal

andere Aufgaben als im traditionellen Staatshandeln zu übernehmen haben. Als konzeptioneller Bezugsrahmen für diese Überlegungen hat sich das Modell des Gewährleistungsstaats herauskristallisiert. Das heißt, dass der Staat stellt die Erfüllung eines bestimmten Angebots an öffentlichen Aufgaben sicher (über das politisch zu entscheiden ist), ohne dass diese Aufgaben notwendigerweise von staatlichen Institutionen erbracht werden müssen.“

integriert ist, besteht die Möglichkeit, dass die Monopolstellung im Netzbereich zu Vorteilen und ggf. Marktmissbrauch auf den anderen funktionalen Ebenen führt. Um diese Gefahr zu vermeiden, sind entsprechende Entflechtungsmaßnahmen vorgesehen, die es ermöglichen, durch erzwungenen Eingriff in die Struktur vertikal integrierter Versorgungsunternehmen Verbundvorteile auszulösen. Hinzu kommen weitere Regelungsbereiche betreffend Höhe und Struktur der Preise, Investitionen und Kosten, Umfang und Qualität der Leistung und Bedingungen der Netznutzung durch Dritte.

1.2 Zielsetzung und Vorgehensweise

Die vorliegende Arbeit setzt sich zum Ziel, eine möglichst umfassende Darstellung der Entwicklung der Marktverhältnisse, die in Folge des Liberalisierungsprogramms auf dem Energiemarkt entstanden sind, zu geben. Mit der Ablösung des vertikal integrierten Unternehmens, das die italienische Energiewirtschaft historisch geprägt hat, durch entflochtene Formen von Versorgungsunternehmen ist eine Vielzahl von Subjekten am Markt aufgetreten, welche auf den verschiedenen Stufen entlang der gesamten Stromversorgungskette tätig sind und deren gut koordiniertes Zusammenspiel für das reibungslose Funktionieren des Strommarktes entscheidend ist. Seit der Anbahnung des Liberalisierungsprozesses sind die Spielregeln für die Marktakteure und Verbraucher einem zunächst langsam anlaufenden und in letzter Zeit immer mehr beschleunigenden Wandel unterworfen. Diese grundlegende Umwandlung wirkt sich auf bestehende Gesellschaftsmodelle der Versorgungswirtschaft aus und verursacht Friktionen mit der herkömmlichen Zivilrechtsdogmatik. Die Wahl des Forschungsbereiches lässt sich somit durch die Veränderung von Marktstrukturen und Nachfrageverhalten, dem drastischen Wandel der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Markt hinsichtlich der Versorgungswirtschaft sowie den daraus entstehenden in rechtlicher Hinsicht untersuchungsbedürftigen Fragen begründen. Das Erkenntnisinteresse richtet sich auf die Rolle und Funktion des Vertragsrechts als Instrument der Regulierung des neuen Ordnungsrahmens. In dieser Perspektive wird das klassische Vertragsrecht mit

wettbewerbspolitischen Zielsetzungen überformt: Inhalt und Ausmaß dieses Transformationsprozesses sind Gegenstand der Dissertation.

Die Vorgehensweise in dieser Arbeit ist wie folgt: Nach einer kurzen Einführung in die markanten Besonderheiten des Energierechts im Kapitel 1. befasst sich Kapitel 2. mit der Erörterung vertragstheoretischer Fragen. Es geht hier darum, die Eigenschaften des Vertragsrechts auf dem liberalisierten Strommarkt zu skizzieren und die Friktionen mit der herkömmlichen Zivilrechtsdogmatik zu analysieren. Hierbei sind die Spezifika der Verträge auf regulierten Märkten auffällig, insbesondere in Hinblick auf den Rechtsquellenpluralismus und der Verdrängung der Privatautonomie bei der Vertragsgestaltung, da Vertragswerke in gewissem Maße durch die Regulierungsbehörde erstellt werden. Dies führt in mehreren Hinsichten zu einem Bruch mit den Prinzipien des allgemeinen Vertragsrechts. Im Zentrum der Analyse steht also das heterodeterminierte Vertragsmodell als indirekte Form von Wirtschaftsregulierung und der Schutzgedanke, der dahinter steckt, aber auch die neuen Formen der Normentstehung und -implementation durch die Regulierungsbehörde. Die Analyse wird auch im Lichte der Entwicklungen des Vertragsrechts auf gemeinschaftlicher Ebene geführt. Es werden dann unterschiedliche theoretische Ansätze zur Rechtfertigung der neuen Vertragswerke geprüft. Daran anschließend werden die Verflechtungen zwischen Vertragsrecht und Marktregulierung untersucht.

Im Kapitel 3. werden dann die Aspekte des Universaldienstmodelles im Energierecht umrissen. Es wird zunächst ein historischer Abriss der konzeptuellen Entwicklung öffentlicher Dienstleistungen gegeben und danach näher auf den Begriff moderner Regulierung eingegangen, mit Hinblick auf die Governance-Strukturen, die die neue Verantwortungsteilung umsetzen, und die Instrumente der Marktregulierung. Zentral dabei ist die Frage über die rechtliche Stellung von Stromnutzern und -verbraucher sowie die Art und Weise wie sie ihre Ansprüche auf den Markt nach der Kommerzialisierung und Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen durchsetzen können. Konsumenten müssen in den Blickpunkt der Regulierung rücken und zwar nicht nur als Stromkunden sondern gerade als Träger von Bürgerrechten, als konsumierende Bürger. Hierbei ist der Frage nachzugehen, welche Schritte diesbezüglich bereits gemacht wurden.

Das folgende Kapitel 4. ist der detaillierten Analyse des energierechtlichen Rahmens gewidmet. Es werden hier zunächst die Phasen der Öffnung des Energiemarkts dargestellt und daran anschließend im Rahmen einer umfassenden Marktanalyse getrennt voneinander die Rolle der Akteure und ihre Handlungsformen beschrieben. Dabei wird der Regulierungsbehörde besondere Beachtung geschenkt. Es folgt eine Bestandsaufnahme des italienischen Energierechts, wobei die unterschiedlichen Rechtsquellen des Energierechts ausführlich analysiert werden und eine Darstellung der klassischen Vertragstypen im Energiemarkt gegeben wird.

Schließlich wird die Arbeit im Kapitel 5. durch eine Bestandsaufnahme zu den erreichten Liberalisierungszielen abgerundet und mit einem Ausblick auf mögliche zukünftige Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Strommarkts abgeschlossen. Es wird hier der Frage nachgegangen, ob die positiven Erwartungen, die an die Liberalisierung geknüpft sind, teilweise oder ganz verfehlt worden sind, ferner ob sich letztendlich tatsächlicher Wettbewerb auf dem Markt durchgesetzt hat und welche Vorteile Konsumenten dadurch erlangt haben. Wie hat sich die Verbraucherkonzeption geändert? Von dem schutzbedürftigen Verbraucher zu dem konsumierenden Bürger, bis hin zu der Figur des *Prosumer*, der teilweise in der Produktion integriert ist. Parallel zu der Universalisierung der Kundenrolle werden auch die negativen Liberalisierungsfolgen kritisch betrachtet, wie die Transformation des Öffentlichen im Sinne einer Entdemokratisierung der Energieversorgung. Hierbei kommt wiederum die Regulierungsbehörde in den Blickpunkt, es werden der Reformbedarf diskutiert und einige Vorschläge hierzu analysiert.

1.3 Problemstellung

Die Arbeit befasst sich grundsätzlich mit den Auseinandersetzungen, die sich in Folge der Wettbewerbseinführung auf dem Energiemarkt gegeben haben. Als erste Konsequenz ist die bereits oben aufgezeigte neue Verantwortungsteilung zwischen Staat und Wirtschaft zu nennen. Das neue Rollenverständnis des Staats in der Versorgungswirtschaft wird zutreffend mit dem Begriff „Gewährleistungsstaat“ beschrieben, in dem Sinne, dass der Staat auf die direkte Erbringung dieser

Leistungen verzichtet und sie lieber durch privatwirtschaftliche Akteure erfüllen lässt. Was genau unter dem normativen Konzept des Gewährleistungsstaates zu verstehen ist und wie es auf Marktstrukturen und Regulierung der Energiewirtschaft wirkt, soll im Laufe der Arbeit geklärt werden. Die untersuchungsbedürftigen Fragen betreffen dabei sowohl die verändernden Anforderungen an den Staat als Gewährleister und Auftraggeber als auch die gegenseitigen Anforderungen an Unternehmen, die nach der neuen Verantwortungsteilung präzise Gemeinwohlverpflichtungen zu erfüllen haben. Von zentraler Bedeutung ist das Verhältnis von Unternehmen zu ihren Kunden und dabei insbesondere die Art und Weise wie die Letzteren ihre Ansprüchen durchsetzen können, und welche Rolle diesbezüglich der sektorspezifischen Regulierungsbehörde zusteht. Die erste Anforderung an die Regulierung besteht in der Sicherstellung, dass, trotz der Kommerzialisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, Prinzipien der sozial-ökonomischen Regulierung dem Profitstreben nicht geopfert werden und dass der Zugang zu den Leistungen für untere Einkommensgruppen und marginalisierte Bevölkerungsgruppen gewährleistet ist. Diese Auseinandersetzungen wirken in den Marktverhältnissen so, dass das einschlägige Vertragsrecht mit einer starken sozialen Komponente umgeformt ist. Hinzu kommt die komplexe Natur des Gutes „Energie“, die gleichzeitig eine Leistung und ein unverzichtbares Gut darstellt.³ Dementsprechend funktionieren Marktmechanismen und Verbraucherverhalten anders als auf anderen Märkten, denn dem Verbraucher fehlt die Möglichkeit eines generellen Marktaustritts. Aus diesem Grund müssen Konsumenten in den Blickpunkt der Regulierung rücken und Verbraucherrechte verstärkt werden. Dies geschieht vor allem durch die Erhöhung von Information und Transparenz auf dem Markt, was zur Steigerung der Wechselbereitschaft der Stromabnehmer beiträgt. Es ist erforderlich, dass Konsumenten öfter als vorher von ihrem Recht auf Anbieterwechsel Gebrauch machen, und dadurch ihr Gewicht als Vertragspartner verstärken. Dieser Aspekt ist unerlässlich für eine funktionierende Liberalisierung, denn nur wenn Stromabnehmer wirklich konsequent den günstigsten bzw. besten Anbieter für ihre Versorgung wählen, kann auch auf die „Großen“ Stromanbieter Preisdruck ausgeübt werden. Bestandteil der Neuordnung des

³ Über die Elektrizität als Rechtsgut siehe: Corte di giustizia CE, sentenza 15.07.64, causa 6/64, Costa/Enel, Racc. 1141; Sentenza 27.04.94, causa C-393/92, Comune di Almelo, Racc. I-1477.

Energiewirtschaftsrechts ist dann auch die Strukturregulierung. Sie dient dem ordnungsgemäßen Funktionieren der Stromversorgung nach der Ablösung der vertikal integrierten Marktstruktur. Der Bedarf an einer Strukturregulierung erfolgt aus den Spezifika der Leitungsgebundenheit, die jede Phase entlang der Wertschöpfungsstruktur prägen und sich auf die jeweiligen vertraglichen Verhältnisse auswirken. In diesem Szenario richtet sich das Forschungsinteresse auf die Rolle und Funktion des Vertragsrechts als Instrument der Regulierung des neuen Ordnungsrahmens.

Mit diesen Entwicklungen gehen vertragstheoretische Probleme einher. Die erste Frage betrifft die Verdrängung der Privatautonomie angesichts der Tatsache, dass die Vertragsgestaltung nicht zur Disposition der Parteien steht, sondern grundsätzlich durch die sektorspezifische Regulierungsbehörde erfolgt. Jede Phase des Vertragsverhältnisses von der Anbahnung über die Vertragsgestaltung bis hin zur Durchführung des Vertrags unterliegt entsprechenden, von der AEEG (*Autorità per l'energia elettrica e il gas*) festgelegten, Vertragsvorschriften. Dieser strikten Regulierung liegt ein Schutzgedanke zugrunde. Da der Energiemarkt durch ungleiche Verhandlungsmacht und Informationsasymmetrien gekennzeichnet ist, bedarf es eines hohen Grades an Verbraucherschutz, der durch eine strikte Verhaltensregulierung erreicht wird. Dafür sorgt die sektorspezifische Regulierungsbehörde durch den Erlass vertragsrechtlicher Bestimmungen, die ein breites Spektrum des Verhältnisses von Unternehmen zu ihren Kunden diszipliniert. Unter dieser Regulierungsform fällt sowohl der Erlass von „Verhaltenskodizes“, die von Unternehmen bei Geschäftsverhältnissen mit zugelassenen Kunden berücksichtigt werden müssen, als auch die Einführung von Vertragsklauseln in Stromlieferverträgen, etwa bezüglich Stromablesen und Stromabrechnung, Zahlungsmodalitäten, Kundenverzug, Stromunterbrechungen und Beschwerden sowie die Festlegung von Qualitäts- und Effizienzstandards für die Leistungserbringung. Das Eingreifen der Behörde in die Geschäftsbeziehungen von Marktteilnehmern durch die Instrumentalisierung des Vertrags dient der Bekämpfung des Marktversagens, das sich in Folge der Kommerzialisierung und Privatisierung von öffentlichen Dienstleistungen geben könnte. Durch diese „Verhaltensregulierung“ gelingt es der Behörde, Kundenansprüche, die schon im Konzept des Universaldienstmodells enthalten waren, unter den veränderten

Marktbedingungen sicherzustellen. Neben dieser Form von marktkorrigierender Regulierung, ist die marktschaffende Regulierung ein Bestandteil der Neuordnung des Strommarkts. Sie ist darauf gerichtet, die Bedingungen für das effektive Eintreten von Marktneulingen und für das nichtdiskriminierende Marktfunktionieren zu schaffen. Um allen diesen Anforderungen Rechnung zu tragen, bedarf es einer Regulierung, die stark in die Geschäftsbeziehungen zwischen Privaten eingreift und sich privatrechtliche Instrumente aneignet. Durch die Einwirkung auf Vertragsstrukturen wird somit gleichzeitig die Lenkung marktwirtschaftlicher Kräfte und sozialrelevante Ziele erreicht.

2. Teil: Vertragslehre und Marktregulierung

2.1 Merkmale des Energievertragsrechts: Das heterodeterministisches Vertragsmodell

Der erste sichtbare Effekt der Umwandlung des Energiemarkts nach marktwirtschaftlichen Prinzipien besteht in der Einbeziehung privater Akteure in die Erbringung unter staatlicher Verantwortung fallender Dienstleistungen. Bei diesem Umbau der Energieversorgung bedarf es einer klaren politische Gestaltung und vor allem der Entwicklung eines entsprechenden Ordnungsrahmens, der unterschiedlichen, zum Teil konfligierenden Anforderungen Rechnung tragen muss: dazu zählen *in primis* die Sicherstellung eines funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerbs, der Verbraucherschutz, aber auch die Preisgünstigkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung.

Bei der netzgebundenen Elektrizitätswirtschaft, die durch eine vertikale Struktur gekennzeichnet ist und daher eine technische Sperre aufweist, wird die Schaffung von Wettbewerb auf dem Markt nicht einfach durch die Auflösung ehemaliger Monopolbetriebe und durch das Verlassen auf die Marktkräfte erreicht, sondern es bedarf eines aktiven Regulierungsansatzes, der die technisch-ökonomischen Eigenschaften der einzelnen Stufen der Elektrizitätswertschöpfungskette berücksichtigen muss.

Während Erzeugung und Verkauf elektrischer Energie wettbewerbsfähig sind, stellen Stromübertragung und –verteilung aufgrund der physikalischen Gegebenheiten der Netzstruktur Engpassbereiche dar. Die Nutzung der monopolistischen Netzinfrastruktur stellt den wesentlichen Inputfaktor für die wettbewerblichen Teilbereiche dar: Damit Marktneulinge eine konkrete Marktzutrittschance bekommen, muss die Regulierungspolitik dafür sorgen, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur zu einem angemessenen Preis gewährleistet ist, denn vertikal integrierte Netzbetreiber können einen Anreiz haben, den Zugang zu ihrer Infrastruktur für Dritte zu erschweren oder eine monopolistische Nutzungsgebühr zu fordern. Ebenso wichtig ist der Regulierungsansatz auf der Vertriebsstufe, wo die unmittelbare Kundenbeziehung stattfindet: auf dieser Ebene,

wo quasi-monopolistische Engpasselemente immer noch bestehen, müssen die Pflichten der öffentlichen Dienstleistung berücksichtigt werden.

Diese Ziele werden durch eine Regulierungspolitik erreicht, die sich nicht nur durch staatliche direkte Marktinterventionen entfaltet, wie es nach den herkömmlichen und zentralstaatlichen Regulierungsstrukturen üblich ist, sondern über allgemein verbindliche Normen und Gesetze hinaus von privatrechtlichen Instituten und vor allem von dem Vertrag Gebrauch macht. Hinzu kommen dann Soft Law, Co-Regulierung und Selbstregulierung als weitere auftretende Erscheinungsformen der Regulierung auf dem Energiemarkt.

Voraussetzung dieses neuen Governance-Modells ist, dass der Staat nicht mehr der einzige Herrschaftsträger ist, sondern Herrschaft in Konkurrenz mit anderen Marktakteuren, Vertretungsorganisationen, Verbänden und vor allem der sektorspezifischen Regulierungsbehörde ausübt.

In dem neuen Szenario der Energiewirtschaft gewinnt die Vertragsregulierung, im Sinne der Einwirkung auf Vertragsstrukturen zum Ziel der Lenkung von marktwirtschaftlichen Kräften und zur Erreichung sozialrelevanter Ziele, immer mehr an Bedeutung. Dies zwingt zu einem Neudenken der privatrechtlichen Beziehungen und des klassischen Vertragsparadigma, das nun durch ein *heterodeterminiertes Vertragsmodell* ersetzt wird.

Der Motor dieses tiefgreifenden Umwandlungsprozesses ist die sektorspezifische Regulierungsbehörde, *Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*⁴, deren Beschlüsse (*delibere*) die detaillierte Regelung der Energierechtsverträge enthalten. Die Behörde erlässt Richtlinien betreffend die Leistungserbringung und bestimmt die allgemeinen und spezifischen Standards. Sie ist vielfach zum Erlass von Ausführungsvorschriften ermächtigt und genießt nach Art. 6 D.lgs. Nr. 79/99 die ausdrückliche Zuständigkeit zur Festsetzung von Klauseln und zur technischen Normierung der Elektrizitätswirtschaftsverträge, soweit es für das ordnungsgemäße Funktionieren des Markts erforderlich ist.

Die breiten Befugnisse der Regulierungsbehörde bezüglich der Vertragsgestaltung werden durch die Notwendigkeit erklärt, den Stromabnehmern, aufgrund ihrer ungleichgewichtigen Stellung gegenüber Energieunternehmen, einen hohen Schutzgrad zu gewährleisten. Demzufolge genießt der Verbraucher einerseits

⁴ „Autorità per l'energia elettrica e il gas“, die Behörde wurde durch Gesetz Nr. 481/95 gegründet.

zusätzlichen Schutz gegenüber seinem Vertragspartner, andererseits leidet er unter dem Nachteil eines Vertrages, der von einem Dritten bestimmt ist und nicht seine direkten Willen entspricht, da die Bestimmungen der Behörde eben auf gewisse Ziele gerichtet sind, die nicht unbedingt mit dem Interesse des Einzelnen übereinstimmen. Die AEEG versucht durch ihre Bestimmungen gegenseitige Anforderungen, wie Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit, Schutz von besonderen Kundengruppen sowie bestimmte Qualitäts- und Effizienzstandards, Kontinuität und Transparenz der Leistung in Einklang zu bringen, doch mag wohl das Interesse des einzelnen Kunden in der Abwägung dieser Anforderungen geopfert werden. In ähnlicher Weise erhebt die Regulierung auch aus dem Sichtpunkt der Unternehmen große Bedenken wegen ihrer Auswirkungen auf das Management.⁵

Durch Beschlüsse der Behörde werden zwingende Normen erlassen, die direkt in die Parteiautonomie bei der Vertragsgestaltung eingreifen und dadurch einen Umbruch in den Rechtsquellen des Energievertragsrechts herbeiführen.⁶ In dieser Normsetzungsfunktion der Regulierungsbehörde offenbart sich das erste relevante Merkmal des Vertragsrechts auf dem liberalisierten Energiemarkt, der als *Gesetzgebungsnotstands*⁷ erklärt wird: damit will man den Zentralitätsverlust des Gesetzes zugunsten untergeordneter Rechtsquellen andeuten. Infolgedessen wird das klassische Vertragsparadigma durch ein heterodeterminiertes Vertragsmodell ersetzt, in dem Bestimmungen von sektorspezifischen Behörden die Parteiautonomie ergänzen bzw. ersetzen. Das Zurücktreten des formellen Gesetzes zugunsten von Rechtsnormen von niedrigem Rang bedeutet jedoch nicht zugleich die Vereinfachung des betroffenen Wirtschaftszweiges: Ganz im Gegenteil benötigt die Schaffung des Wettbewerbs auf einem ehemals monopolistischen Sektor eine Verschärfung der Regulierungsdichte. Dort, wo besondere Engpässe und technische Sperren bestehen, wird eine effektive Konkurrenz nur durch aktiven Einsatz eines Regulierers geschaffen, zum Beispiel durch die Verbreitung von gesetzlich untergeordneten Normen, im Sinne einer „*Over Regulation*“.

⁵ Vgl. Eurelectric Report, *Regulatory Models in a Liberalized European Electricity Market*, January 2004, S. 2.

⁶ Zum Thema, siehe *Del Prato E.*, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Rivista di diritto privato*, Nr. 3, 2001, S. 515 ff.

⁷ *Del Prato*, zit.; sehr kritisch auch *De Nova G.*, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità Indipendenti*, in *Rivista di diritto privato* 2003, S. 5: «Se per legislatore dei contratti intendiamo il legislatore che ordina e regola in modo organico la prassi contrattuale, il legislatore italiano dei contratti è morto.»

Bei dieser Krise des staatlichen Gesetzgebungsmonopols ist auch ein zweiter Aspekt zu betonen, und zwar die wachsende Rolle der Selbstnormierung auf dem Markt: dies bedeutet, dass in manchen Wirtschaftszweigen Normentstehung und Normimplementierung sich vom Staat lösen und die normativen Grundlagen für die Regulierung der neuen Sachverhalte auch zunehmend in außergesetzlichen und außerrechtlichen Bestimmungen verankert werden, wobei sich die Frage stellt, welche Rechtsqualität diese Bestimmungen haben können. Darüber hinaus entwickelt sich begleitend und teilweise auch in Konkurrenz zum staatlichen Erlass von Gesetzen und untergesetzlichen Verordnungen eine umfassende Selbstnormierungstätigkeit von privaten und halbstaatlichen Akteuren: Vereine und Verbände beschließen Selbstverpflichtungen, setzen technische Standards oder regeln bestimmten Sachverhalte über den Erlass allgemeiner Geschäftsbedingungen. Parallel zu diesem Phänomen von Selbstregulierung entwickeln wirtschaftliche Akteure auch Durchsetzungsinstrumente, wie z. B. Prozeduren für die außergerichtliche Lösung der Rechtsstreitigkeiten: Schlichtungs- und Schiedsverfahren, alternative Streitbeilegungsverfahren für Verbraucher, die auch zur Schaffung einer privaten Justiz beitragen.

Diese Form von Selbstnormierung stellt in sich selbst keine Besonderheit für die Rechtsordnung dar, sondern ist von der positiven Rechtsordnung als Form der wirtschaftlichen Selbstbestimmung anerkannt und erlaubt: es geht um die Schaffung von außergesetzlichen Normen und subjektiven Rechten, die nicht vom staatlichen Gesetzgeber stammen, sondern spontan aus organisatorischen Formen der Gesellschaft entstehen. Dabei stellt sich aber auch die Frage, was für Grenzen dieser Privatautonomie zu setzen sind, um einen gewissen Grad an Rechtsschutz für diejenige, die diesen Normen unterworfen sind, gewährleisten zu können.

Die zwei oben genannten Aspekte sind als Produkt der Krise des regulativen Staats anzusehen: direkte Folge dieser Krise ist nicht nur die Entstehung eines neuen Rechtsquellenpluralismus, sondern auch der Wegfall der klaren Begrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht, zwischen Gesetz und Privatautonomie. Man sieht deutlich, wie dieser Unterschied in dem neuen Wirtschaftsrecht seine deskriptive Funktion verliert: in dem neuen Szenario, wo der Staat selbst von privatrechtlichen Instituten Nutzung macht, wird diese Aufteilung gleichgültig.

Wenn man über den neuen Rechtsquellenpluralismus spricht, wird auch auf das Gemeinschaftsrecht und auf seine prägende Wirkung auf nationale Rechtsordnungen hingewiesen. Der Einfluss des europäischen Rechts auf das nationale Marktwirtschaftsrecht äußert sich sowohl in Form der negativen Integration, beispielsweise durch das Gebot der Abschaffung von Begrenzungen der Niederlassungsfreiheit, als auch in einer positiven: insbesondere im Sinne einer neuen Verteilung der regulativen Funktionen zwischen Markt und Gemeinschaftsorganen, wie z. B. in dem Fall, dass die staatliche Deregulierung durch eine Re-Regulierung auf Gemeinschaftsebene ersetzt wird. Insbesondere bei der Implementierung des Wettbewerbsrechts hat das Gemeinschaftsrecht eine neue Verteilung der normsetzenden Aufgabe zwischen dem Markt und dem Staat eingeführt, indem es die regulative Funktion zwischen dem Markt und den Gemeinschaftsorganen verteilt, so dass die staatliche Regulierung von einer europäischen Neuregulierung ersetzt wird. Dabei stellt sich die Frage, ob der Markt selbst als normsetzende Institution zu begreifen ist, weil die Aufnahme einer normativer Funktion die Phänomene von Selbstnormierung generiert. Diese müssen dann nach den Prinzipien des Wettbewerbsrechts geprüft werden. Insoweit gewinnt das Wettbewerbsrecht eine sehr bedeutende Funktion als Instrument, um das Gleichgewicht zwischen den privaten Akteuren zu gewährleisten und das Risiko von Misshandlungen zu verhindern. Insoweit erhält das europäische Recht eine besondere Bedeutung bezüglich der Normierungstätigkeit von privaten Akteuren. Gegen diese Auffassung wird in der Lehre⁸ argumentiert, dass die Marktdisziplin nicht dem freien Spiel ihrer inneren Kräfte überlassen werden kann, weil die Selbstregulierung allein nicht im Stande sei, einen ausreichenden Schutz der betroffenen Interessen zu gewährleisten. Auch bei einer liberalistischen Marktwirtschaft, die eine freie Marktentwicklung ohne externe Belastungen postuliert, sind einige Grundregeln notwendig und muss Kontrolle behalten werden. Allerdings liegen zwischen staatlicher Regulierung einerseits und nicht regulierten Marktverhalten andererseits jene oben genannten vielfältigen und unterschiedlich definierten Formen der Selbst- und Ko-Regulierung. Hierbei stellt sich die Frage

⁸ Siehe *Alpa G.*, Autodisciplina e codice di condotta, in „Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell’utente“, a cura di P. Zatti, CEDAM, Padova, 1996, S. 12 ff.

nach der angemessenen Kombination von autonomer Selbstorganisation und staatlicher Regulierung im engen Sinn.⁹

2.2 Das Überdenken der Vertragstheorie am Beispiel des Energievertragsrechts

Die Eigenschaften des Energievertragsrechts geben Anlass darüber nachzudenken, welche Entwicklungen in der Vertragslehre sich infolge der Wandlung der Industrie- und Sozialstaaten moderner Prägung ergeben haben¹⁰ und welche untersuchungsbedürftige Fragen damit einhergehen, insbesondere bezüglich des Vertragsrechts auf regulierten Märkten.

Als erster Umbruchfaktor wurde bereits der Rechtsquellenpluralismus¹¹ genannt, der sich vor allem als Folge der Rechtssetzungsfunktion sektorspezifischer Regulierungsbehörden gegeben hat. Dieses Phänomen wirft die Frage nach der rechtlichen Qualität der Normierung, die aus solchen Behörden entsteht¹², auf: ein Übermaß an Vorschriften mit vorübergehendem Charakter, die oft zu belastenden Überschneidungen führen. Es folgt daraus ein sehr fragmentierter rechtlicher Bezugsrahmen, der einen Komplexitätsfaktor für das Energievertragsrecht darstellt.

⁹ Zum Thema des Verhältnisses zwischen Autonomie und Kontrollen auf dem Markt werden von Alpa verschiedene Modelle postuliert: Selbstregulierung und Selbstkontrolle, Selbstregulierung und externe Kontrolle, Heteronormierung und Selbstkontrolle, Heteronormierung und Heterokontrolle: *Alpa G. zit.*, S. 5.

¹⁰ Über die Änderung des Vertragsrechts und dessen Verflechtungen mit dem Markt, siehe *Mestmäcker E.-J.*, Über das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in *Arch. Für civ. Prax.*, 168, 1968, S. 235.

¹¹ Zum Thema der Rechtsquellenordnung im Energievertragsrecht, siehe *Schlesinger P.*: La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica, *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, S. 309 ff. Bei Energieversorgungsverträgen unterscheidet der Autor zwischen Rechtsquellen, die sich erst nach dem Vertragsabschluss zwischen Unternehmen und Kunden auf den Verträgen auswirken und Rechtsquellen, die schon vor dem Abschluss relevant sind, indem sie die Gestaltung von Vertragsmustern prägen (wie etwa im Fall von allgemeinen Geschäftsbedingungen): die erst genannten Quelle sind als Integrationsquelle, im Sinne des Art. 1374 c.c. zu verstehen; in dem zweiten Fall geht es um Quellen im *atechnischen* Sinn: sie haben keine direkte Wirkung auf das Vertragsverhältnis, sondern stellen einen Bezugspunkt für das Unternehmen bei der Vertragsgestaltung dar, die es berücksichtigen muss.

¹² Um diese neuen Tatbestände zu beschreiben, hat die Doktrin eine entsprechende Terminologie entwickelt: man spricht bei Verträgen, deren Inhalt durch die sektorspezifischen Behörden festgelegt wird, von «contratti conformati» aber auch von «contratti amministrati», siehe dazu, *Gitti G.*, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, *Riv. Giur. Dir. Priv.*, 2003, n. 2, S. 255 ff.

Nachzugehen ist dann auch der Frage, wie die subjektiv-rechtliche Stellung der Unterworfenen gegenüber den Entscheidungen der Behörde zu klassifizieren ist.¹³ Insbesondere ist zu fragen, ob und inwieweit ihre Stellung sich von den üblichen Standards des Verwaltungsrechts unterscheidet.

Ferner, ob sie irgendeine Besonderheit aufweisen, die sich aus der Rechtsnatur dieser öffentlichen Behörden, aus der Rechtsnatur ihrer Entscheidungen oder gleichzeitig aus den beiden Merkmalen begründen lassen. Danach ist auch zu klären, ob solche subjektiv-rechtlichen Stellungen als subjektive Rechte oder als berechnigte Interessen zu begreifen sind.

Die sektorspezifische Behörde ist eben nach einem neuen Muster organisiert, für das sich keine Parallele im Verwaltungsrecht finden lässt: es handelt sich nämlich um öffentliche Einrichtungen, die aber außerhalb der Delegationskette zwischen Bürger und Exekutive stehen, deren Tätigkeit gerade nicht in der Vertretung eines eigenen Interesses, sondern in der Aufrechterhaltung von privaten Interessen besteht. Insoweit ist die Stellung der Behörden gegenüber den betroffenen Interessen neutral, weil sie durch ihre Entscheidungen und Erlasse kein eigenes Interesse verfolgen.

Die bilaterale Verbindung Privatinteresse-Verwaltungsmacht wird damit zu einer trilateralen: Privatinteresse-Verwaltungsmacht-Privatinteresse.¹⁴

Durch ihre institutionelle Funktion sind die Behörden dazu ermächtigt, Vorschriften zu erlassen, die unmittelbar als Inhalt der Verträge gelten. Diese Befugnis wird in der Doktrin durch verschiedene Theorien begründet: manche Autoren erklären die Wirkung der von den Behörden erlassenen Vorschriften durch die Theorie der Bräuche.¹⁵ Diese Theorie basiert auf der Feststellung, dass die Regulierungsbehörden auf einen schon lange existierenden Markt auftreten, in dem konsolidierte geschäftliche Bräuche zu finden sind. Die Behörden verleihen durch ihr institutionelles Einsetzen diesen Bräuchen eine formelle Anerkennung, leisten eine offizielle Auslegung und manchmal erneuern sie, durch die Festsetzung von Klauseln, Vertragsmuster, die wiederum durch die regelmäßige Anwendung zum Gewohnheitsrecht werden und insoweit die Autonomie der Parteien bei der Vertragsgestaltung begrenzen. Ob diese Form von Operativität auch auf dem

¹³ Dazu siehe *Tassone A.R.*, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle Autorità indipendenti*, *Dir. Amm.*, 2002, S. 459 ff.

¹⁴ *Tassone A.R.*, zit.

¹⁵ *Addis F.*, *Le clause d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2003, S. 319 ff.

Energiemarkt anwendbar ist, scheint aber fragwürdig, denn infolge der Liberalisierung haben sich neue Arten von geschäftlichen Verhältnissen ergeben, die es vorher nicht gab, weil die Elektrizitätsindustrie für lange Zeit von einem einzigen staatseigenen Monopolunternehmen kontrolliert wurde, welches alle Marktstufen von der Stromerzeugung bis zur Belieferung von Endkunden beherrschte.

Diese Form von Normentstehung und Normimplementation ist auch als Zeichen der „Krise der Gesetzgeber“ zu verstehen: damit wird das Ende des staatlichen Monopols in der Gesetzgebung angedeutet.¹⁶

Dieses Phänomen ist ein Zeichen der Wandlung des Industrie- und Sozialstaats moderner Prägung, der eine Phase von „regulatorischer Überforderung“ erlebt, in der erwartet wird, dass die zuständigen Organe sich der Dynamik der Wirtschaftsverhältnisse anpassen und dementsprechend in der Lage sind, ihre Entscheidungen schnell und flexibel zu treffen.

Die Gründung von sektorspezifischen Behörden soll genau dieses Bedürfnis erfüllen: In manchen strategischen Sektoren, wie eben der Energiewirtschaft, werden politische Organe von einem Teil ihrer Zuständigkeiten entlastet, welche von sektorspezifischen Behörden übernommen werden. Sie verfügen über sachverständige Expertise und Ressourcen und dank ihrer strukturellen Eigenart und Leistungsfähigkeit sind sie im Stande, sachgerechte Entscheidungen zu treffen, und sie in dem Wirtschaftsablauf durchzusetzen. Insofern entspricht ihre Struktur gleichzeitig Sachverstand und politischer Macht.

Hier erfolgt die Entlastung des Parlaments durch die Verteilung der Regelungslast auf verschiedene institutionelle Organe, durch den Mechanismus der Rechtssetzungsdelegation. Demzufolge entwickeln sich komplexe Steuerungsaufgaben, die neue Regulierungsformen zur Lösung von Spannungen und Koordinationsproblemen benötigen: eine Erosion der zentralen Stellung des Parlaments findet hier statt, die zur Suche nach einem Kompromiss zwischen politischem Steuerungsanspruch und Effizienzbedürfnissen drängt.

¹⁶ Es ist nicht mehr vom „Rechtssetzungsmonopol“ des Parlaments die Rede, sondern von dessen „Regelungsprimat“: *Martini M.*, Normsetzungsdelegation zwischen parlamentarischer Steuerung und legislativer Effizienz – auf dem Weg zu einer dritter Form der Gesetzgebung?, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 133 (2008), S. 159.

2.3 Vom Vertrag zum Begriff der wirtschaftlichen Operation: Die rechtliche Kategorie der „contratti di utenza pubblica“

Mit der zunehmenden Auslagerung ehemaliger staatlicher Aufgaben auf dem Markt stellt sich die Frage der Ablösung interventionistischer staatlicher Marktregulierung durch einen Regulierungsrahmen, welcher der veränderten Aufgabenteilung entsprechen soll. Hierbei wird der Staat als einziger Herrschaftsträger "entmachtet", indem er sich darauf beschränkt, einen Komplex von Regeln zu schaffen, die lauterer Wettbewerb und Effizienz gewährleisten sollen,¹⁷ während der Markt seine Zentralität zurück gewinnt. Indirekte Formen der Wirtschaftsregulierung tauchen auf, unter denen Selbst- und Ko-Regulierung erheblich an Bedeutung zunehmen.

In dem neuen Szenario des liberalisierten Energiemarkts genießt die Privatautonomie breiten Spielraum und die Interaktionen zwischen Markt und Vertragsrecht werden von großem Belang. Zugleich wird die Doktrin aufgefordert, das Thema der Vertragsautonomie mit Blick auf die neue Disziplin des Markts neu zu denken.¹⁸

Ausgangspunkt der Überlegung bilden nun die Verflechtungen zwischen Vertrag, Vertragsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit. Vertragsfreiheit und Parteiautonomie werden vom Gesetzgeber insoweit geschützt, dass sie zum Abschluss eines gerechten Vertrages dienen, wobei als gerechter Vertrag nur der Vertrag anzusehen ist, der eine wettbewerblichen Wirtschaftslage widerspiegelt, in welchem Leistung und Gegenleistung einer wettbewerblichen Aushandlung entsprechen; es folgt daraus, dass der Kampf für die vertragliche Gerechtigkeit zugleich der Kampf für den freien Markt ist.¹⁹

Im Hinblick auf diese wettbewerbsfreundliche Dimension wird die Vertragsfreiheit als Grundlage des europäischen Privatrechts und als allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts für die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gewürdigt. Insofern stellt sie eine Säule des Ordoliberalismus dar und bildet, zusammen mit der Parteiautonomie, nicht nur eine unabdingbare Voraussetzung der

¹⁷ *Irti N.*, I cinquant'anni del codice civile, in *Riv. dir. civ.*, 1992, S. 228; auch in *Codice civile e società politica*, 1995, S. 53; *Persona e mercato*, Padova, 1996, S. 91 ff.

¹⁸ Zum Thema der Interaktionen zwischen Privatautonomie und Markt, siehe *Raiser L.*, *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Giuffrè, 1990.

¹⁹ *Breccia U.*, *Prospettive nel diritto dei contratti*, *Rivista critica di diritto privato* 2001, S. 73 ff.; siehe auch *Guizzi G.*, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, *Rivista di diritto commerciale*, 1999, n. 1, S. 67 ff.

individuellen Rechte, sondern ein reales Interesse der Allgemeinheit.²⁰ Mit dieser Prämisse darf wohl der Staat in die Vertragsfreiheit eingreifen, solange die Marktbedingungen unter Umständen die Durchführung wettbewerblicher Interaktionen verhindern. Eine solche Marktlage kommt auch auf dem Energiemarkt vor, wo aufgrund der Spezifika des Gutes „Energie“ und des asymmetrischen Verhältnis der Kunden zu den Stromunternehmen ein hoher Regulierungsbedarf besteht.

Die gegenwärtige Entwicklung des Vertragsrechts auf gemeinschaftlicher Ebene zeigt deutlich, wie die privatrechtliche Institution des Vertrages instrumentalisiert wird, um Marktbedürfnissen zu dienen und die Marktentwicklung voranzutreiben. Durch die Instrumentalisierung der vielfältigen Interaktionen zwischen Markt und Vertragsrecht gelingt es dem Gesetzgeber Marktmechanismen zu lenken, um sein effizientes Funktionieren zu gewährleisten.

Als ein Beispiel, um dieses Phänomen zu begreifen, wird von der Doktrin der Wandel der Kategorie des Vertrages zur Kategorie der wirtschaftlichen Operation angesehen.²¹ Man will damit eine neue Betrachtungsperspektive des Vertrages andeuten, nach der der vertragliche Tatbestand selbst an Bedeutung verliert, um innerhalb der gesamten wirtschaftlichen Operation, also mit Hinblick auf das wirtschaftliche Ergebnis, das die Parteien verfolgen, bewertet zu werden. Bei dieser Evaluierung kommen also mehrere Elemente ins Spiel, die über die vertragliche Vereinbarung hinausgehen: die allgemeine wirtschaftliche Lage, in der ein Vertrag stattfindet, das Handeln der Parteien, die externen Auswirkungen des Rechtsgeschäftes und insbesondere der subjektive Status der Parteien. Selbst die Verbindung zwischen mehreren Verträgen wird aus dieser neuen Perspektive von Belang. Die wirtschaftliche Operation wird also durch alle Elemente definiert, die bei einem Privatgeschäft mitspielen, um dadurch die Eigenkomplexität des Rechtsgeschäftes am besten aufzuzeigen.

Aus dieser konzeptuellen Umwandlung folgt, dass der von den Parteien ausgewählte vertragliche Typus nicht in sich selbst relevant ist, sondern in der Perspektive des von den Parteien gewollten Erfolgs. Diese konzeptuelle Darstellung des

²⁰ *Basedow J.*, Freedom to Contract in the European Union, *European Review of Private Law* 6-2008, S. 901, insbesondere S. 921 ff.

²¹ *Gabrielli E.*, Mercato, contratto e operazione economica, in: *Azzaro A.M.* (Hrsg.), *Contratto e mercato*, Torino, 2004.

vertraglichen Tatbestandes ermöglicht die Berücksichtigung von mehreren konkurrierenden Interessen und damit die Evaluierung der Auswirkungen des Rechtsgeschäftes auf dem gesamten Markt.

Durch diese konzeptuelle Darstellung wird die herkömmliche Anordnung von Rechtsgeschäften nach Vertragstypen ersetzt. Sie ist nicht nur als hermeneutisches Kriterium um die geschäftliche Praxis zu verstehen, sondern führt zu dem Ergebnis, dass wirtschaftliche Operationen selbst zum Objekt der staatlichen Regulierung und damit „*quasi typisiert*“ werden. Einen ganz wichtigen Aspekt bei dieser neuen Typisierung stellt die subjektive Natur der Parteien dar: Man denkt zum Beispiel an Verbraucherverträge, die durch eine auffällige Ungleichgewichtslage der Parteien gekennzeichnet sind. Durch den direkten Schutz einer speziellen Kategorie von Subjekten, und zwar der schwächeren, wird nun in indirekter Weise der Markt selbst geschützt. Der Grundgedanke dabei ist, dass Markteffizienz nicht erreichbar ist, wenn bei Austauschverträgen das Gleichgewicht zwischen den Parteien gefährdet ist. Wenn eine solche Ungleichgewichtslage vorkommt, dann muss die Marktrationalität durch einen heteronomen Eingriff neu hergestellt werden. Diese Funktion wird auf dem Energiemarkt durch die Tätigkeit der Regulierungsbehörde erfüllt.

Die Anwendung dieser neuen konzeptuellen Darstellung ist deswegen zu begrüßen, weil sie durch einen funktionalen Ansatz gekennzeichnet ist, der aktiv zu der Harmonisierung des Vertragsrechts beitragen kann, indem er ermöglicht, formale Unterschiede zwischen nationalen Rechtsordnungen zu überschreiten.²² Sie kann auch bei der Erörterung über die rechtliche Einordnung des Energieliefervertrags einen wichtigen Beitrag leisten, indem sie ermöglicht, alle Aspekte des Bezugsverhältnisses einzubeziehen, einschließlich der sozialpolitischen Belange der Stromversorgung, und dadurch die Eigenkomplexität des Tatbestandes zu offenbaren.

Um das innere Wesen der Verträge der öffentlichen Versorgung zu erklären, hat die Doktrin die Kategorie von „*contratti di utenza pubblica*“ oder „Nutzungsverträgen öffentlicher Dienstleistungen“ entwickelt, damit diese Verträge als

²² *Gabrielli E.*, zit.; siehe auch *Alpa G.*, Il contratto in generale, II, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino, 2000: «Nella prospettiva di un diritto europeo dei contratti l'operazione economica appare oggi essere l'unico concetto che possiede un effettivo valore ordinante e unificante. In questo processo di armonizzazione è la concezione del contratto come «veste giuridica» dell'operazione economica quella che accomuna i testi predisposti per il raggiungimento di una lingua comune, un'autentica *koine* terminologica, concettuale e normativa.»

Rechtsverhältnisse eigener Art eingeordnet werden können. Mit diesem Begriff wird eine Kategorie von Verträgen angedeutet, in denen rechtsgeschäftliche Aspekte der Vereinbarung mit starken öffentlich-rechtlichen Aspekten zusammengeführt werden. Sie betreffen die Versorgung der Bürgern mit essentiellen Gütern und Leistungen durch Unternehmen in öffentlicher Trägerschaft, gemischt-öffentlichen Unternehmen oder ihrer Konzessionäre, die auf einem wettbewerblichen oder monopolistischen Markt Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anbieten.²³ Die vielschichtige Natur dieser Rechtsgeschäfte erfolgt aus dem Zusammentreffen von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Elementen vom Moment des Vertragsabschlusses an bis hin zu der Vertragsdurchführung und -beendigung. Bei solchen Rechtsgeschäften offenbart sich die Zielorientierung vom „*servizio pubblico*“, der darauf gerichtet ist, bestimmte Leistungen zu gewissen Nutzerkategorien zu gewährleisten. Diese Verträge sind also durch eine starke finalistische Prägung gekennzeichnet.

In Anbetracht der überindividuellen Interessen, die bei Energielieferverträgen ins Spiel kommen, weisen die Vertragsverhältnisse auf dem Energiemarkt eigentümliche Besonderheiten schon in der vorvertraglichen Phase auf, wo besondere Offenbarungs- und Informationspflichten vorgesehen sind. Hinzu kommt bei dem Vertragsabschluss dann ein Kontrahierungszwang aufgrund der überindividuellen Interessen, die bei der Erbringung solcher Leistungen auftauchen. Die Bestimmung des Vertragsinhalts selbst ist nicht völlig den Parteien überlassen, sondern größtenteils durch die Regulierungsbehörde festgelegt. Ähnlich erweisen sich bei der Durchführung des Vertrages Abweichungen von dem üblichen Vertragsrecht, indem aufgrund organisatorischer Bedürfnisse atypische Abweichungen von dem klassischen Verantwortungsregime für die unvollständige oder fehlerhafte Vertragsdurchführung erlaubt sind.

Diese kurze Ausführung bietet eine klare Darstellung der Einordnung der Elektrizitätsversorgung in der Vergangenheit. Doch hat der Liberalisierungsprozess den Weg für einen Paradigmenwechsel bereitet: vorher galt bei diesen Nutzungsverhältnissen die übliche Trennung zwischen der organisatorischen Phase, in der dem Nutzer nur eine subjektive Stellung von berechtigtem Interesse zuerkannt

²³ Mancini L., I contratti di utenza pubblica, Dir. Amm., 1/2002, S. 126; siehe auch Alpa G., I contratti di utenza pubblica, zit. S. 107.

werden konnte, und der Bewirtschaftungsphase, in der dem Nutzer ein subjektives Recht zuerkannt war.²⁴

Dies war die Sachlage unter dem ehemaligen monopolistischen Regime der Energiewirtschaft, die freilich nunmehr unter den geänderten Bedingungen der Liberalisierung und Privatisierung durch eine neue ersetzt worden ist, in der dem Kunden eine klare rechtliche Stellung mit subjektiven durchsetzbaren Rechten zuerkannt wird. In dieser Umwandlung besteht die wichtigste Innovation auf dem liberalisierten Energiemarkt.

2.4 Privatautonomie und sektorspezifische Behörden

Wie bereits angemerkt gewinnt die Privatautonomie in dem neuen Szenario der Energiewirtschaft an Bedeutung, insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihrer Verflechtungen mit dem Vertrag und dem Markt. Die Referenznorm der Vertragsfreiheit im *codice civile* ist Art. 1322 c.c., in welchem der Vertrag als Einigung von zwei oder mehreren Parteien zum Ziel der Gründung vermögensrechtlicher Rechtsverhältnisse untereinander definiert ist, während die Art. 2 und Art. 41 Cost. die Bezugspunkte auf verfassungsrechtlicher Ebene bilden. Auf der Grundlage dieser Vorschriften muss also jede Überlegung zum Thema der vertraglichen Autonomie anfangen: Art. 2 enthält das Gebot der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Menschen, wozu auch der Abschluss von Vertragsverhältnissen untereinander zählt. Im Art. 41 Cost. findet sich dann die Anerkennung der Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit. Dadurch hat der Grundsatz der Privatautonomie eine allgemeine Geltung gewonnen und wirkt als unveräußerlich.

Ein Beweis der Anerkennung dieser Autonomie im geschäftlichen Leben liegt darin, dass zwar der Gesetzgeber bestimmte Vertragstypen ausdrücklich regelt, aber zugleich den Parteien die Möglichkeit einräumt, Vertragswerke herzustellen, die

²⁴ Vgl. Cass. Sez. Un., 26 Aprile 1977 Nr. 1547, in Giust. civ.1977 S. 1133 ff; Cass. Sez. Un., 25 gennaio 1985, Nr. 353, ivi, 1985, S. 1042 ff; Cass. Sez. Un., 27 luglio 1998, Nr. 7346, in Mass. giust. civ., 1988, S. 1597. In der Literatur siehe *Schinaia M.E.*, Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici, in Rass. lav. pubbl., 1988, S. 449 ff; *Cataudella A.*, Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali, in Energia e servizio pubblico, Milano, 1989, S. 27 ff.

nicht schon gesetzlich typisiert sind und doch am besten ihren Bedürfnissen dienen. Dadurch bestätigt sich die Verhandlungsfreiheit der Menschen: der Gesetzgeber beschränkt sich nicht darin, die geschäftliche Praxis mit seinen vorgegebenen vertraglichen Mustern zu formalisieren, sondern erkennt den Parteien sowohl im privaten als auch im betriebswirtschaftlichen Bereich reale Freiheit zu.

Die Rechtsnatur der Vertragsfreiheit ist sehr umstritten. Einerseits wird sie auf die Theorie des Jusnaturalismus zurückgeführt, andererseits wird sie als Produkt des Rechtspositivismus betrachtet: nach dem ersten Modell wird die endogene Natur der Vertragsautonomie, nach der zweiten dagegen die exogene Natur theoretisiert. Abgesehen von dem theoretischen Ansatz steht eins fest, und zwar dass die Rechtsordnung diese Freiheit ausdrücklich anerkennt und sie durch entsprechende Normen schützt.

Aus dieser Feststellung folgt die Frage nach der Grenze des Autonombereichs: wo fängt die Autonomie an und wo die Heteronomie. Die Heteronomie schließt *ab origine* jede Möglichkeit der Selbstregulierung der Subjekte aus; umgekehrt identifiziert sich der Autonomiebereich mit einer normativen Leere und ist insoweit durch einen Mangel an vertragsrechtlichen Vorschriften gekennzeichnet. Die Interaktion zwischen diesen zwei Zweigen lässt sich durch die Dynamik der Grenze erklären: bei der Erweiterung der einen, wird die andere verdrängt. Dies ist dem Wortlaut des Art. 1322 c.c.²⁵ zu entnehmen, der die Vertragsautonomie als Fähigkeit der Privatpersonen, innerhalb der vom Gesetz bestimmten Grenzen frei über Vertragsinhalte bestimmen zu können, definiert.

Diese Autonomie erfolgt aus einer bestimmten legislativen Entscheidung, sie entspricht also keinem originalen Mangel an Rechtsvorschriften, keinem originalen Vakuum, sondern einem Raum, wo entsprechende Vorschriften durch die Abschaffung von staatlichen Normen den Privatpersonen reale Autonomie verleihen. Nach dieser theoretischen Darstellung besteht die vertragliche Autonomie in einem künstlichen Normativraum und insoweit stellt sich die Frage dessen Grenzen.²⁶ Es muss festgestellt werden, wie breit die Autonomie der Parteien ist und welche Handlungen noch unter den geschützten Autonombereich fallen und welche nicht. Dabei ist die Auslegung des Art. 1322 c.c. sehr hilfreich. Im Sinne des Gesetzes wird

²⁵ <Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto *nei limiti disposti dalla legge*>.

²⁶ Siehe dazu, *Vettori G.*, Autonomia privata e contratto giusto, in *Rivista di diritto privato*, 2000, S. 21 ff.

den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, ihre Rechtsgeschäfte frei, d.h. nach ihren Interessen zu gestalten und diese Gestaltung mit „gesetzlicher Wirkung“ zu fixieren. Konkret heißt hier Autonomie Dialektik zwischen den Parteien: eine effektive Verhandlung, die durch die gegenseitige Abwägung von Interessen und die Feststellung von Klauseln zu einer finalen Vertragsgestaltung kommt. Dieser Ansatz entspricht der klassischen Vertragslehre, die in dem Vertrag ein bilaterales Übereinkommen sieht, dessen Inhalt durch eine Verhandlung zwischen den Parteien, im Rahmen deren Privatautonomie, für die Schaffung des von Parteien gewollten Erfolgs bestimmt wird.

Was geschieht aber tatsächlich im Wirtschaftsverkehr? Die Realität zeigt die offenbare Krise dieses Musters: die Krise zeigt sich in der Abweichung von dem Paradigma der Bilateralität zugunsten einer heteronome Vertragsgestaltung.²⁷ Der Vertrag besteht nicht länger in einer bilateralen Verhandlung zwischen zwei gleichgestellten Parteien, sondern wird zu einem Regulativvertrag, einem *contract dirigé*,²⁸ in dem ein Dirigismus von halbstaatlichen Akteuren und Privatakteuren zusammenkommt.²⁹

Wie antwortet der Gesetzgeber zu diesem Phänomen? Er greift zu seiner Souveränität zurück und verdrängt die Autonomie der Parteien indem er die Nichtigkeit von missbräuchlichen Klauseln festschreibt. Bei denjenigen Rechtsgeschäften, bei welchen die Vertragsgestaltung durch eine der Parteien erfolgt und dem anderen nur die Möglichkeit bleibt dem zuzustimmen oder nicht, fehlt der

²⁷ Zum Paradox der modernen Vertragslehre siehe *Astuti G.*, voce «Contratto. Storia (Diritto intermedio)», in *Enc. Del dir.*, IX, s.d. Milano, 1961, S. 751 ff., insbesondere S. 781: «proprio quando il dogma della volontà e i principi della libertà, autonomia, e atipicità contrattuale apparivano indefettibili conquiste del diritto moderno, questa prassi e' stata ovunque caratterizzata dalla crisi del contratto come crisi della prevalenza del contratto sulla legge e come crisi dell'autonomia individuale privata». Siehe dazu auch *Raiser L.*: *La libertà contrattuale oggi*, 1958, jetzt in *Il compito del diritto privato*, a cura di M. Mazzoni, Milano, 1990, S. 58; De Nova betont die Spannungsverhältnis zwischen Vertragsautonomie und Gesetz, weil der Vertragsinhalt immer öfter durch Gesetze oder untergesetzliche Verordnungen bestimmt wird. Oft werden Vertragsklauseln auch durch nichtzwingende Bestimmungen ersetzt. Dadurch stellt er die Frage nach dem Verlust des Vertrags als Tatbestandes, *De Nova G.*, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, insbesondere S. 52-53. Alle diese Bemerkungen führen zu der Notwendigkeit eines Neudenkens der Theorie des Vertrages und der Beziehung zwischen Vertrag und Autonomie und über das Rechtsgeschäft, das sich nach der klassischen Vertragslehre immer mit der Idee der Autonomie identifiziert hat.

²⁸ *Irti N.*, *Scambi senza accordo*, in <Riv. trim. dir. proc. civ.>, 1998, S. 347.

²⁹ Dieses Prinzip wurde auch von dem deutschen Verfassungsgericht bestätigt, und zwar durch eine strenge Verteidigung des verfassungsrechtlichen Prinzips der effektiven Vertragsfreiheit, in dem Sinne von effektiver Selbstbestimmung des Subjektes in seinem rechtsgeschäftlichen Leben. Diese Bestätigung richtet sich an diejenigen Situationen, in denen einer der Parteien tatsächlich eine geringe Verhandlungsmacht hat, so dass sie der anderen Partei unterlegen ist. Siehe *Canaris C.-W.*, *Schuldvertragsrecht. Tendenzen zu seiner Materialisierung*, in *Arch. civ. Prax.*, 2000, S. 273.

typischer Charakter der Bilateralität: ohne reale Verhandlung verlieren die Parteien das Privileg der Autonomie, die die Rechtsordnung andernfalls anerkennen würde.

Aus dieser Annahme folgt dass die originäre Grenze der Vertragsfreiheit von der tatsächlichen Möglichkeit der Verhandlung bestimmt wird: nur wo eine reale Dialektik zwischen den Parteien besteht erkennt der Gesetzgeber auch die entsprechende Autonomie an. Die Vertragsfreiheit ist nämlich geschützt nur solange sie einem Interesse der Gesellschaft dient.

Der Autonomiebereich besteht aus zwei Elementen: Subjekte und Güter. Die reale Möglichkeit zu verhandeln basiert auf dem Gleichgewicht der Parteien und auf der Natur des Verhandlungsobjektes. Aus der Natur des einen oder des anderen Elementes kann ein Hindernis der effektiven Verhandlung erfolgen.

Dieser Ansatz führt zu dem theoretischen Vorschlag von „*scambi senza accordo*“: Rechtsgeschäfte, die einen Austausch mittels des Zusammentreffens von zwei unilateralen Rechtsakten realisieren. Bei solchen Fällen fehlt die Möglichkeit einer realen Dialektik und es besteht auch kein Grund für effektiven Schutz der Vertragsfreiheit.

Auf dieser Basis sollte man zwei verschiedene Märkte postulieren: einen, wo die Parteien ihre Verhandlungsmöglichkeit ausüben, und einen zweiten Markt, wo die Autonomie der Parteien in der einfachen Einwilligung zum Rechtsgeschäft sich identifizieren lässt.

Dies scheint genau der Fall der universellen Leistungen zu sein oder auch der allgemeinen Massenverträge: bei diesen Verträgen geht es um Güter von überindividuellem Interesse, die der Staat zugunsten der ganzen Gesellschaft pünktlich disziplinieren muss, aber auch um Subjekte, die nicht unter gleichen Bedingungen verhandeln können: es fehlt hier also die Voraussetzung für eine reale Dialektik zwischen den Parteien.

Wie weit ist nun die Vertragsautonomie auf die sich die Vertragspartner nach Art. 1322 c.c. berufen können?

Mit Bezug auf verfassungsrechtliche Vorschriften wird darauf hingewiesen, dass Art. 41 Cost. die Möglichkeit des Austauschs gewährt und nicht zugleich Modalitäten des Austausches bestimmt: es geht hierbei um den Schutz von „*an*“ und nicht von „*quomodo*“. In diesem Sinn wird auf verfassungsrechtlicher Ebene die wirtschaftliche Freiheit verstanden: als Freiheit, sich zum Abschluss eines

Rechtsgeschäftes zu entschließen, abgesehen von der realen Souveränität der Parteien.

Dieser Diskurs führt zu der Notwendigkeit bei Privatverhältnissen zwischen dem privaten- und dem betriebswirtschaftlichen Bereich zu unterscheiden. Bei den letzteren werden Massenverträgen in großem Umfang angewendet: wie bereits gesagt, bleibt hier die Möglichkeit individueller Verhandlung ausgeschlossen; dies impliziert, dass solche Verträge nicht auf einer positiven Vertragsfreiheit basieren, sondern eher auf der wirtschaftlichen Abschlussfreiheit im Sinne von Art. 41 Cost.. Solche Geschäfte bleiben außerhalb des Autonomiebereiches des Art. 1322 c.c., der einen Verhandlungsraum für die Parteien schafft und lassen sich einfach als zulässige Rechtsakte einordnen. Im Rechtswesen sind sie also in einem grauen Bereich zwischen Vertrag und zulässigen Rechtsakten angesiedelt.

2.4.1 Die Theorie der Bräuche

Um die automatische Einführung von gewissen Klauseln in „regulierten Verträgen“ zu erklären, hat die Lehre³⁰ eine moderne Theorie der Bräuche entwickelt. Es geht genau um die Frage, ob einige Klauseln, die durch den Charakter der regelmäßigen Anwendung gekennzeichnet sind, als zwingende Vorschriften der Vertragsgestaltung gelten können, insbesondere wenn sie durch die formale Anerkennung von sektorspezifischen Behörden bestätigt worden sind. Danach ist als weiterer Punkt zu klären, ob diese Eigenschaft eine Abweichung vom allgemeinen Missbräuchlichkeitsurteil für solche Vertragsklauseln begründet.

Ausgangspunkt der Erörterung bildet die rechtliche Natur von sektorspezifischen Regulierungsbehörden: also verwaltungsrechtlichen Einrichtungen,³¹ die auf den Markt als normsetzende Akteure auftreten und durch Erlass vertragsrechtlicher

³⁰ Siehe *Addis F.*, Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti, Riv. crit. dir. priv., 2/2003, S. 319 ff.

³¹ Bestätigend der *Consiglio di Stato* (Staatsrat), Commissione Speciale 29. Mai 1998, n. 988/97 in: R.C.S. 1998, S. 1483: «l'istituzione delle autorità indipendenti, infatti, secondo la Corte, chiamate ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo, ed agli organi di ogni amministrazione, risponde all'esigenza di dare corpo ad una funzione amministrativa di garanzia incardinata nella funzione amministrativa anche perché il loro operato deve uniformare a quei requisiti di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'azione amministrativa».

Bestimmungen eine heteronome Vertragsgestaltung bewirken. Dadurch erfolgt eine <normative Zersplitterung>, die die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer Erneuerung der Rechtsquellenordnung aufwirft.³² Eine solche Zersplitterung von normativen Quellen kann entweder infolge einer präzisen legislativen Entscheidung des Gesetzgebers geschehen oder spontan aus einem Sozialbedürfnis, und zwar als Reaktion auf eine ineffiziente Rechtsordnung oder aufgrund einer Normativleerheit entstehen. Indem die Rechtsquellenordnung sich in diese Richtung entwickelt, wird das staatliche Monopol der Gesetzgebung in Frage gestellt, wenn außergesetzliche Bestimmungen die normativen Grundlagen für die Regulierung der neuen Sachverhalte ausmachen. Allerdings wirft die Verlagerung ehemaliger staatlicher Kompetenzen auf Akteure, deren Verantwortung gegenüber demokratischen Institutionen schwach ist, die Frage über deren Legitimation auf.³³ Für derartige Behörden, die unentbehrliche Strukturen jeder modernen Gesellschaft darstellen, werden neue Legitimationskonzepte, wie *Ergebnislegitimität* und *Prozesslegitimität* entwickelt, nach denen die Legitimation im wesentlichen über die überdurchschnittliche Leistung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bzw. über die Partizipation der betroffenen Interessengruppen bei Entscheidungsprozessen erfolgt. In dem Moment, in dem die Behörden am Markt auftreten, bestehen schon manche Bräuche oder Gewohnheitsklauseln, die sich durch die regelmäßige Anwendung konsolidiert haben. In diesem Fall können die Behörden, im Rahmen ihrer allgemeinen institutionellen Funktion zur Marktregulierung, diese Klauseln förmlich anerkennen oder zurückweisen. Dafür bedarf es keiner ausdrücklichen Ermächtigung, weil die Behörde insoweit keine normative Funktion ausübt. Dabei können verschiedene Fälle auftreten: im Prinzip impliziert die Anerkennung einer Gewohnheitsklausel keine Neuerung der Rechtsordnung, sie ist aber sehr relevant als Beweismittel für die Existenz der Klausel und ihrer effektiven inhaltlichen Gestaltung. Falls die Behörde dagegen die Anerkennung der Klausel ablehnt, ergibt sich eine Innovation in der Rechtsquellenordnung, weil die

³² Die Notwendigkeit der regelmäßigen Erneuerung des privatrechtlichen Rechtsquellensystems wurde schon seit langem in der Doktrin betont: siehe z. B., *Perlingeri P.*, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in: *Riv. dir. civ.*, 1978, I, S. 432 ff.; auch in: *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Camerino-Napoli, 1989, S. 100 ff.

³³ Siehe für alle z. B., *Majone G. D.*, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in: *Jnl Publ. e Pol.*, 17, 2, S. 139 ff. (1997).

Wirkungen der Bräuche außer Kraft gesetzt werden, so dass die Klausel keine Anwendung mehr in den Verträgen finden kann. Problematischer ist aber die Frage, ob es den Behörden erlaubt ist, Klauseln zu erlassen, die im Sinne des Art. 1340 c.c. automatisch in die Verträge eingefügt werden,³⁴ ferner unter welchen Bedingungen dies möglich ist und innerhalb welcher Grenzen. Die Behörden können eine Klausel in verschiedenen Weisen durchsetzen: sie können beispielsweise eine Reihe von Klauseln fertig stellen und den Marktakteuren deren Nutzung nachdrücklich empfehlen. Wenn dann diese Klauseln von den Marktakteuren angenommen und für eine genügende Dauer angewendet werden, und zwar mit der Überzeugung, dass sie rechtlichen Normen entsprechen, sind alle Bedingungen zur Entstehung eines geschäftlichen Brauches erfüllt. Diese Prozedur stellt jedoch noch keinen Rechtsetzungsakt im strengeren Sinn dar, weil die Behörden sich darauf beschränken, einen Impuls zu geben, während die Klausel in einer üblichen, konsolidierten Weise entsteht. Erst dann, wenn sich solche Klauseln durch die Merkmale von *opinio iuris* und *vetustas* als geschäftliche Bräuche durchgesetzt haben, könnten sie eine Form von Integrationsquelle von Verträgen darstellen. Wenn man in diesem Fall von der Rechtsetzungsfunktion der Behörden sprechen möchte, dann nur auf mittelbare Weise, weil die Rolle der Behörde rein rechtlich gesehen nicht relevant ist und sich die Entwicklung der Rechtsnorm nur auf indirekte Weise auf die Behörde zurückführen lässt.

Die Behörde kann sich aber auch aktiv einsetzen, um einen konkreten Impuls zur bilateralen Kooperation zwischen den betroffenen Akteuren oder ihren Vertretungsorganisationen zu geben: diese Prozedur scheint besonders sinnvoll zu sein, weil die Klauseln, die aus dieser bilateralen Kollektivautonomie entstehen, sowohl den Regulierungszielen der Behörde, als auch den Interessen der betroffenen Subjekten entsprechen.

Auch in diesem Fall kann die Aktivität der Behörde nicht als echte Rechtssetzungsfunktion begriffen werden, sondern nur als faktische Voraussetzung, die ohne rechtliche Relevanz ist. Was hier als jedoch „strenge Empfehlung“ beschrieben wurde, kann wohl auch durch quasi-institutionalisierte Prozeduren geschehen, ohne damit etwas in der dispositivrechtlichen Natur der Klauseln zu

³⁴ Art. 1340 c.c.: <Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto se non risulta che non sono state volute dalle parti.>

ändern: wie immer können diese Klauseln durch entsprechenden Willen der Parteien außer Kraft gesetzt werden. Auf der Frage, ob solche Klauseln automatisch in den Verträgen Anwendung finden, antwortet die Lehre negativ: da hier sowohl die *vetustas* als auch die *opinio iuris* eindeutig fehlen.

Bei dieser neu entstandenen Rechtsetzungsfunktion werden also alle Marktakteure aktiv einbezogen: hier öffnet sich ein neues Szenario für die Privatautonomie, die jetzt auf überindividueller Ebene ausgeübt wird. Über die klassische Form der bilateralen Verhandlung hinaus entwickelt sich ein neues Verhandlungsmodell, in dem sowohl Unternehmen als auch Verbraucher- und Nutzerverbände beteiligt sind. Die Chancen, die sich hier anbieten, können am besten genutzt werden, wenn diese Verhandlung im Rahmen der Vermittlungsfunktion von sektorspezifischen Behörden, zum Beispiel durch periodische Anhörungen der Vertretungsverbänden institutionalisiert wird. Bei diesem neuen Verhandlungsmechanismus spricht man von einer quasi-organschaftlichen Verhandlung.³⁵

2.4.2 Von der Theorie der Bräuche zu einem neuen Normenvertrag

Durch die Überlegungen zum Gewohnheitsrecht gelangt man zu einer Neuformulierung des <Regulierungsvertrages>: Ansatzpunkt für dieses Neudenken bildet die kritische Betrachtung der herkömmlichen Komponenten des Gewohnheitsrechts, *vetustas* und *opinio iuris*. Man kritisiert den Grundsatz der langen tatsächlichen Übung sowie der *opinio iuris* und ersetzt das Konzept der Usualität durch ein neues, und zwar durch die Glaubhaftigkeit oder Vertretungskraft der Behörde, die die Klausel entwirft. Von diesem Weg gelangt man zu der Formulierung des Begriffes der *sofortigen Usualität* <usualità istantanea> und der Skizzierung eines neuen Vertragstypus: dem *Regulierungsvertrag mit sofortiger Gewohnheitswirkung*, <contratto regolamentare ad usualità istantanea>.³⁶

³⁵ Macario F., Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali, in: Riv. dir. priv. 2003, S. 295.

³⁶ Gitti G., Appunti sull'accordo normativo, in: Rivista critica di diritto privato, 2002, S. 194.

Diese Diskussion gibt Anlass für einige Überlegungen zum Thema Normenverträge³⁷ und Regulierungsverträge.

Die Kategorie des Normenvertrages ist nicht vom Gesetzgeber eingeführt, sondern von der Doktrin entwickelt worden und bezieht sich auf die Schaffung von Vertragswerken, die auf sukzessive Rechtsgeschäfte zwischen den Parteien, den Parteien und Dritten oder zwischen Dritten Anwendung finden. Diese Gestaltungsmodalität ist typisch bei Massenverträgen und spiegelt die Entwicklung der globalisierten Marktwirtschaft wieder insofern, dass parallel zu der Standardisierung von Gütern und Leistungen, sich auch das Vertragsrecht nach standardisierten Mustern entwickelt hat.

Der Normenvertrag deckt manche Aspekte des Rechtsgeschäftes, die nicht ausdrücklich in einzelnen Verträgen geregelt sind, ab. Insofern dient der Normenvertrag der Lückenfüllung und weist einen funktionalen Aspekt auf, der ähnlich zu dem des Gewohnheitsrechts ist: durch Normenverträge entsteht eine Art von dispositivem Recht, das sich in Konkurrenz zu dem staatlichem entwickelt, um seine Lücken zu füllen.³⁸ Die auf diese Weise entstandenen Normen bieten im Vergleich zu den herkömmlichen Gewohnheitsregeln einen höheren Grad an Rechtssicherheit und tragen zum Harmonisierungsprozess im geschäftlichen Verkehr bei. Dies geschieht ohne, dass die Wirkung des neu entstandenen Rechts durch lange tatsächliche Übung bestätigt wird.³⁹

Was das Interesse der Doktrin am meisten bewegt ist, dass in dieser vertraglichen Kategorie zwei konkurrierende Finalitäten auftauchen: einerseits kommt das Ziel der Harmonisierung sukzessiver Rechtsverhältnissen ins Spiel, andererseits zeigen diese Vertragswerke ihre Natur als Instrumente der Privatautonomie, indem sie die Parteien an eine gegebene Vertragsgestaltung definitiv binden. Diese zwei Aspekte müssen getrennt bleiben, da das Ziel der Regelung zukünftiger Rechtsverhältnisse nicht automatisch die Bindung der Parteien an die gegebenen Bedingungen

³⁷ Dazu siehe *Hueck A.*, Normenverträge, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Jena, 1923; *Barbero D.*, Il contratto-tipo nel diritto italiano, Milano, 1935; *Cariota-Ferrara L.*, Riflessioni sul contratto normativo, in: *Arch. giur. <Filippo Serafini>*, 1937, S. 52 ff.; *Messineo F.*, Contratto normativo e contratto-tipo, in: *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, S. 116 ff.; *Guglielmetti G.*, I contratti normativi, Padova, 1969.

³⁸ *Gitti G.*, Contratti regolamentari e normativi, Cedam, Padova, 1994, S. 3.

³⁹ Die Effektivität dieser Form von Normentstehung ist der Doktrin schon seit langem bewusst, so dass die Anwendung von Normenverträgen als mögliche Alternative zu den Handelsbräuchen vorgeschlagen wurde: siehe dazu z. B. *Tarissi De Jakobis G.*, Il contratto-tipo nel diritto commerciale e nel diritto corporativo, in *Dir. Lav.*, 1933, I, S. 186 ff.

impliziert: die Parteien können eben die Originalgestaltung nur als Bezugspunkt für künftige Geschäfte nutzen und sich das Recht vorbehalten, beim Abschluss jedes einzelnen Vertrages durch ausdrücklichen Konsens die Originalgestaltung aufzunehmen.

Die Doktrin betont sehr stark die Trennung dieser zwei Aspekte der Normenverträge: nur so kann man die Natur dieser Rechtsgeschäfte begreifen. Diese zwei unterschiedlichen Finalitäten konkurrieren bei jedem Rechtsgeschäft und je nach Willen der Parteien ist die eine oder die andere von Bedeutung.⁴⁰

Um Klarheit über diesen Tatbestand zu schaffen, ist es auch wichtig, einen weiteren Unterschied hervorzuheben: man spricht eben von Normenvertrag als Instrument der Privatautonomie für die Gestaltung von mehreren Rechtsgeschäften zwischen einzelnen Privatparteien; doch in einem weiteren Sinn wird dieser Ausdruck verwendet, um Verträge zu bezeichnen, die aus einer fast korporativen Verhandlung entstehen, bei der Verbände und Vertreter von Interessengruppen beteiligt sind. In diesem Fall wird die Normativfunktion noch stärker betont, weil der Vertrag für die Normierung von Rechtsgeschäften von Dritten dient. Hierbei sieht man auch ganz klar, dass Normenverträge als Produkt der organisatorischen Formen der Wirtschaft zu verstehen sind⁴¹ und in Form von Kollektivverträgen entstehen.

Auf die Entwicklung der Kategorie der Normativvertrag ist hier nicht einzugehen:⁴² meistens denkt man an Arbeitsverträge zurück, wenn über Normativvertrag die Rede ist. In der Tat sind in diese Kategorie mehrere Vertragstypen einzuordnen, deren Anwendung sich stark in dem Wirtschaftsverkehr durchgesetzt hat: zum Beispiel zivilrechtliche Verträge zwischen Unternehmensverbänden oder auch Verträge des internationalen Handels.⁴³

Unternehmen alleine oder deren Vertretungsorganisationen versuchen, sich durch die Fertigstellung von standardisierten Vertragswerken als *quasi normsetzende* Akteure durchzusetzen. Da das allgemeine Zivilrecht nicht imstande sei, Gruppeninteressen

⁴⁰ *Guglielmetti G.*, I contratti normativi, zit., S. 3-4.

⁴¹ <Das moderne Wirtschaftsleben steht im Zeichen der Organisation. Der einzelne fühlt sich zu schwach, um seine Interessen genügend wahrzunehmen; er schließt sich deshalb mit dem in gleicher Richtung Interessierten zusammen, er organisiert sich. Zwei Ziele sind es in der Hauptsache, die dadurch erreicht werden sollen. Einmal wollen die Beteiligten durch den Zusammenschluss ihren Forderungen und Wünschen größeren Nachdruck verleihen, als jeder einzelne allein für sich es könnte, und andererseits suchen sie die ihre Stellung im Wirtschaftsleben schwächende Konkurrenz der Berufsgenossen anzuschließen oder doch einzuschränken>, *Hueck A.*, Normenverträge, zit., S. 33.

⁴² Dazu siehe *Gitti G.*, Contratti normativi e regolamentari, zit., S. 7 ff.

⁴³ Die Efet-Verträge der Energiewirtschaft sind ein Beispiel dafür.

in einer überindividuellen Dimension zu interpretieren, ersetzen sie dies durch diese Form von Selbstnormierung.⁴⁴

Es hat sich insofern ergeben, dass die Leitprinzipien des Kollektivarbeitsvertrages auf die Kategorie des Handelskollektivvertrages mit einigen Abweichungen übertragen wurden: im Gegensatz zum Kollektivarbeitsvertrag, wurde dem Handelskollektivvertrag kein zwingender, sondern nur ein dispositiver Charakter zuerkannt, demzufolge finden diese Leitprinzipien automatisch Anwendung auf die betroffenen Rechtsgeschäfte, aber nur wenn sich aus der einzelnen Verhandlung, ausdrücklich oder stillschweigend, kein abweichender Wille der Parteien ergibt. Dies ist die vorgesehene Disziplin im Fall von bilateralen Kollektivhandelsverträgen, die zwischen zwei gegenseitigen Vertretungsorganisationen ausgehandelt werden.

Die Praxis kennt indes auch weitere Typen von Normenverträgen, die einer unterschiedlichen Disziplin unterliegen: es geht hier um unilaterale Normativverträge. In dieser Kategorie fallen diejenigen Vertragswerke, die von einem Vertragspartner einseitig für eine Mehrzahl von künftigen Verträgen erstellt worden sind. Diese sind nur dann für Dritten verbindlich, wenn sich die Parteien darüber geeinigt haben. Nach herrschender Meinung genügt es, um die Anwendung des Vertragswerks zu rechtfertigen, dass sich der Vertragspartner über die Existenz des vorformulierten Vertrags bewusst war und dass er eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung bezüglich dessen Anwendung abgab.⁴⁵ Zugleich versuchten Unternehmen und ihre Vertretungsorganisationen, um ihre Mustern in der Praxis durchzusetzen, die Anwendung von Klauseln und Vertragsgestaltung als

⁴⁴ In der Doktrin, akzeptiert nicht jeder die Normativfunktion von solchen Kollektivverträgen: dagegen siehe zum Beispiel, *Asquini A.*, *L'unita' del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, in *Studi in onore di Cesare Vivante*, 1931, II, S. 533-534: der Autor ist sehr kritisch bezüglich die Anerkennung von <normativer Wirkung> bei der Kollektivverhandlung: <la tendenza delle organizzazioni professionali a conferire ai contratti tipo forza coattiva nell'ambito delle rispettive categorie sorge essenzialmente in quei rami della produzione, dove, pur non potendosi ottenere un'organizzazione unitaria monopolista, sorge tuttavia la necessita' di disciplinare rigorosamente le condizioni contrattuali o i prezzi per fronteggiare temporanee crisi dei mercati o per considerazioni di difesa della produzione locale o per altre ragioni talvolta connesse a vasti movimenti speculativi (...) Questi hanno per lo piu' la natura di contratti normativi unilaterali con cui le imprese di un determinato gruppo si obbligano reciprocamente, verso la propria organizzazione, ad adottare nei confronti della rispettiva clientela un determinato contratto-tipo, o a non allontanarsi nelle contrattazioni individuali dai limiti fissati nel contratto tipo (contratti di coalizione o di cartello). Se poi di fronte alla categoria sindacata vi e' invece della massa disorganizzata dei consumatori, un'altra categoria organizzata, si puo' arrivare anche ad accordi sindacali bilaterali, e cioe' a contratti normativi con cui le imprese di due gruppi contrapposti si impegnano all'adozione di un determinato contratto-tipo non solo nei rapporti interni e nei confronti dell'organizzazione contrapposta; dando luogo a veri e propri contratti collettivi in tutto analoghi ai contratti collettivi di lavoro>.

⁴⁵ *Asquini A.*, zit., S. 526.

Gewohnheitsrecht zu verbreiten, um die von ihnen festgelegte Regelung ohne weiteres durchzusetzen. Die Doktrin hat diesen Trend jedoch nicht bestätigt: die herrschende Meinung hat die Anerkennung dieser Vertragswerke nur als Interpretationsmittel bei ausdrücklicher oder stillschweigender Verweisung in dem Vertrag und nicht als objektive Rechtsquelle akzeptiert.

Die gegenwärtige Rechtslage, die im Codice Civile geregelt ist, bietet eine angemessene Lösung: die allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Unternehmen selbst erstellen, und zwar auch in Form von einseitigen Normenverträgen, sind nur dann verbindlich, wenn die Parteien, auch mangels ausdrücklicher Wiederholung im Vertrag, unter Beachtung normaler Sorgfalt, sie kennen sollten.

Allgemeine Geschäftsbedingungen erfüllen, genau wie standardisierte Verträge, eine <Normativfunktion>, auch wenn sie nicht gerade in Form von Verträgen erstellt werden. Hier geht es um die Möglichkeit für Unternehmen, Vertragsbedingungen einseitig festzulegen, die auf mehrere zukünftige Verträge Anwendung finden. Obwohl sie von einer der Parteien autoritativ durchgesetzt werden,⁴⁶ sind sie immer noch als Verhandlungselemente zu betrachten. Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sie einseitig formuliert werden. Und dies gilt sowohl für die allgemeinen Geschäftsbedingungen, als auch für vorformulierte Verträge: der entscheidende Faktor bleibt nämlich das Konsensus der Parteien bei dem Vertragsabschluss.

Die Analyse der Doktrin zeigt die auch Tendenz, diese Instrumente der geschäftlichen Verhandlung aus dem Bereich des Vertrages herauszunehmen, und sie an andere Rechtskategorien, die mit dem Vertrag konkurrieren, anzunähern.⁴⁷

Um die Normativfunktion von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu bestätigen, wird argumentiert, dass in der Tat bei solchen Klauselwerken die Akzeptanz der Partei fehlt und aufgrund von falschen Konstruktionen nur behauptet wird. Entweder fehlt sie von vornherein oder ist erzwungen, weil die einzige mögliche Alternative für den Vertragspartner der Verzicht auf den ganzen Vertrag ist. Tatsächlich wurden solche Tatbestände eher auf andere Rechtskategorien, als zu echten Verhandlungsformen zurückgeführt: zu dieser Lösung führt sowohl ihr einseitiger Charakter als auch ihre allgemeine Geltung und ihre Uniformität.

⁴⁶ Zu diesem Aspekt siehe *Gitti G.*, zit., S. 20.

⁴⁷ *Roppo V.*, *Contratti Standard*, zit., S. 84.

Der Mangel an Verhandlung bei allgemeinen Geschäftsbedingungen folgt aus der ungleichgewichtigen Verhandlungsmacht zwischen den Parteien; aus dieser Perspektive erhält man die Legitimität, die Wirkung der allgemeinen Geschäftsbedingungen in Frage zu stellen. Damit wird die rechtsgeschäftliche Natur abgelehnt und dagegen ihr Normativcharakter bestätigt. Was dabei zählt sind natürlich, über die unterschiedlichen theoretischen Definitionen hinaus, die Rechtsfolgen der einen oder der anderen Lösung.

Die Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt sich aus Art. 1341, 1342 und 1370 c.c. und bezieht sich auf die Aspekte der wirksamen Einbeziehung in Verträgen und die Auslegung⁴⁸ von vorformulierten Vertragsklauseln.⁴⁹ Art. 1341 c.c. enthält die Grundregel, dass die durch eine Partei im Voraus aufgestellten AGB gegenüber der anderen Partei wirksam sind, wenn die andere sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte kennen müssen, wie etwa im Fall, dass aus vorhergehenden Vertragsabschlüssen die Vertragspartei wissen sollte, dass der andere Vertragspartner nur unter diesen Bedingungen Verträge abschließt, oder wenn der Vertragsabschluss unter Verwendung von AGB branchenüblich ist. Das Gesetz schweigt zur Modalität der Inklusion solcher Klauseln in den Vertrag.⁵⁰ Es ist dem Gesetz gleichgültig, ob sie ausführlich im Vertragstext wiedergegeben sind, wobei sich jedoch dann keine Abweichung von der üblichen Einordnung ergeben würde, oder ob sie durch einen Verweis (zum Beispiel Aushang) in den Vertragstext einbezogen werden. Auf welche Weise der andere Vertragspartner zur Kenntnis dieser Vertragsklauseln gelangt ist, spielt also keine Rolle.

Das Wesen dieser Art von Vertragsklauseln offenbart sich jedoch am besten bei Vertragsklauseln, die sich durch wiederholte Anwendung als Bräuche gefestigt

⁴⁸ Die Auslegungsregel für AGB enthält Art. 1370 c.c., der festlegt, dass die in AGB, Formularverträgen oder in Vordrucken enthaltenen Klauseln, die von einer der Parteien im Voraus aufgestellt wurden, im Zweifel zugunsten der anderen auszulegen sind.

⁴⁹ Die Regelungen sind sowohl gegenüber Kaufleuten als auch gegenüber Verbrauchern zu beachten. Hierbei macht das Gesetz keinen Unterschied. Werden Klauseln gegenüber Verbrauchern verwendet, so ist dies Gegenstand der Art. 33 ff. des Verbrauchergesetzbuches.

⁵⁰ Anderes gilt dagegen für die Bedingungen, die im Art. 1341 Abs. 2 aufgeführt sind und die als belastend betrachtet werden. Sie beziehen sich auf Haftungsbeschränkungen, Rücktrittsrecht, Aussetzung der Leistung, Verwirkungen von Rechten, bestimmte Einwändungen oder Einrede, stillschweigende Verlängerung oder Erneuerung des Vertrages, Schiedsklauseln oder Änderungen der Zuständigkeit der Gerichte. Derartige Klauseln benötigen eine schriftliche Bestätigung. Erfolgt sie nicht, so gelten sie als nicht vereinbart, selbst wenn der andere Vertragspartner sie kannte.

haben und als objektive Tatsachen der Rechtsordnung betrachten sind.⁵¹ Hierbei geht es um Vertragswerke, die zwei Funktionen erledigen: eine <Normativfunktion>, indem sie als Normsetzung für zukünftige Rechtsgeschäfte in Form eines Integrationsinstruments dienen. Daneben betont man auch eine <autoritative Funktion>, weil die einseitig festgesetzte Regelung als zwingend bei der Vertragsgestaltung gilt und die Teilnahme der Vertragspartner von vornherein ausschließt.

Diese zwei Funktionen unterliegen aber zwei Begrenzungen: die erste besteht bezüglich ihrer Wirkungsvoraussetzung und der tatsächlichen Möglichkeit der anderen Partei zur Kenntnisnahme nach ordentlicher Sorgfalt. Die zweite betrifft die Unwirksamkeit solcher Bestimmungen, wenn sie besonders unbillig für den Vertragspartner des Verwenders sind: dies ist der Fall von so genannten missbräuchlichen Klauseln, für die gemäß Art. 1341 c.c. eine entsprechende Verhandlung notwendig ist. Einerseits mildert das Merkmal der Kenntnisnahme die autoritative Wirkung und die entsprechende Verhandlung, die für missbräuchliche Klauseln benötigt wird, schließt die Normativfunktion aus.

Nach diesen Überlegungen, auch zum Thema der Kenntnisnahme, folgt für Gitti die Bestätigung der Normativfunktion von AGB,⁵² so dass die Unternehmen dazu gezwungen sind, deren Kenntnis konkret zu ermöglichen und nach der Veröffentlichung ihren Inhalt festzuhalten.

2.4.3 Vertragsstandardisierung auf dem Energiemarkt

Die Normsetzungsfunktion der sektorspezifischen Regulierungsbehörde wirft die Frage auf, ob die von der Behörde festgelegten Vertragsklauseln, in Anbetracht ihres besonderen Ursprungs, vom allgemeinen Missbräuchlichkeitsurteil ausgenommen sind.

⁵¹ Siehe dazu *Bianca C.*, Condizioni generali di contratto, usi negoziali e principio di effettività, in: Atti della Tavola rotonda di Catania del 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, S. 32 f.; siehe aber auch *Rizzo V.*, Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa, Napoli, 1983, S. 95 f.

⁵² *Gitti G.*, zit. S. 36.

Die Kontrolle nach Art. 33 ff. c.cons. dient dazu, die Einbeziehung von unangemessen benachteiligenden Klauseln in Verbraucherverträgen mangels entsprechender Aushandlung, zu verhindern. Nach Art. 34 Abs. 3,c.cons. findet die Missbräuchlichkeitsbewertung keine Anwendung auf diejenigen Klauseln, die eine gesetzliche Bestimmung wiedergeben oder Bestimmungen und Prinzipien internationalen Übereinkommen umsetzen, denen alle Mitgliedstaaten oder die EU beigetreten sind.

Wie weit diese Vorschrift auszulegen ist, bleibt umstritten. Ob unter den Ausdruck „gesetzliche Vorschriften“ auch in verwaltungsrechtlichen Verordnungen enthaltene Bestimmungen zu verstehen sind oder nicht, ist eine Frage von großer Bedeutung, da viele in (Energie-)Haushaltsverträgen enthaltene Klauseln aus Erlassen der sektorspezifischen Behörde stammen und auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen einem strengen Aufsichtsregime von staatlichen Organen in Form eines Billigungsverfahrens unterstehen⁵³ oder durch einen Ministerialdekret erlassen sind. Auch wenn sie formell von dem Unternehmen in der Ausübung seiner Privatautonomie hergestellt werden, unterstehen sie dem Kontrollregime der Behörde in Form von Änderung, Aufhebung und Ergänzung.⁵⁴

In der Doktrin wird die verbreitet These vertreten, dass der Gesetzgeber solche Klauseln der Missbräuchlichkeitsbewertung unterworfen haben will. Dagegen vertreten manche Autoren eine weitere Auslegung der Vorschrift ex Art. 34 Abs. 3 c. cons., nach der verwaltungsrechtliche Bestimmungen von der Missbräuchlichkeitskontrolle ausgeschlossen sind. Die Rechtsprechung ist sich in diesem Punkt nicht einig: die Tatsache, dass solche Klauseln in ministerialen Verordnungen enthalten sind, ändert nichts an ihrer rechtsgeschäftlichen Natur. In einem weiteren Urteil wird darauf verwiesen, dass die Billigung der Dienstverordnung der Verwaltungsbehörde keine Rolle für ihre Rechtsnatur spielt: die Behörde prüft nämlich die Angemessenheit der Bestimmungen hinsichtlich gewisser öffentlicher Anforderungen. Diese Diagnose hat mit der Missbräuchlichkeitsbewertung des vertraglichen Verhältnisses nichts zu tun.

⁵³ Um die Bandbreite der Vorschrift zu definieren, ist es hilfreich, einen Blick auf das deutsche AGB-Gesetz, das die Richtlinie inspiriert hat, zu werfen. § 8 des Gesetzes (bei der Feststellung des Schrankes der Inhaltskontrolle) lautet, dass die Kontrolle nur für diejenige Bestimmungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart werden.

⁵⁴ Siehe Art. 2 Abs. 37, L. n. 481/95.

2.5 Selbstregulierung auf dem liberalisierten Energiemarkt

Auf dem liberalisierten Energiemarkt spielt auch die Selbstregulierung eine wichtige Rolle, es ist daher der Frage nachzugehen, was die Selbstregulierung der Governance des Energiemarkts leisten und inwieweit sie zu der Schaffung eines europäischen Vertragsrechts beitragen kann.

Ein Beispiel für die Anwendung der Selbstregulierung auf dem Energiemarkt bildet die deutsche Zugangsregulierung nach der Reform aus dem Jahr 1998: damals hatte sich der deutsche Gesetzgeber für den verhandelten Zugang entschieden. Diese Prozedur hat sich aber leider als unpassend erwiesen, und zwar mangels des notwendigen Grads an Neutralität; aus diesem Grund hat sich der Gesetzgeber umentschieden und das Prinzip des regulierten Zugangs eingeführt.⁵⁵ Damit hat der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 2003/54/CE implementiert.

In Italien bildete die Carta dei servizi ein klares Beispiel der Selbstregulierung in der Energiewirtschaft: dadurch verpflichtete sich das Unternehmen gegenüber dem Staat und den Kunden zur Einhaltung von gewissen Qualitätsstandards.⁵⁶ Hierbei handelt es sich nur anscheinend um ein Selbstregulierungsinstrument, dessen Inhalt in Wahrheit hetherodeterminiert ist⁵⁷. Dieses Instrument verwirklicht eine Ergänzung der Lieferungs- und Bezugsverträge in Form einer einseitigen Verpflichtung des

⁵⁵ Nach der Richtlinie 2003/54/CE fällt die Auswahlmöglichkeit zwischen verhandeltem und reguliertem Zugang aus: nur der regulierte Zugang kann nämlich die notwendige Neutralität der Netzbetreiber gewährleisten und diskriminierende Handlungen vermeiden. Um dem Grundsatz der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen, hat die Richtlinie auch die Pflicht der Aufstellung von Gleichbehandlungsprogrammen (Art. 10 Abs. 2) und Vertraulichkeitsanforderungen (Art. 12) eingeführt.

⁵⁶ Zum Thema siehe *Battini S.*, La carta dei servizi, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 7, S. 703 ff.; *Napoletano G.*, Gli indennizzi automatici agli utenti di pubblici servizi, in *Danno e responsabilita'*, 1996, n. 1, S. 15 ff.

⁵⁷ Unternehmen sind eben zu der Annahme der Charta verpflichtet: vgl. Art. 2, Abs. 12 lit. o, Gesetz Nr. 481/95. Jede Charta musste ursprünglich an bestimmte Muster angepasst werden: das allgemeine Muster für diesen "Erlass" war in der „Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri“ vom 27. Januar 1994 zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen enthalten. Hier wurden die allgemeinen Prinzipien festgestellt, die bei der Ausübung solcher wirtschaftlichen Tätigkeiten zu berücksichtigen sind: gleiche Rechte für Verbraucher, Objektivität, Gerechtigkeit und Gleichbehandlung, Kontinuität und Regularität der Leistungserbringung, das Recht der Nutzer ihren Vertragspartner frei auszuwählen, Teilnahme der Kunden an der Leistungserbringung, Zugänglichkeit von Informationen, Effizienz und Effektivität. Dieser erste Erlass wurde folglich durch sektorspezifische Muster ergänzt, an denen jedes Unternehmen seine Carta anpassen sollte. Durch Erlass AEEG Nr. 286/99 wurden solche Muster infolge des Inkrafttretens der AEEG Beschlüsse zu den Qualitätsstandards abgeschafft und Unternehmen dazu verpflichtet, AEEG Erlassen direkt aufzunehmen (siehe Art. 34, del. AEEG 201/99, Art. 34 del. AEEG 47/2000, Art. 33 del. AEEG 236/2000). Hinsichtlich der Rechtfertigung der Abschaffung des Ministerpräsidentenerlasses durch Beschlüsse der sektorspezifische Behörden wurden Bedenken erhoben: siehe z. B. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001, S. 365, Fn. 187.

Unternehmens bei der Leistungserbringung zur Berücksichtigung der bekannt gegebenen Standards.⁵⁸

Bei der Untersuchung der rechtlichen Natur der Charta wird von manchen Autoren auf den Art. 1339 c.c. verwiesen: es handelt sich nach dieser Auffassung um einseitig fertig gestellte Vertragsklauseln, die automatisch gemäß Art. 1339 c.c. den Vertragsinhalt ergänzen. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt aber einerseits den Normativcharakter der Bestimmungen und andererseits die Abweichung von den im Vertrag enthaltenen Klauseln voraus. Hierbei handelt es sich dagegen um Bestimmungen von rechtsgeschäftlicher Natur und demzufolge erfolgt Ergänzung durch ex Art. 1374 c.c., so dass für die Regulierung der Kundenverhältnisse die allgemeinen Geschäftsbedingungen und die in der *Carta* enthaltenen Vorschriften maßgeblich sind.

Die verbindliche Natur der in der Charta enthaltenen Bestimmungen wird durch den Anspruch der Kunden auf die Entschädigung im Fall von Missachtung von Standards und die entsprechende Aufsichtsangabe der AEEG nachdrücklich betont: die *Charta* schafft subjektive Rechte für Kunden, die nach den allgemeinen Vorschriften des *codice civile* geltend gemacht werden können. Es ändert sich nichts daran, wenn die Charta als Ergänzungsquelle des Vertragsinhalts oder als Versprechen an einen Dritten annimmt.⁵⁹

Ein weiteres Beispiel für die Verwendung der Selbstregulierung in der Energiewirtschaft bildet auch das „*Codice di rete*“, in dem alle Pflichten und Anforderungen bezüglich Energieübertragung, Netzentwicklung und Netzsicherheit sowie Bilanzkreis enthalten sind. Das Dokument richtet sich an alle Unternehmen, die sich an das Übertragungsnetz anschließen.⁶⁰ Hauptziel des „*Codice di rete*“ ist

⁵⁸ Für die obligatorische Wirkung der Bestimmungen, siehe Art. 1, Abs. 2, zweiter Teil, D.P.C.M. 27 gennaio 1994.

⁵⁹ Vgl. *Sbisà G.*, *Natura e funzioni delle «carte dei servizi»*. La carta del servizio elettrico, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, S. 343-345.

⁶⁰ Hier lohnt sich ein kleiner Exkurs über die letzten Änderungen in dem Betrieb des Übertragungsnetzes, mit Bezug auf die Vereinheitlichung von Terna und GRTN, die zu einem neuen integrierten Subjekt geführt hat. Das neue integrierte Subjekt ist nun Eigentümer des nationalen Übertragungsnetzes und übernimmt die volle Verantwortung für dessen Betrieb. Diese Veränderung wurde durch Gesetz 290/03 zur Änderung des D. Lgs. 79/99 eingeführt. In dem neuen Gesetz stand, dass Kriterien, Modalitäten und Bedingungen für die Vereinheitlichung des Eigentums und den Betrieb des Übertragungsnetzes, sowie für den Betrieb des neu entstandenen Subjektes durch ein Dekret des Ministerpräsidenten festgestellt werden mussten.

Demgemäß hat der GRTN, nach DPCM 11 Mai 2004, ein Dokument gefertigt, den so genannten „*Codice di Rete*“, der alle technische Regeln (objektive und nichtdiskriminierende) für den Netzanschluss und die Netznutzung, für die Interoperabilität der Netze, für den Bilanzkreis, sowie

die Erhöhung der Leistungsqualität bei der Energieübertragung. Dabei geht es nicht nur um die Festsetzung von technischen Standards, sondern auch um die Schaffung von mehr Transparenz und Rechtssicherheit bezüglich der Rechte und Pflichten der beteiligten Akteure. Zu diesem Ziel wird in dem „Codice“ die Veröffentlichung aller für die Netznutzer relevanten Dokumente vorgeschrieben. Darüber hinaus wird die aktive Teilnahme der Nutzer an Entscheidungsprozessen nachdrücklich gefordert: dazu wurde ein Konsultationsorgan gegründet. Als Vertretungsorgan der Nutzer macht es Vorschläge und führt Konsultationen durch, um die Regulierung der Leistung voranzutreiben. Wichtig ist auch die Einführung einer Prozedur für die Konfliktvermeidung, und zwar mit Teilnahme der AEEG, die von den Netznutzern aktiviert werden kann.

Wie hier verdeutlicht wird, ist bei der Ausübung von Selbstregulierung die konsultative Rolle aller betroffenen Marktakteure enorm wichtig. Ihr Beitrag stellt einen Bezugspunkt, eine Orientierung für die Behörde bei der Ausübung ihrer regulativen Funktion dar. Insbesondere wenn diese Teilnahme einer entsprechenden Disziplin, unter Berücksichtigung von formellen Prozeduren, unterworfen ist und damit institutionalisiert wird, ist sie als Ausübung der Privatautonomie in einer Kollektivdimension anzusehen. Durch die stattfindende Prozedur entsteht eine neue Form von Kollektivvertrag.

2.6 Soziale Gerechtigkeit als Grenze der Geschäftsfreiheit

Bei jeder Diskussion über die Marktregulierung⁶¹ taucht das Thema der Vertragsgerechtigkeit⁶² auf: die Frage lautet hier, ob der Schutz sozialer

auch zum Thema Netzsicherheitsentwicklung und Instandhaltung enthält. Der erste Entwurf des Dokumentes wurde nach einer Konsultationsprozedur aller Netzbetreiber gefertigt. Das ganze wurde zunächst nur als erster Entwurf gefertigt. Parallel hat auch die AEEG eine Konsultationsprozedur eröffnet für die Vorbereitung eines Richtlinienschemas am GRTN: den Erlass des Codice di Rete. Die Richtlinie wurde durch Delibera 150/04 vom 30. Dezember 2004 erlassen. Erst danach hat die GRTN die endgültige Fassung des Codice di Rete an die AEEG und an das Ministerium für die wirtschaftliche Entwicklung zur notwendigen Kontrolle geschickt. Die Billigung des Codice di rete durch diese komplizierte Prozedur war Grundbedingung für die Vereinheitlichung von Terna und GRTN.

⁶¹ Es lohnt sich auch einen Blick auf die kritische Literatur zur Marktregulierung zu werfen: Manche Autoren warnen von dem Risiko der s.g. „regulatory backfiring“. Damit will man darauf hinweisen,

Gerechtigkeit überhaupt als allgemeine Aufgabe des Vertragsrechts anzusehen ist⁶³ und wenn ja, inwieweit dieses Kriterium bei der Entwicklung des Vertragsrechts berücksichtigt werden soll und wie die Rechtsordnung den Abschluss von ungerechten Verträgen konkret verhindern kann.

Diese Fragen sind von großer Bedeutung insbesondere in Bezug auf das Phänomen der Integration der Märkte durch das europäische Vertragsrecht. Soll durch die Normsetzung der Europäischen Gemeinschaft das Ziel der distributiven Gerechtigkeit verfolgt werden? Ansatzpunkt der Diskussion bildet die rechtliche Natur der Gemeinschaft: es fehlt der Europäischen Gemeinschaft die entsprechende Ermächtigung für eine Vertragsregulierung, die auf die Austauschgerechtigkeit hinzielt; und dies gilt sowohl für die Europäische Gemeinschaft als auch für die Mitgliedstaaten. Doch stellt das Thema der Vertragsgerechtigkeit einen nicht unerheblichen Aspekt der Integration der Märkte dar, weil jede mögliche Form von Marktregulierung auch die Frage der distributiven Gerechtigkeit in Betracht ziehen muss, da market-facilitating-Regulierung und korrektive Maßnahmen eng verbunden sind. Je mehr die EG bei der Harmonisierung der Märkte vorankommt, desto dringender wird die Frage der Vertragsgerechtigkeit und der distributiven Gerechtigkeit.

Ihrer Natur nach ist die EG zutreffend als ein regulativer Staat zu bezeichnen, dessen Hauptfunktion in der Marktgovernance besteht.⁶⁴ dabei hat sie jedoch weder Steuerungs- noch redistributive Befugnisse. Trotz dieser begrenzten Funktionalität, kann das Ziel der distributiven Gerechtigkeit durch verschiedene Markteingriffe, in Form von positiver und negativer Integration, verfolgt werden: diese sind insoweit

dass die Gegenwirkungen der Regulierung gerade diejenige benachteiligen könnten, die aus der Regulierung Vorteile erwarten. Siehe dazu *Sunstein C.*, Paradoxes of the Regulatory State, in 57 <University of Chicago Law Review>, 1990, S. 407. Die Doktrin hält aber überwiegend dieses Risiko für überschätzt. Ein zweites Risiko wird darin gesehen, dass durch die Ausübung von Vertragsfreiheit die Parteien in der Lage sind, dem Rechtsgeschäft eine andere Form zu geben: Dadurch bleibt das Ziel der wirtschaftliche Operation unangetastet, wobei ein verschiedener Vertragstypus verwendet wird. Man spricht in diesem Fall über „regulatory avoidance“.

⁶² *Collins H.*, La giustizia contrattuale in Europa, in: *Rivista critica di diritto privato*, 2003, S. 659 ff.; auch *Butters B.*, Vertragsgerechtigkeit in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, Verlag C.H. Beck München, 2003; *Oechsler J.*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages Tübingen 1997; *Canaris C.-W.*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner Materialisierung, *Arch. für die ziv. Praxis*, Bd. 200, 2000, S. 273-364.

⁶³ Antwortet positiv auf diese Frage *Collins H.*, zit., S. 667. Siehe aber auch *De Nova G.*, *Il contratto*, Trattato di diritto civile, a cura di *Sacco R./De Nova G.*, UTET 2004, S. 25.

⁶⁴ Siehe dazu für alle *Majone G.D.*, The Rise of the Regulatory State in Europe, in 17, <West European Politics>, 1994, S. 77.

legitim, als dass sie der Abschaffung von Markthindernissen und Marktversagen, wie zum Beispiel Wettbewerbsstörungen, dienen.

Auch auf Ebene der Mitgliedstaaten lässt sich die Tendenz zur Abschaffung der distributiven Funktion des Sozialstaates erkennen. Statt Wohlfahrtsgesetze zu erlassen, werden neue Modelle von öffentlich-privaten Partnerschaften entwickelt, um den Bürgern Leistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten; dadurch macht der Staat direkte Nutzung vom Markt, um seine institutionellen Aufgaben zu erfüllen. In dem Moment, wo sich der Staat auf Private zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verlässt, ist die Vertragsgerechtigkeit nicht länger ein Problem zwischen den Vertragsparteien, sondern wird zu einem Einflussfaktor im Kontext der wirtschaftlichen Entwicklung mit vielfältigen Implikationen für die distributiven Ziele des Staates. Bei Verträgen über die Erbringung von Universaldienstleistungen stellt sich nicht nur das Problem des Verbraucherschutzes gegen missbräuchliche Klauseln, sondern es stellt sich die Frage, wie der Staat seinen Bürgern die Erbringung von Universaldienstleistungen durch Verwendung privatrechtlicher Institute gewährleisten kann. Genau hierbei entsteht die Spannung mit der Europäischen Gemeinschaft: Während die Mitgliedstaaten in den Vertragsinhalt eingreifen möchten, um distributive Aufgaben zu erfüllen, taucht auf EG-Ebene das Risiko auf, dass die Harmonisierung der Märkte durch jede einzelne nationale Regulierung konkret verhindert werden könnte. Um diese Spannung zu überwinden, ist es notwendig, eine Marktdisziplin auf EG-Ebene zu entwickeln, die gleichzeitig auch sozialer Gerechtigkeit Rechnung trägt. Dies stellt eine echte Herausforderung für das Vertragsrecht dar. Es geht nämlich darum, zwei konfligierende Ziele in Einklang zu bringen. Einerseits das Streben nach einem Vertragsrechtssystem, wonach der Vertrag seine ursprüngliche Dimension des Zusammenkommens von zwei gegenseitigen Willenserklärungen verliert und zu einem regulativen Instrument wird. Andererseits, parallel zu dem Vorankommen der gesellschaftlichen Erwartungen, infolge der Entwicklung von Grundprinzipien aus der Charta der Grundrechte und dem Lissabon-Vertrag, taucht das Bedürfnis auf, den Vertrag zur Erreichung der Ziele von distributiver Gerechtigkeit, Personenschutz und effizienter

Ressorourcenallokation, was vorher eine Zuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers war, auszunutzen.⁶⁵

Ein Instrument zur Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit ist die inhaltliche Kontrolle der vertraglichen Vereinbarung,⁶⁶ doch ein solcher Eingriff in die Parteiautonomie wirkt sich deutlich gegen die spontanen Kräfte eines freien Marktes aus. Wenn man versucht, durch diese Mittel die Ungerechtigkeit in den Verträgen zu bekämpfen, wird auch die spontane Ordnung des Markts verfälscht; deswegen werden lieber neue Formen von <Ko-Regulierung> bevorzugt, die besser imstande sind, ein effektives Regime von distributiver Gerechtigkeit zu schaffen, das auch kompatibel mit den Marktbedürfnissen ist. Zwischen staatlicher Regulierung im engen Sinn einerseits und freiem nicht-reguliertem Marktverhalten andererseits liegen jene vielfältigen und unterschiedlichst definierten Formen der Selbst- und Ko-Regulierung: alternative Regulierungsformen, die zunehmend an Bedeutung gewinnen. Es stellt sich also die Frage nach den geeigneten Mitteln und dies führt zu der Überlegung, was das Vertragsrecht dazu leisten kann. Die Frage, ob das nationale Vertragsrecht durch das Kriterium der Gerechtigkeit geprägt ist, hat die Doktrin unterschiedlich beantwortet. In der klassischen Doktrin wird die These vertreten, dass das Vertragsrecht völlig losgelöst von dieser Thematik sei.⁶⁷ Jedoch wird auch dagegen argumentiert, dass Sinn und Zweck der vom Gesetz anerkannten Vertragsautonomie in ihrer sozialen Funktion liegen und dass eine präzise funktionale Verbindung zwischen Wettbewerbsdisziplin⁶⁸ und Vertragsautonomie besteht, die gerade auf den Schutz dieser sozialen Funktion des Vertrags gerichtet ist. Die Rechtsordnung gewährleistet die Vertragsautonomie der Parteien nur solange sie nicht gegen die Prinzipien der Wirtschaftsverfassung durch Missbrauch der

⁶⁵ *Alpa G.*, Party Autonomy and Freedom of Contract Today, *European Business Law Review* 2010, S. 119.

⁶⁶ In dieser Perspektive, soll auch die Disziplin der missbräuchlichen Klauseln als Instrument zur Schaffung der distributiven Gerechtigkeit betrachtet werden: siehe *H. Collins*, zit.

⁶⁷ Siehe *Azzaro A.M.*, zit., S. 110, Fn. 78.

⁶⁸ Zu diesem Thema muss man auch sagen, dass das europäische Wettbewerbsrecht im Bereich der Energiewirtschaft eine nicht immer kohärente Anwendung gefunden hat. Diesbezüglich spricht man über einen <pragmatischen> Ansatz, einen etwas milderen Ansatz im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen: so *Beccarello M.*, Mercato elettrico e concorrenza, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2005, S. 503 ff. Der erste Urteil von einer gewissen Bedeutung zu diesem Thema war der Fall *Amelo*, Urteil von 27 Aprile, 1994, *Caso C-393/92 Geemente Amelo and Others v Energiebedrijf Ijsselmij NV*, in *European Court Reports* 1994, p. I-01477.

privatrechtlichen Institute, die ihnen zu Verfügung stehen, wie eben der Vertrag, verstoßen.⁶⁹

Der Ausgangspunkt dieser Theorie ist in dem Grundgedanken des wirtschaftlichen Liberalismus zu finden. Nach dem Wirtschaftsliberalismus ist jede Partei freigestellt, innerhalb des gegebenen rechtlichen Rahmens ihre Interessen durch den Abschluss von dazu geeigneten Abkommen untereinander zu verfolgen. Die Parteien werden also bei rationalem Handeln nur einen solchen Vertrag abschließen, durch den sie besser gestellt werden als ohne diesen Vertrag. Zwischen dem Punkt, wo ein Vertrag für die Parteien vorteilhaft ist und dem Punkt, wo er nachteilig wird, gibt es einen mehr oder weniger großen Raum für Verhandlungen. Die Vertragsfreiheit wird mit diesem bewussten Verhandeln identifiziert und insoweit wird sie von der Rechtsordnung geschützt, dass sie der Herbeiführung des von den Parteien gewollten Erfolgs dient. Nach dieser Vorstellung sind von dem Gesetzgeber als gerecht - im Sinne von wirtschaftlich rational – nur diejenige Rechtsgeschäfte anerkannt, die aus freien und bewussten Entscheidungen der Privaten entstehen. Dementsprechend ist ein Mangel an *Aequitas* dort zu sehen, wo gewisse Bedingungen hinzutreten, die die Entscheidungsfreiheit des Subjektes beeinträchtigen.

Die Idee eines ungerechten und trotzdem gültigen Vertrages wird von Juristen entschieden abgelehnt: nach den liberalistischen Theorien gewährleistet die Vertragsautonomie von sich selbst auch die Gerechtigkeit, da keine der Parteien einen Vertrag abschließen würde, wenn er für sie nicht vorteilhaft wäre. Diese optimistische Darstellung passt jedoch zu der heutigen Wirtschaftslage nicht: in einem Markt, wo Unternehmen in der Lage sind, ihre stärkere Stellung auszunutzen und zu missbrauchen und wo Wettbewerbstörungen die Dynamik des Markts verfälschen, bildet die Vertragsautonomie keine Garantie mehr und es entsteht die Notwendigkeit von heteronomen Eingriffen in den Vertrag.

Die Spannung zwischen Vertragsfreiheit und außergeleiteter Gerechtigkeit wird zu einer Zentralfrage für die neue Wirtschaftsverfassung: welchen Grad an Freiheit

⁶⁹ *Raiser L.*, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in: *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. it. Di M. Graziadei, Milano, 1990, S. 101. Siehe auch *Caso R.*, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, S. 243.

muss bei dem Austauschvertrag gewährleistet werden und in welchem Maße ist der Eingriff der Gesetzgeber legitim.⁷⁰

Obwohl im Zivilgesetzbuch kein ausdrücklichen Hinweis auf das Thema der vertraglichen Gerechtigkeit zu finden ist, verdeutlicht sich die Bedeutung dieses Aspekts für den Gesetzgeber an mehreren Stellen: der Gesetzgeber räumt den Parteien eine breite Autonomie bei der Gestaltung ihrer privatrechtlichen Beziehungen ein; dabei erklärt er aber das Billigkeitsprinzip zum allgemeinen Auslegungskriterium⁷¹ und Ergänzungsinstrument des Vertrages.⁷² Der Sinn dieser Vorschriften besteht darin, den Willen der Parteien gemäß objektiven Prinzipien der wirtschaftlichen Rationalität und der Marktnormalität auszulegen und zu ergänzen.⁷³ Die Idee des Gesetzgebers war es, jeden Missbrauch der Privatautonomie bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften zu vermeiden und das dazu geeignete Instrument war eben die Möglichkeit eines korrektiven Eingriffes in den Vertrag, und zwar in Form einer Ausbalancierung zwischen der Gestaltung, die die Parteien subjektiv vorteilhaft finden und einer Abwägung von Interessen, die objektiv gerecht ist.

Dies zeigt, dass das Thema des Gleichgewichts bei Austauschverträgen für den Gesetzgeber nicht bedeutungslos ist. Ganz im Gegenteil hat er Instrumente mit allgemeiner Geltung bereitgestellt, die genau dazu dienen, einen zusätzlichen Schutz zu gewährleisten für den Fall, dass dieses Gleichgewicht tatsächlich fehlt. Ein weiteres Beispiel dafür ist auch die Regelung der Anfechtbarkeit des Vertrages, die weit über die Fälle von formellen Mängeln hinausgeht.

Dieser Grundgedanke ist auch das Leitprinzip des allgemeinen Wettbewerbsrechts und stellt einen wichtigen Prüfstand bei der Entwicklung des Vertragsrechts dar: dies zeigt sich deutlich im Bereich der Verbraucherverträge.⁷⁴ Wenn man das Gesetz 281/98⁷⁵ betrachtet, bestätigt sich die Orientierung des Gesetzgebers, die vertragliche Gerechtigkeit zu betonen. Dabei geht es darum, das Risiko zu verringern, dass das

⁷⁰ *De Nova G.*, Il contratto, Trattato di diritto civile, a cura di *Sacco R./De Nova G.*, UTET 2004, S. 25.

⁷¹ Art. 1371 c.c.

⁷² Art. 1374 c.c.

⁷³ Dazu *Rodotà S.*, Quale Equità, in: *Politica del diritto* 1974, S. 31 ff. Ähnlich auch *Tucci G.*, L'equità nel codice civile e l'arbitrato di equità, in *Contratto e impresa*, 1998, S. 469 ff.

⁷⁴ Für eine Erklärung der Kategorien von Verbraucherverträgen und Unternehmensverträgen, sowie für die Erläuterung von Kontaktpunkte zwischen den beiden, siehe *Angelici C.*, La contrattazione d'impresa, in *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, 1, Milano, Giuffrè, 1985, S. 188; siehe auch *Sambucci L.*, Il contratto dell'impresa, Milano, 2002.

⁷⁵ Legge 30 luglio 1998, n. 281, „Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti“.

Zugeständnis an Unternehmen zur Möglichkeit der einseitigen Vertragsgestaltung sich zum Missbrauch dieser Macht umwandelt und zu einer nicht ausgewogenen Übereinkunft zu ihren Gunsten führt. Zu diesem Ziel wird eine Ex-Ante Kontrolle eingeführt.⁷⁶

Um die Vertragsgerechtigkeit zu wahren, werden verschiedene Wege vorgeschlagen: eine erste Form von Regulierung basiert auf der Festsetzung von unabdingbaren Mindeststandards. Diese erste Form wird oft auf dem Energiemarkt verwendet.⁷⁷

Der zweite Modell zählt auf die Kompetenz der Richter, um die Vertragsgerechtigkeit zu sichern: sie sind eben ermächtigt, unbillige Rechtsgeschäfte zu beanstanden und missbräuchliche Klauseln außer Kraft zu setzen. Dabei nutzen sie allgemeine Formeln, wie Treu und Glauben, Angemessenheit, Billigkeit, Übervorteilung, wie z.B. dem Art. 3 der Richtlinie 93/13/EWG zu entnehmen ist. Der Vorteil dieser Methoden besteht darin, dass die Gerechtigkeit des Vertrages und dessen distributive Effekte genauer beobachtet werden können, und zwar in dessen spezifischem Kontext. Doch die Effizienz dieser Methode wird dadurch gefährdet, dass die Gültigkeit der Klausel nicht im Voraus erklärt werden kann, weil die Evaluierung nur ex-post erfolgt;⁷⁸ dies birgt eine große Unsicherheit für den Markt, wo Unternehmen zunehmend in weitem Umfang Gebrauch von Standardverträgen machen. Die Anwendung einer Ex-Post Kontrolle verursacht zudem hohe Kosten für Wirtschaftsakteure und beträchtliche Unsicherheit im Geschäftsverkehr: wenn eine Klausel, die in einer Reihe von Verträgen verwendet wird, ständig dem Gerechtigkeitsurteil unterliegt, ist es für Unternehmen unmöglich, eine zuverlässige Evaluierung von Gewinn und Risiken zu führen: ihre geschäftlichen Verhältnisse sind für sie selbst nicht mehr berechenbar. Darüber hinaus werden unterschiedliche Richter die allgemeinen Prinzipien unterschiedlich interpretieren und demzufolge auch unterschiedlich entscheiden. Dieses System zeigt seine Schwäche noch

⁷⁶ Ähnlich wie bei der deutschen Verbandsklagen wird den Verbraucherverbänden die Möglichkeit eingesetzt, die präventive Untersagung von missbräuchlichen Handlungen zu verlangen.

⁷⁷ Dies ist zum Beispiel der Fall bei Haushaltsverträgen: hier zeigt sich der stärkste Eingriff der Behörde in die Parteiautonomie: Vertragsklauseln sowie Informationspflichten und mehrere Aspekte der Leistungsqualität und –standards wurden pünktlich festgestellt. Die unabdingbare Mindestbedingungen für Haushaltsverträge wurden mit Erlass 200/99 festgestellt, er ist bisher der größte Eingriff der Regulierungsbehörde in die Vertragsgestaltung und wird durch mangelndes vertragliches Gleichgewicht der Vertragsparteien begründet. Mit diesem Erlass erzielte die AEEG, die Lücke des Zivilgesetzbuchs zu füllen.

⁷⁸ Siehe dazu *Haucap J./Kruse J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, in WuW 2004, S. 266 ff.

deutlicher auf Europäischer Ebene, wo man mit verschiedenen Rechtskulturen und Traditionen rechnen muss.

Diese Unsicherheit stellt ein deutliches Hindernis für den Harmonisierungsprozesses der Märkte dar. Dabei hilft der EuGH auch nicht viel weiter, denn erst wenn das nationale Gericht sich an ihn wendet, wird eine allgemeingültige Auslegung geleistet.

Ein weiteres Modell der Regulierung nimmt die Vertragsstandardisierung in Anspruch.⁷⁹ Diese scheint aus mehreren Gründen passender für den Energiemarkt zu sein. Dabei stellen sich aber einige Fragen: die erste zum Präzisionsniveau der Normierung und, noch wichtiger, zur öffentlichen Behörde, die für die Feststellung von Standards mit distributiven Folgen und deren Durchsetzung verantwortlich ist: sie muss demokratisch legitimiert sein.

Diese Form von Regulierung ist deswegen zu bevorzugen, weil die Standardisierung überwiegend bei transnationalen Geschäften verwendet wird. Es scheint demzufolge sinnvoll, die Vertragsgerechtigkeit durch diese Form von inhaltlicher Kontrolle zu gewähren. Natürlich ist es wichtig, dass trotz der Standardisierung ein gewisser Grad an Wettbewerb unberührt bleibt; deswegen müssen einige Aspekte der Vertragsgestaltung, wie z.B. Preis und *Grundgestaltung* von Gütern oder Leistungen außerhalb der Standardisierung bleiben.

Da man nicht erwarten kann, dass staatliche Subjekte die passgenaue Kompetenz in den betroffenen Vertragsrechtsgebieten haben, ist dem Weg der Ko-Regulierung zu folgen, um von der Standardisierung am besten zu profitieren. Dadurch werden alle beteiligten Interessen vertreten und damit die legitime Erwartung der Parteien am besten berücksichtigt und geschützt.⁸⁰

Dieser Weg ist zudem zu bevorzugen, weil dadurch Sicherheit und Vorhersehbarkeit gewährleistet werden, was eine ganz wichtige Bedingung im Geschäftsverkehr

⁷⁹ Es ist dabei auch zu klären, ob die Vertragsstandardisierung, die sich aus der Verständigung zwischen privaten und halb-staatlichen Akteuren ergibt und vom Gesetzgeber gebilligt wird, als zwingend zu gelten hat oder nicht. In diesem Fall würde das Prinzip der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie stark gefährdet. Deswegen wird diese Lösung als *extrema ratio* betrachtet. Manche argumentieren dagegen, dass wo von Vertragsstandardisierung die Rede ist, sei diese Freiheit in der Tat nicht real, siehe dazu *Collins H.*, zit.

⁸⁰ Dabei besteht nur das Risiko, dass diese Form von Regulierung negativ durch die Informationsasymmetrie, die zwischen den beteiligten Subjekten besteht, beeinflusst wird. Um dieses Problem zu verhindern wird die Unterstützung von institutionalisierten Akteuren streng gefordert, wie eben die sektorspezifischen Behörden; siehe *Collins H.*, *The Law of Contract*, 4th ed., London, 2003, S. 266-269.

darstellt. Darüber hinaus entsprechen standardisierte Verträge⁸¹ meistens dem effektiven Interesse und den Bedürfnissen der Betroffenen, weil sie aktiv an den Entstehungsprozess teilnehmen und sich mit dem realen Kontext des Markts besser als institutionalisierte Subjekte auskennen. Auf transnationaler Ebene ist es klar zu erkennen, wie durch die Vertragsstandardisierung viele Schwierigkeiten überwunden werden können: bei der Anwendung von allgemeinen Prinzipien, wie Treu und Glauben oder Billigkeit, kommen nationale Gerichte zu unterschiedlichen Lösungen, während bei der Anwendung von gesetzlich gebilligten standardisierten Verträgen, kein Raum für abweichende Auslegung der Klauseln bestehen würde. Dadurch könnte effektiv ein allgemeines Regelungsinstrument für die ganze EG geschaffen werden. Darüber ist sich auch die Kommission bewusst: in ihrem Aktionsplan wird die Aufnahme von harmonisierten Vertragsklauseln für den Gemeinschaftsmarkt nachdrücklich empfohlen.⁸² Die Kommission fordert dabei die Anwendung der Ko-Regulierung auch als Mittel, um das demokratische Bewusstsein innerhalb der Union zu verstärken und um die Gefahr zu beseitigen, dass sich der Einsatz zur Schaffung eines freien Markts zu Lasten von sozialen und distributiven Instanzen konkretisiert⁸³.

Diese Bedenken tauchen auch ganz deutlich in der Mitteilung der Kommission über die „Charta der Rechte der Energieverbraucher“⁸⁴ auf.

Die Charta wurde nicht als rechtliches Dokument gedacht, sondern als ein an Regierungen und Energieregulierungsbehörden gerichteter Appell, um einen konkreten Beitrag zur Wahrung der Verbraucherinteressen in einem sozialen,

⁸¹ Es ist aber auch wichtig zu vermeiden, dass sich die Vertragsstandardisierung in ein Wettbewerbshindernis umwandelt: dazu hat die AGCM (Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato) einige Kriterien festgestellt zur Unterscheidung zwischen positiver und negativer Standardisierung: Standards dürfen nicht zwingend sein; standardisierte Klauseln müssen nicht zu detailliert sein; die Zahl der Akteure auf dem Markt, die die Standardisierung aufnehmen ist auch zu betrachten; aus der Standardisierung soll ein Vorteil für Verbraucher entstehen; Standardisierung von technischen Elementen ist zu bevorzugen im Vergleich zu der Standardisierung von geschäftlichen Aspekten. AGCM, provv. 9541, 10.5.01, ABI; provv. 10708, 2.5.02, *Poste Italiane*.

⁸² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 12. Februar 2003 über ein kohärentes europäisches Vertragsrecht: Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg., Nr. 81-88.

⁸³ Mitteilung der Kommission vom 25. Juli 2001 „Europäisches Regieren - Ein Weißbuch“, KOM(2001) 428 endg. Siehe dazu *Joerges C., Meny Y., Weiler J.H.H.* (Hrsg.) *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnett Working Paper n. 6/01.

⁸⁴ Mitteilung der Kommission KOM (2007) 386 vom 5. Juli 2007: „Auf dem Weg zu einer Charta der Rechte der Energieverbraucher“.

umweltfreundlichen und wettbewerbsfähigen EU-Energiemarkt zu leisten.⁸⁵ Dies soll vor allem dadurch geschehen, dass die bestehenden Verbraucherrechte in einem einzigen Dokument in einer leicht verständlichen Weise zusammengestellt, präzisiert und konsolidiert werden. Insofern stellt die Charta ein nicht unerhebliches Instrument für Verbraucher zur Wahrnehmung ihrer Rolle auf dem Markt dar. Verbraucher können nämlich mit ihrem Nachfrageverhalten eine Schlüsselrolle einnehmen und Angebot und Wettbewerb mit beeinflussen. Dazu ist aber notwendig, dass sie sich über ihre Rechte bewusst sind. Der von der Kommission angestrebte Plan zur Verstärkung der Rolle der Verbraucher als Marktpartner richtet sich zentral auf folgende Schwerpunkte: Verbesserung des Mindestinformationsangebots in Versorgungsverträgen, Reduzierung des bürokratischen Aufwands beim Wechseln des Kunden zu einem anderen Energieanbieter, Schutz der Kunden vor unlauteren Verkaufspraktiken nach der Richtlinie 2005/29/EG und Unterstützung sozial schwacher EU-Bürger.

Das Erfordernis von Mindestbestimmungen für Verträge zwischen Verbrauchern und Energielieferanten ist schon im Anhang A Buchstabe a, RL 2003/54/EG betont. Hier ist auch das Recht von Energieverbrauchern auf gerechte und im Voraus bekannt gegebene Vertragsbedingungen festgeschrieben. Das Informationsgebot soll den Energieverbrauchern die Wahl zwischen mehreren Stromversorgern und unterschiedlichen Versorgungsoptionen erleichtern; es erstreckt sich auch auf Informationen hinsichtlich des vom Lieferanten verwendeten Anteils der einzelnen Energiequellen am Gesamtenergieträgermix, der Umweltauswirkungen, der tatsächlichen Preise und des tatsächlichen Verbrauchs sowie der Möglichkeiten zur Erhöhung der Energieeffizienz. Gleichzeitig betont die Kommission mit Nachdruck das Recht von Stromkunden auf die freie Wahl des Versorgers, was sich in der Sicherstellung von reibungslosen und kostenfreien Versorgerwechseln konkretisiert.⁸⁶ Um das Vertrauen auf den Markt zu verstärken, müssen den Verbrauchern ferner Beschwerdeverfahren zur Verfügung stehen, die kostengünstig und transparent sein müssen. Dabei wird auch ein Akzent auf die Verbrauchervertretung durch Verbraucherverbände gelegt: ihnen muss das Recht eingeräumt werden, bei Verstößen gegen Verbraucherinteressen im Energiebereich

⁸⁵ Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz: Entwurf eines Berichts über das Thema „Auf dem Weg zu einer Charta der Rechte der Energieverbraucher“ vom 12.2.2008, S. 4.

⁸⁶ Art. 3 Abs. 5 und Anhang A Buchstabe e) RL 2003/54/EG.

Unterlassungsklage zu erheben. Während über die oben dargestellten Punkte Einigkeit herrscht, weil sie schon umfassend in der sekundären Gesetzgebung Raum gefunden haben, wurden gegen die in dem Konsultationsdokument der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen zur Unterstützung sozial schwacher EU-Bürger erhebliche Bedenken erhoben. Um die bestmögliche Erfüllung der Bedürfnisse schutzbedürftiger Verbraucher zu gewährleisten, forderte die Kommission in dem Konsultationsdokument zu der Charta vor allem die Überprüfung der Zielgerichtetheit und Regelmäßigkeit bestehender Maßnahmen sowie die Klarstellung des Begriffs des schutzbedürftigen Energieverbrauchers. Die mit diesem Status verbundenen Rechte müssen durch den Einsatz der einzelnen Mitgliedstaaten gewahrt werden. Um die Gefahr des Ausschlusses von Energieverbrauchern, die sich aufgrund von Beeinträchtigungen oder geringen finanziellen Möglichkeiten in einer besonderen Lage befinden, von grundlegenden Energiedienstleistungen zu vermeiden, schlägt die Kommission vor, diese erforderlichenfalls unentgeltlich zu versorgen. Dieser Vorschlag erweckt Bedenken, und zwar sowohl aus ordnungspolitischer, als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht. Er verstößt nämlich vor allem gegen die Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit, indem er einen Kontrahierungszwang zum Preis vom Null vorsieht; da keine staatlichen Entschädigungszahlungen für den Stromversorger vorgesehen sind, widerspricht dies dem Grundsatz, dass die Sozialpolitik dem Staat und nicht Privatunternehmen obliegt. Ein massiver staatlicher Eingriff in den Markt stellt auch der Kommissionsvorschlag dar, „um sozialverträgliche Preise und Bedingungen für genau definierte Kategorien von Strom- und Gasverbraucher in abgelegene Gebieten oder mit besondere Bedürfnissen zu schaffen“. Das Dokument enthält zwar keine legislativen Vorschläge diesbezüglich, bereitet aber den Boden für weitere Regulierung durch massive gesetzgeberische Maßnahmen und Eingriffe in den Markt. Die Verstärkung der Regulierungsdichte ist insofern mit der Gefahr gebunden, dass dadurch die Entwicklung von Märkten behindert werden könnte. Dieser Gedanken taucht insbesondere bezüglich des von der Kommission angestrebten „höchstmöglichen“ Verbraucherschutzniveaus auf, wodurch nicht nur eine Abkehr vom Leitbild des mündigen Verbrauchers, sondern auch ein ungerechter Eingriff in die Vertragsfreiheit stattfinden würde. Die Intensivierung von Verbraucherschutzvorschriften könnte jedoch negative Folgen für die

Marktentwicklung haben. Da es schon weit reichende allgemeine Verbraucherrechtvorschriften gibt, würde sie zur weiteren Rechtszersplitterung und damit zur Rechtsunsicherheit führen und sogar potentielle Anbieter vom Marktzutritt abhalten.

Die Debatte über den Erlass einer Charta der Rechte der Energieverbraucher auf Gemeinschaftsebene hat im Übrigen zu einer ähnlichen Initiative in Italien geführt. Die *Autorità per l'energia elettrica e il gas* hat am 29. Januar 2010 ein „Atlante dei Diritti dei Consumatori di Energia“⁸⁷ veröffentlicht, das als Informationsinstrument für Verbraucher dienen soll.

⁸⁷ Abrufbar unter <http://www.autorita.energia.it/atlane/>.

3. Teil: Das Universaldienstmodell im Energierecht

3.1 Leistungen der Daseinsvorsorge im Zuge des europäischen Wettbewerbsrechts

Die Veränderungen, die sich im Bereich der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere der Energiewirtschaft gegeben haben, sind als Produkt des Fortschritts auf dem Weg zu der neuen europäischen Wirtschaftsverfassung⁸⁸ zu sehen. Damit ist der Aufbauprozess des Binnenmarktes in seinem dynamischen Werden durch das primäre Gemeinschaftsrecht und seine Anwendungs- und Auslegungspraxis gemeint.⁸⁹

Die Anpassung nationalstaatlicher Rechtsordnungen und Wirtschaftssysteme zu dem neu entstandenen marktwirtschaftlichen Modell ist nicht reibungslos geschehen, sondern hat, je nach historischer Prägung der Länder, unterschiedliche Interventionsmaßnahmen erfordert.⁹⁰ Dementsprechend spiegeln die unterschiedlichen Vorgänge der Energiewirtschaftsliberalisierung in Deutschland und Italien die historische Entwicklung des Sozialstaates und der Leistungen der Daseinsvorsorge der Länder wider: in Italien war der Bruch mit der Vergangenheit deutlich heftiger als in Deutschland, wo schon in der Nachkriegszeit eine gewisse Tendenz zur freien Marktwirtschaft zu erkennen war, und die Umstellung auf die neuen Prinzipien weniger Spannungen verursacht hat.

Im deutschen Grundgesetz fehlt ein expliziter Hinweis auf die wirtschaftliche Prägung der Bundesrepublik, weil keine bestimmte Wirtschaftsordnung mit dem Grundgesetz vorgegeben werden sollte: allerdings ist, trotz des Schweigens des

⁸⁸ Dazu *Micklitz Hans-W.*, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, in *Liber amicorum Norbert Reich*, 1997, S. 245 ff.; siehe auch *Joerges C.* (1991), Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der regulativen Politik, *European University Working Papers N. 91/15*; *Sauter W.*, The Economic Constitution of the European Union, 4 *Colum. J. Eur. L.*, 1998, S. 27 ff. Drei voneinander zu unterscheidende Regelungsansätze identifiziert M. Nettesheim bei der Durchsetzung der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung: siehe *Nettesheim M.*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in *Hrbek R./Nettesheim M.* (Hrsg.), *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, Baden-Baden, 2002, S. 42 ff.

⁸⁹ Dem Begriff der Wirtschaftsverfassung kommen unterschiedliche Bedeutungen zu, siehe dazu *Cassese S.*, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000. Für die Diskussion in der deutschen Doktrin vgl. *Giani L.*, *Attività amministrative e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

⁹⁰ *Clarich M.*, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2003, S. 91 ff.

Verfassungsgebers hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung, in der deutschen Wirtschaftsordnung eine starke Beeinflussung durch den Sozialstaatsgedanken zu erkennen. Seit der zweiten Nachkriegszeit ist genau dies die dominierende politisch-institutionelle Prägung der Wirtschaftsordnung.

Die These, dass dem Grundgesetz die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft zugrunde liegt, wurde zunächst von Hans Carl Nipperdey entwickelt.⁹¹ Ansatzpunkt seiner Theorie bildete das Konzept der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), das zusammen mit dem Sozialstaatsprinzip das Grundkonzept der sozialen Marktwirtschaft verfassungsrechtlich begründete. Gegen diese Theorie entwickelte Ernst Rudolf Huber das Konzept der „gemischten Wirtschaftsverfassung“, das auf dem Gleichgewicht zwischen gewährleisteter Offenheit und dem materiellen Systemabschluss durch andere Prinzipien basiert.

Der Verfassungsgeber selbst hat sich nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden; daher ist das Bundesverfassungsgericht immer von der „wirtschaftspolitischen Neutralität“⁹² des Grundgesetzes ausgegangen: schon mit der Investitionshilfe-Entscheidung vom 20. Juli 1954⁹³ hat das höchste deutsche Gericht festgelegt, dass das Grundgesetz weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde „soziale Marktwirtschaft“ garantiert; diese Orientierung hat das Gericht auch in der nachfolgenden Rechtsprechung größtenteils beibehalten.⁹⁴

Infolge dieser historischen politisch-institutionellen Vision war die deutsche Wirtschaftsordnung schon immer durch eine tendenzielle Wettbewerbsorientierung geprägt. Ein weiteres Merkmal der deutschen Wirtschaftsordnung besteht in der geringen Präsenz des Staates in der Wirtschaft als aktiver Marktteilnehmer, und zwar weder als Eigentümer noch als Betreiber von öffentlichen Dienstleistungen, wie es

⁹¹ Nipperdey H.-C., Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Heymann, Köln, 1961.

⁹² Siehe etwa Krüger H., Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, hrsg. von U. Scheuner, 1971, S. 125 ff; Scheuner U. ebd., Einleitung, S. 29; Zacher H. F., Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, ebd. S. 549 ff., bes. S. 558 ff; Ehmke H., Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 18 ff.; Badura P., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967) S. 382 ff; Ders., Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrecht, JuS 1976, S. 205 ff; Kriele M., Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, in: ZRP 1974, 105 ff; Benda E., Gerechte Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung, in: Gemper B., Marktwirtschaft und soziale Verantwortung, 1973, S. 185 ff; Papier H.-J., Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin De Gruyter, 2. Auf. 1994, S. 799 ff.

⁹³ BVerfGE 4, 7 (17/8).

⁹⁴ Siehe etwa BVerfGE 7, 337 (400); 14, 19 (23); 30, 292 (315); 50, 290 (337).

sich dagegen in Italien ergeben hat. Klares Zeichen dafür bildet die Präsenz auf dem Energiemarkt von mehreren privaten Unternehmen schon seit langer Zeit und auch der Erlass eines Wettbewerbschutzgesetzes schon im Jahr 1957.⁹⁵

Die italienische Verfassung aus dem Jahr 1948 basiert dagegen auf einer Mischform, in welcher verschiedene Marktprägungen, die auf die Prinzipien des Liberalismus, des Sozialismus und auf die katholische Tradition zurückzuführen sind, nicht reibungslos zusammenwirken. Auch nicht durch die Auslegung des Art. 41 Cost.⁹⁶, der die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit gewährleistet, lässt sich das Wirtschaftssystem klar einordnen: die Norm gewährleistet die Freiheit wirtschaftlichen Handelns (Art. 41 Abs. 1 Cost.), ohne dabei explizit auf das Wettbewerbsprinzip hinzuweisen.⁹⁷ Natürlich soll jedoch, infolge der Beteiligung an der Europäischen Gemeinschaft, Art. 41 Cost. im Lichte der gemeinschaftlichen Prinzipien interpretiert werden, wodurch das Wettbewerbsprinzip zum Leitprinzip der nationalen Wirtschaftsordnung wird.⁹⁸ Diese Auslegung wurde auch in letzter Zeit durch das Verwaltungsgericht bestätigt: in einem Urteil hat der *Consiglio di Stato* den inneren Sinn der Wettbewerbsfreiheit beschrieben als <ein allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts, das die mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Ausübung des Ermessens berücksichtigen müssen; ein Prinzip das nicht nur auf

⁹⁵ Siehe dazu *Ammannati L.*, Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi, in *Ammannati L.* (Hgb.), La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia, Padova, 1998.

⁹⁶ Art. 41 Cost. lautet: «Die privatwirtschaftliche Betätigung ist frei. Sie darf nicht im Widerspruch zum Allgemeinwohl stehen oder eine Beeinträchtigung der Sicherheit, der Freiheit oder der Menschenwürde des einzelnen mit sich bringen. Zwecks Ausrichtung und Abstimmung der öffentlichen und privaten Wirtschaftstätigkeit auf soziale Ziele werden im Wege von Gesetzen geeignete Wirtschaftspläne und Maßnahmen der Wirtschaftskontrolle festgelegt.»

⁹⁷ So *Irti N.*, L'ordine giuridico del mercato, Bari, 1998, S. 96: «La Carta repubblicana ignora l'economia di mercato». Ders., Economia di mercato e interesse pubblico, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, S. 440: hier betont der Autor, dass die Costituzione den europäischen Grundprinzipien widerspricht, er argumentiert die These, dass das öffentliche Interesse aus den gemeinschaftlichen Prinzipien zu entnehmen ist und insoweit auch die Gewährleistung freies Wettbewerbs einbeziehen soll.

⁹⁸ Vgl. etwa *Merusi F.*, Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di *Bassi F./Merusi F.*, Milano, 1993, S. 159 ff.; *Corso G.*, Attività amministrativa e mercato, in Riv. giur. quadr. dei pubblici servizi, 1999, S. 17-17; *Cartei G.*, Il servizio universale, Milano, 2002, S. 24 ff., insbesondere bezüglich Art. 24 und dessen Verflechtungen mit dem Begriff von öffentlicher Dienst. Im Allgemeinen zu den Theorien der verfassungsrechtlichen Begründung des Wettbewerbs siehe *Niro R.*, Profili costituzionali della disciplina antitrust, Padova, 1994, 97 ff.; *Zito A.*, Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore della disciplina antitrust, Torino, 1998, S. 69 ff.

gesetzgeberische Erlasse Anwendung findet, sondern auch auf alle verwaltungsrechtlichen Maßnahmen.⁹⁹

Ein Blick zurück in die Geschichte zeigt ferner, dass in Italien der Staat sich fast unbegrenzt durch verschiedene Interventionsformen in die Wirtschaft eingemischt hat. Dies ist auch der Grund dafür, dass die Anpassung an die europäische Wirtschaftsverfassung einen heftigeren Bruch im Vergleich zu anderen Ländern verursacht hat. Mangels jeglicher Festsetzung von verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Intervention, waren Leistungen von allgemeinem Interesse überwiegend vom Staat gemäß Art. 43 Cost. betrieben worden.¹⁰⁰ Dies widerspricht natürlich den europäischen Vorgaben nicht, wie Art. 345 AEUV zu entnehmen ist, denn der Grundsatz der Neutralität der Eigentumsordnung impliziert, dass Mitgliedstaaten zur Privatisierung ihrer Unternehmen in keiner Weise gezwungen werden.¹⁰¹ Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen durch staatliche Unternehmen für den Staat viel zu belastend ist, und dass effizientere Formen bestehen, um die Erfüllung politisch gewollter öffentlicher Aufgaben sicherzustellen.

Dieser Paradigmenwechsel entspricht der Umwandlung vom Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat. Mit der Einbeziehung privater Akteure in vormals staatliche Aufgaben stellt sich aber auch die Frage nach dem passenden Regulierungsansatz, der zum einen für die Durchsetzung lauterer Wettbewerbs in ehemaligen

⁹⁹ Laut Urteil Cons. St. IV sez., n. 5714 del 2002 in www.giustizia-amministrativa.it: Hierbei hat das Gericht, hinweisend auf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip festgelegt, dass <Maßnahme die die Wettbewerbsfreiheit der Bürger beschränken, zweckmäßig und notwendig sein müssen >.

¹⁰⁰ Art. 43 Cost. lautet: «Aus Gründen des Allgemeinwohls kann das Gesetz dem Staat, den öffentlichen Körperschaften oder Vereinigungen von Arbeitern oder Verbrauchern, bestimmte Unternehmen oder Kategorien von Unternehmen im Vorhinein vorbehalten oder im Enteignungswege gegen Entschädigung übertragen, wenn diese wesentliche öffentliche Dienste oder Energiequellen oder Monopolstellungen betreffen und ihrem Wesen nach ein überwiegendes Allgemeininteresse haben».

¹⁰¹ Vgl. Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, KOM(2000) 580 end., Rn. 21. Strenger ist, jedoch, die Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofes bezüglich staatlicher Monopole: in einer Reihe von Urteilen hat der EuGH ihre grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsinteresse betont. Dabei hat das Gericht das Regel/Ausnahme-Verhältnis umgestellt, während vorher noch unklar war, ob staatliche Monopole zulässig sein könnten, solange sie gegen das Gemeinschaftsinteresse nicht verstoßen, hat das EuGH später eindeutig geklärt, dass sie grundsätzlich vertragswidrig sind, es sei denn ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Recht von dem Mitgliedstaat oder vom Unternehmen bewiesen werden kann. Vgl. EuGH, Rs. C-393/02, Slg. 1994, I- 1447 – Almelo; EuGH, Rs. C-157/94, Kommission/Niederlande, Rs. C-158/94, Kommission/Italien, Rs. 159/94, Kommission/Frankreich, Rs. 160/94, Kommission/Spanien, slg. 1997, I-5699.

monopolistischen Wirtschaftszweigen zu sorgen hat und zum anderen gewährleisten muss, dass politisch gewollte Leistungen zu definierten Standards erbracht werden.

3.2 Die historische Entwicklung öffentlicher Dienstleistungen

Mit der Liberalisierung des Energiemarkts eröffnen sich für Energieunternehmen beträchtliche Gewinnchancen. Gleichwohl muss aber dafür gesorgt werden, dass kollektive Grundbedürfnisse durch das Angebot an Leistungen von bestimmter Qualität weiterhin befriedigt werden. Insofern stellt die Liberalisierung der Energiewirtschaft eine wichtige Herausforderung an den Wettbewerb, und zwar die Sicherstellung der Stromversorgung einer bestimmten Qualität für alle Verbraucher und Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet zu erschwinglichen Preisen. Um dieser Anforderung Rechnung zu tragen, werden Energieversorgungsunternehmen gewisse Verpflichtungen auferlegt, die sich als „Erbschaft“ des alten Konzepts vom *servizio pubblico* nach der Umstellung der Elektrizitätsversorgung nach wettbewerblichen Prinzipien begreifen lassen.

Das Konzept von „*servizio pubblico*“¹⁰² ist sehr variabel und wird als ein dynamischer Begriff beschrieben, der zeit- und historisch bedingt sowie stark durch nationalstaatliche Tradition geprägt ist.¹⁰³ Trotz der unterschiedlichen Gegebenheiten der rechtlichen Kategorie des *servizio pubblico* in den EU-Mitgliedstaaten,¹⁰⁴ ist deren Fundierung jedoch gemeinsam: es gibt Leistungen, die der Erfüllung der Grundbedürfnisse der Bevölkerung dienen, und deswegen auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür gibt. Wenn diese Situation vorkommt, und die Marktkräfte solche Dienstleistungen nur in unzureichender Weise bereitstellen, dann legt die öffentliche Macht konkrete

¹⁰² Die Kategorie der „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ entspricht auf gemeinschaftlicher Ebene dem Konzept vom „*servizio pubblico*“.

¹⁰³ Zutreffend *Glaeser M.G.*, in *Clemens E.W.*, *Economia dei servizi di pubblica utilità*, Utet, Torino, 1957, Ss. 19-25: er beschreibt die öffentliche Dienstleistung als ein fixiertes Konzept mit einem wechselhaften Inhalt. Vgl. auch das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 end., S. 14. In dem Grünbuch sind eine Reihe von Voraussetzungen aufgelistet, die zu dem allgemeinem Konzept von SGI gehören: universal service, continuity, quality of service, affordability, user and consumer protection.

¹⁰⁴ Für eine vergleichende Darstellung der Strukturen der öffentlichen Versorgung in EU Staaten siehe *Pielow J.-C.*, *Grundstrukturen der öffentlichen Versorgung*, Mohr-Siebeck, 2001, insb. S. 267 ff.

Leistungsanforderungen an, um die Befriedigung von Bedürfnissen der Bevölkerung sicherzustellen. Das Marktversagen, *in primis*, gibt also Anlass für das staatliche Eingreifen, aber auch für die Verfolgung von Zielen, die der Marktlogik fremd sind: denn der „*servizio pubblico*“ hat auch eine über-marktliche Dimension in sich.¹⁰⁵

In Italien hat sich von Beginn an ein Konzept des „*servizio pubblico*“ in einem engeren Sinne entwickelt, das sich mit der Figur der leistenden Verwaltung identifiziert,¹⁰⁶ und statt eine einheitliche rechtsdogmatische Figur zu bilden, eine bereichsbezogene Erfassung durch den Fachgesetzgeber bekommen hat. Die verfassungsrechtliche Anknüpfung bildet Art. 43 Cost., der dem Staat die Möglichkeit der Enteignung von Wirtschaftsbranchen einräumt und die Postulierung eines ausschließlichen „Staatsvorbehalts“ für die Gründung mit öffentlichen Dienstleistungen befasster Unternehmen vorsieht. Auf dieser Norm basierte die staatliche Tätigkeit in strategischen Wirtschaftszweigen durch staatseigene oder „gemischt-wirtschaftliche“ Unternehmen.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Clarich M., Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi, Diritto pubblico, 1998, S. 187-188.

¹⁰⁶ Siehe dazu, Santi G., Il servizio universale in Italia, in: Ferrari E. (Hrg.), I servizi a rete in Europa, 2000, S. 141 ff. Die Debatte über die Kategorieabgrenzung hat Rechtswissenschaftler lange beschäftigt. Die Diskussion innerhalb der italienischen Doktrin hat sich ursprünglich nach einer subjektiven Auffassung, später nach einer objektiven entwickelt. Die erste Systematisierungsversuche der Kategorie vom *servizio pubblico* basierten auf der rechtlichen Natur der Betreiber: nach dieser subjektiven Auffassung waren als *servizio pubblico* zu begreifen diejenige Leistungen die von einem öffentlichen Unternehmen – oder Einrichtung, zur Leistungserbringung an die Kollektivität erbracht waren. Diese Auffassung wurde bald durch eine neue ersetzt, die sich auf objektive Merkmale stützt, nach der (abgesehen von der rechtlichen-rechtlichen Natur des Dienstleisters) nur die Relevanz der Leistungserbringung für die Kollektivität entscheidend ist: siehe etwa Pototschnig U., Corso, Democrazia e amministrazione (a cura di Marongiu e De Martin), Milano, 1992. Diese Auffassung wird durch die Auslegung von Artt. 41 und 43 Cost. bestätigt: die Möglichkeit, dass der Staat den Betrieb von öffentlichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eigenmächtig übernimmt, impliziert eben, dass ihre Ausübung auch den Privaten erlaubt ist; insofern spielt die Natur des Dienstleisters keine Rolle, siehe Mancini L., I contratti di utenza pubblica, Dir. amm. 1/2002, S. 118. Innerhalb der objektiven Theorie gibt es dann auch Differenzierungen: einerseits werden zu der Kategorie alle Tätigkeiten gezählt, die einer öffentlichen Regulierung unterliegen. Diese Auffassung wird jedoch auf der Grundlage kritisiert, dass sie viel zu breit sei. Darüber hinaus lasse sich nicht unterscheiden zwischen Leistungen des *servizio pubblico* und allen anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten von Privaten, die nach Art. 41 Cost. staatlicher Kontrolle und Programmierung unterworfen sind. Ein mögliches Kriterium für die Begrenzung der Kategorie liegt in der Umstand, dass die Leistungserbringung dem Gleichheitsgebot unterliegt, was für mit öffentlichen Dienstleistungen betraute Unternehmen eine Reihe von Verpflichtungen impliziert: Mancini L., zit., S. 121. Mit der Zeit hat sich die „die Bekräftigung und Verfestigung der objektiven Theorie gegeben, nach der öffentliche Dienstleistungen dadurch gekennzeichnet seien, dass über die teleologische Erklärung hinaus, sie einer besonderen sektorspezifischen Disziplin unterliegen, die die Verfolgung von sozialen Zielen sichert“. Bei dieser Debatte hat auch die Rechtsprechung unterschiedliche Positionen vertreten. Über die Abweichungen in der Doktrin und Rechtsprechung betreffend die Kategorieabgrenzung von *servizio pubblico*, siehe Parisio V., Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003, S. 61 ff.

¹⁰⁷ Cassese S., La nuova costituzione economica, Bari, Laterza, 2001.

Diesem Regime war auch die Energieversorgung unterworfen, ebenso wie auch weitere Sektoren der öffentlichen Versorgung, wie etwa Post und Telekommunikation: alle diese Dienstleistungen waren unter wettbewerbsfremden Bedingungen und mit der Zuerkennung von Sonderrechten erbracht worden. Der Gedanke dahinter war es, dass bei solchen Leistungen, die zur Erfüllung von Grundbedürfnissen der Bevölkerung dienen, nur die staatliche Ausführung eine flächendeckende Versorgung bis hin zu abgelegenen oder unzugänglichen Gegenden zum erschwinglichen Preis und unter Einhaltung gewisser Mindestqualitätsstandards gewährleisten konnte.¹⁰⁸

Nicht nur das Marktversagen bot also Anlass für das staatliche Eingreifen, sondern auch die Verfolgung von Zielen, die der wirtschaftlichen Dynamik des Markts fremd sind, und doch unter staatlicher Verantwortung fallen. Bei dieser Darstellung des *servizio pubblico* ist die „über-marktliche“ Dimension von solchen Leistungen deutlich zu erkennen, die ihnen eine Sonderstellung verleiht und den Grund für ihre besondere rechtliche Einordnung erklärt. Unter dem ehemaligen Regime galt die Überzeugung, dass die staatliche Beteiligung an öffentlicher Versorgung schon allein eine Garantie dafür war, dass der Dienstleister das Allgemeinwohl und die Bedürfnisse besonderer Bevölkerungsgruppen – wie etwa Behinderter oder Bezieher niedriger Einkommen - immer im Blick hatte, und dass die Belange von Nutzern und Verbrauchern als Priorität gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse galten. Das Funktionieren des Systems wurde durch die Zuerkennung von Sonderrechten und die Abweichung von Wettbewerbsregeln ermöglicht.

Die Praxis zeigte jedoch nicht nur, dass diese Vermutung unzutreffend war, sondern auch, dass das gesamte System für die staatliche Wirtschaft viel zu belastend war. Diese Abwägung bildete die Basis für die Privatisierungs- und Liberalisierungspolitik die zur progressiven Reduzierung der staatlichen Beteiligung an Unternehmen, die mit Leistungen von allgemeinem Interesse betraut waren, durch formelle und substantielle Privatisierung von *Enti pubblici economici* geführt hat. Dieser Entstaatlichungsprozess hat der Liberalisierungswelle den Weg bereitet und stellte damit den ersten Schritt zu einem radikalen Umbau der Versorgungswirtschaft durch den Übergang zu einer möglichst wirtschaftlichen Führung dar.

¹⁰⁸ Vgl. *Sorace D.*, Pubblico e privato nella gestione dei servizi locali mediante società per azioni, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, S. 56-57.

Die entscheidenden Faktoren, die zur Umwandlung geführt haben, waren nicht nur die hohen Kosten der staatlichen Ausführung, sondern auch der Wandel technischer und globalwirtschaftlicher Rahmenbedingungen von netzgebundenen Versorgungssektoren und vor allem die wettbewerblichen Strömungen auf Gemeinschaftsebene infolge der Durchsetzung des Wettbewerbsprinzips als Wert von höchstem Rang der europäischen Wirtschaftsverfassung. Zu nennen sind, als Akteure dieses Paradigmenwechsels, der gemeinschaftliche Gesetzgeber, der die Grundprinzipien der Disziplin setzt und der Kategorien von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Universaldienste festlegt, der nationale Gesetzgeber der die konkrete Reichweite der Kategorie von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Universaldienste und deren konkrete Disziplin bestimmt, und die Regulierungsbehörden, die die volle Verwirklichung der Vorgaben und die Anwendung der Prinzipien in der Praxis gewährleisten.

Das leitende Prinzip der Umwandlung besteht darin, dass die Einhaltung von Vorschriften des EG-Vertrags betreffend Wettbewerbsdurchsetzung und Schaffung des Binnenmarkts mit der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge vereinbar ist. Die Verankerung für die Abschaffung der wettbewerbsfreien Sphäre bietet Art. 106 AEUV,¹⁰⁹ der durch die progressive Abschaffung wettbewerbsfreier Sphären eine grundlegende Änderung des Ordnungsrahmens der öffentlichen Dienstleistungen herbeigeführt hat. Die Folgen dieser Entwicklung sind von großem Belang und betreffen nicht nur den Begriff und die Abgrenzung der Kategorie, sondern auch deren gesetzliche Disziplin und die Gestaltung öffentlicher Kontrollen. Innerhalb dieser grundlegenden Änderung entwickelte sich die Konzeption des Universaldienstes. Der Kern dieser rechtsdogmatischen Figur war auch schon dem Begriff des *servizio pubblico* implizit, denn er ist mit der Erbringung der

¹⁰⁹ Art. 106 AEUV lautet wie folgt: «(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. (2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. (3) Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedstaaten.»

Aus diesem Artikel sind drei Grundsätze zu entnehmen betreffend: Neutralität, Gestaltungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit, siehe die Mitteilung der Kommission KOM(2000) 580, S. 11.

Grundversorgungsdienste eng gebunden. Das Auftauchen dieser neuen Kategorie ermöglichte es jedoch, viele bisher vernachlässigte Aspekte der öffentlichen Versorgung näher zu erörtern. Ähnlich wie der Begriff des „*servizio pubblico*“, ist auch die Kategorie der „Universalität“ schwierig einzuordnen, weil es geht um ein historisch-dynamisches Konzept mit verschiedenen Implikationen in den unterschiedlichen Sektoren geht.¹¹⁰ Es handelt sich jedoch immer um eine Reihe von Standards und Mindestanforderungen, die bei der Erbringungen von „lebenswichtigen Leistungen“ an jeden Bürger zu erschwinglichen Bedingungen zu gewährleisten sind, und dient darüber hinaus als Parameter, um das Marktversagen zu messen und dementsprechend den Grad des staatlichen Eingreifens durch Regulierungsmaßnahmen zu bestimmen.¹¹¹ Die Konzeption der „Universalität“ hat sich im Rahmen des Liberalisierungsprozesses als Begleitbegriff dazu entwickelt.

Der entscheidende Grund für die Neukonzeption der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse war die Einführung des neuen Art. 16 in den EG-Vertrag¹¹²: bis zu diesem Zeitpunkt war der „*servizio pubblico*“ eher als Hindernis für die Vollendung des Binnenmarkts anzusehen, denn solche Leistungen waren grundsätzlich unter monopolistischem Regime betrieben und durch Sondervorschriften geregelt worden, die von der allgemeinen Wettbewerbsdisziplin abwichen. Das Thema wurde also aus einer kritischen Perspektive betrachtet, die die Vereinbarkeit der gesamten Disziplin von „*servizio pubblico*“ mit dem Ordnungsrahmen des Binnenmarkts in Frage stellte¹¹³. Erstmals mit der Einführung des Art. 16 EGV eröffnete sich eine neue Perspektive, die dem „*servizio pubblico*“

¹¹⁰ Im Auge der Kommission soll das Universaldienstkonzept dazu dienen, „den Zugang aller zu einer qualitativ definierten Dienstleistung (zu) gewährleisten, und zwar zu einem erschwinglichen Preis, unabhängig von der wirtschaftlichen, sozialen oder geografischen Lage“, S. 4. Vgl. aber auch S. 18 f.: „Das Konzept des Universaldienstes bezieht sich auf ein Bündel von Anforderungen an die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, durch die sichergestellt wird, dass bestimmte Dienste in einer bestimmten Qualität allen Verbrauchern und Nutzern im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates unabhängig von ihrem geografischen Standort und unter Berücksichtigung der landesspezifischen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis zu Verfügung gestellt werden“, und weiter, „in einem liberalisierten Marktumfeld wird mit der Universaldienstverpflichtung gesichert, dass der betreffende Dienst für jedermann zu einem erschwinglichen Preis zugänglich ist und die bestehende Dienstqualität beibehalten bzw. gegebenenfalls verbessert wird.“

¹¹¹ Clarich M., zit., S. 194.

¹¹² Art. 16 EGV liest: «Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können».

¹¹³ Prosser T., *The Limits of Competition Law*, 2005, S. 174.

eine Schlüsselrolle im Prozess zur Schaffung des europäischen Sozialmodells zuerkannt hat. In diesem neuen Licht scheint der „*servizio pubblico*“ eine zukunftsfähige Konzeption, deren Implikationen nicht länger gegen das Binnenmarktmodell verstoßen, sondern für die ganze Bevölkerung zu verwirklichen und zu verbreiten sind.

Durch diese Umstände hat sich die Konstitutionalisierung des „*servizio pubblico*“ vollendet. Allerdings ist sich die Doktrin über die konkreten Effekte der Vorschrift nicht einig: einerseits sieht man in der Vorschrift – insbesondere in der Einbettung der Norm zwischen der Grundprinzipien und in der Verbindung mit Art. 36 der EU-Grundrechtscharta - nur eine deklaratorische Formel, eine symbolische Aussage, ohne der Vorschrift eine konkrete Zuordnung zum EU-Rechtsbestand anzuerkennen.¹¹⁴ Sie führe weder keine effektive Änderung vom Art. 86, Abs. 2 und dessen Rechtsprechung, noch eine neue Vorschrift herbei, und bleibe selbst den gegenwärtigen Bestimmungen unterworfen.¹¹⁵

Andererseits wird in der Doktrin ihre potentielle Kraft betont, indem sie den Mitgliedstaaten ein positives Tun vorschreibt und ihnen bestimmte Maßnahmen für die Verwirklichung der Konzeption von „Leistungen von allgemeinem Interesse“ auferlegt. Ab diesem Zeitpunkt werden Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht länger als Widerstand zur Vollendung des Binnenmarkts betrachtet, als Eroberungsfeld für den Markt, sondern als Instrument um mehr soziale und territoriale Kohäsion zu schaffen.¹¹⁶ Insofern ist die Ideologie des Universaldienstes mit der Bildung des europäischen Gesellschaftsmodells eng verbunden,¹¹⁷ weil sie den Übergang von der Bildung des Binnenmarkts zur Gründung der europäischen Bürgerschaft darstellt.¹¹⁸ Hierbei spielt der Wettbewerb nur eine instrumentelle und untergeordnete Rolle. Das Marktversagen lässt Raum für das Auftauchen der dogmatischen Kategorie des Universaldienstes, so dass von einem echten „*servizio pubblico*“ nur dann gesprochen werden kann, wenn die

¹¹⁴ Dafür *Prosser T.*, *The Limits of Competition Law*, 2005, S. 140: «However, especially in conjunction with the new right of access to services of general interest in the Community Charter of Fundamental Rights, it would seem difficult to argue that the new Article can do anything but reinforce a growing recognition that the values associated with public service do have an important role as limits on the scope of competition law values».

¹¹⁵ *Buendia Sierra J.L.*, *Exclusive rights and State monopolies under EC law*, Oxford University Press, 1999, S. 329-34.

¹¹⁶ Art. 16 EGV und Art. 36 Charta der Grundrechte.

¹¹⁷ Vgl. KOM (2000) 580 Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge, Rn. 3.

¹¹⁸ *Clarich M.*, zit., S. 183.

Nachfrage von bestimmten Gütern oder Leistungen durch private Unternehmen auf dem freien Markt nicht befriedigt werden kann, und die öffentliche Hand die Verantwortung für die Zugänglichkeit dieser Güter oder Leistungen von einer gewissen Qualität und zu einem erschwinglichen Preis, also gemäß einer öffentlichen Vorgabe, übernehmen muss.¹¹⁹

Dieser Wandel der Zuordnung der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse entspricht dem Übergang vom Leistungsstaat zum Regulierungsstaat: mit dem neuen Ordnungsrahmen stellt sich nun die Frage, wie der Universaldienst und die damit verbundenen Verpflichtungen mit der liberalisierten Marktgestaltung in Einklang zu bringen sind. Wo der Markt allein nicht fähig ist eine hinausreichende Wahl an Leistungen zu vernünftigen Preisen allen Verbrauchern und Nutzern anzubieten, wird das staatliche Eingreifen als erforderlich angesehen. Daher müssen im Zuge der Veränderungen der nationalen Wirtschaftsverfassung Art und Maß der staatlichen Regulierung in Übereinstimmung mit der neuen Marktordnung gebracht werden.

Erste Folge dieser Veränderung des Verhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft bildet die Abschaffung des Vorbehaltsregimes zugunsten der freien unternehmerischen Tätigkeit: während unter dem alten Regime die Konzessionierung das Hauptinstrument der öffentlichen Versorgung bildete, ist das Konzessionssystem infolge der oben beschriebenen Umwandlung durch die Erteilung nichtdiskriminierender Genehmigungen ersetzt worden.¹²⁰

3.3 Der Begriff der „Regulierung“ im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht

¹¹⁹ *Sorace D.*, zit., 1997, S. 56-57.

¹²⁰ Der Durchsetzungsgrad des neuen Regimes zeigt große Unterschiede in den verschiedenen Sektoren: am höchstens hat sich es in dem Telekommunikationsbranche durchgesetzt. Dies hängt von mehreren Faktoren ab, wie zum Beispiel der Relevanz betroffener Interessen, den Marktbedingungen und der technologischen Entwicklung.

Der Begriff der Regulierung hat sich erst in den Neunziger Jahren im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts entwickelt¹²¹ und fand zum ersten Mal in Deutschland bei der Reform der Telekommunikation Anwendung.¹²² Damals diente die Regulierung als Instrument zur Umstellung von Angebotsmonopol auf freien Wettbewerb. Dazu war es erforderlich, die Allmacht des Monopolunternehmens als Eigentümer der Infrastruktur abzuschaffen. Bei dieser Umstellung behielt der Staat die verfassungsrechtliche Verantwortung der Gewährleistung einer angemessenen und erschwinglichen Versorgung der Bevölkerung, wie von Art. 87 f. I, II, GG vorgeschrieben. Die Einführung der Regulierung ermöglichte es, die gegenseitigen Instanzen des liberalen Wettbewerbs und der sozialen Fürsorge sowie auch andere gesellschaftliche Zielvorstellungen in Einklang zu bringen. Mit der steigenden Komplexität der zu regulierenden Bereiche verwandelte sich das ursprüngliche Konzept der Regulierung, das auf einfachen und mechanistischen Modellen des wirtschaftlichen Rationalismus basierte, zu einem neuen spezifischen Institut des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das als Ordnungsinstrument des leistungsgewährleistenden Staats dienen sollte.¹²³ Dadurch ist eine neue rechtswissenschaftliche Dogmatik entstanden, die von dem Begriff der <Regulierung>¹²⁴ in einem neuen Sinn Nutzung macht. Regulierung entspricht nicht länger der ergebnisorientierten und überholten Ansicht, nach der die Regulierung mit der Befolgung von Gesetzen und Vorschriften und mit der staatlichen Kontrolle

¹²¹ Dazu *Masing J.*, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, im Archiv des öffentlichen Rechts, Band 128 (2003), S. 558 ff.

¹²² Siehe dazu *Ruffert M.*, Regulierung im System der des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, im AöR, 124 (1999), S. 237 ff.

¹²³ *Masing J.*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Zürich, 2002: hier ist es von einem „Gewährleistungsverwaltungsrecht“ die Rede. Vgl. dazu auch *Knieps G.*, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, Berlin (et. al.), Springer-Verlag, 2001.

¹²⁴ Die Debatte über die Regulierung ist stark durch die europäischen Einflüsse geprägt und bietet Anlass zu der Frage, ob ein einheitliches Regulierungsrecht europaweit zu schaffen ist. Dafür spricht sich der Präsident der 2005 gegründeten Bundesnetzagentur aus: „der Agentur geht es, um die Schaffung eines einheitlichen Wettbewerbsrahmens“. Diese Debatte wird überwiegend in Deutschland geführt: aus der deutschen Sicht ist diese Frage zu bejahen, während auf europäischer Ebene weder die Möglichkeit einer zuständigen Behörde noch die Notwendigkeit einer sektorübergreifenden Regulierung in den Mitgliedstaaten in Erwägung gebracht wird. J. Masing vertritt die deutsche Stellungnahme: nach seiner Konzeption besteht die Regulierung in einer übergreifenden Regelung, die sich auf eine „umfassende Gesamtkonzeption des netzbezogenen Regulierungsverwaltungsrechts“ stützt: *Masing J.*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag, München 2006, S. 62. Diese neue Konzeption impliziert wichtige Folgen zunächst bezüglich der Frage der Legitimation der Agentur, aber auch des Verwaltungsermessens, der gerichtlichen Kontrolle und der Rechtsstellung von Dritten.

zum Ziel der Lenkung von einer wirtschaftlichen Tätigkeit identifiziert wird, sondern entwickelt sich zu einem spezifischen Instrumentarium des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das sich sowohl von der Wirtschaftsplanung als auch von der Wirtschaftslenkung unterscheiden lässt, indem der Schwerpunkt von der staatlichen Normsetzung auf den übergeordneten Rahmen der am Entscheidungsprozess beteiligten Institutionen und Interessengruppen verlagert wird.¹²⁵ Dieses Modell, das auch auf die Energiewirtschaft übertragen wurde, erlebte im Laufe der Zeiten eine ständige Entwicklung. Ein besonderes Merkmal des neuen Musters besteht darin, dass <das einzelne privat agierenden Rechtssubjekt als Adressat des Verwaltungshandeln jetzt zu einem Netzwerk von Regulierten und Regulierern wird, koordiniert von einer Zentralbehörde im Dienste des Gemeinwohls>.¹²⁶ Dies wird zum Beispiel im Energiewirtschaftsgesetz klar verdeutlicht, wo im § 21 EnWG eben von einer Anreizregulierung die Rede ist: darunter wird ein neuartiges Regulierungssystem verstanden, wonach den Netzbetreibern an mehreren Stellen Aufgaben in einer Weise zugewiesen werden, die vorher den Verwaltungsbehörden untersagt war. Im neuen Wirtschaftsverwaltungsrecht bilden der Rechtsstatus der Regulierungsadressaten, also Netzbetreibern und –Nutzern, und die Typologie des Verwaltungshandeln den Dreh- und Angelpunkt.¹²⁷ Nicht das Ergebnis, sondern das Verfahren bildet den Maßstab der Regulierung.

In allen Netzwirtschaften stellen sich vergleichbare regulatorische Fragenstellungen, die vor allem die Zugangs-, Entgelt-, und Universaldienstregulierung, aber auch den Verbraucherschutz und die Durchsetzung der Ansprüche von Nutzern betreffen. Daraus entsteht die charakteristische Komplexität der neu entstandenen Kategorie, weil diese moderne Form von Regulierung das Zusammenwirken von gestaltendem

¹²⁵ Siehe *Schneider J.-P.*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, Baden-Baden, 1999; dazu auch *Burgi M.*, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl 5/2006, S. 269 ff.; *Kühling J.*, Sektorspezifische Regelung in Netzwirtschaften, 2004.

¹²⁶ *Burgi M.*, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl., 121 (2006), S. 269 ff.

¹²⁷ *Burgi* beschreibt das Phänomen der Regulierung in der Netzwirtschaften und insbesondere die neuen Verwaltungsaufgaben wie folgt: “Sie sind gekennzeichnet durch einen Gestaltungsauftrag zur Strukturierung eines bisher monopolistisch bzw. oligopolistisch geprägten Marktes mit dem Ziel, Wettbewerb zu organisieren und Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Dies soll überdies verbraucherfreundlich und umweltverträglich geschehen. Besonders interessant ist, dass hier ein Marktgeschehen durch den Staat aktiv begleitet werden soll, wobei dem Wettbewerb eine instrumentelle Funktion zukommt, d.h. der Wettbewerb wird als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung eingesetzt“: *Burgi*, zit., S. 269.

Verwaltungshandeln, quasi-gesetzgeberischen Regelungen und quasi-richterlicher Sorge für die Komposition von Interessenkonflikten postuliert. Träger dieser komplexen Aufgaben sind von der Regierung unabhängige sektorspezifische Regulierungsbehörden. Sie befassen sich mit der Lösung von Interessenkonflikten, der Herstellung chancengleichen Wettbewerbs und der Sicherstellung flächendeckender Grundversorgung zu erschwinglichen Preisen, deren Gewährleistung immer noch unter die staatlichen Verantwortung fällt. Der Gesetzgeber verzichtet darauf, diesen Konflikt selbst zu lösen und überlässt die Aufgabe den Regulierungsbehörden, wie dies etwa im Rahmen eines Planungsgesetzes geschieht.¹²⁸ Um alle betroffenen Interessen in Einklang zu bringen, steht der Behörde eine breite Palette an Maßnahmen zur Verfügung. Dabei ist das Ermessen der Behörde nicht an das Gesetz gebunden, da es sich hier eher um eine Gestaltungsaufgabe handelt.¹²⁹ Was dabei zählt ist die Zielgerichtetheit der Maßnahme: es kann sich um den Erlass unmittelbarer rechtswirksamer Maßnahmen in Form von Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakten handeln, oder um die faktische Förderung der Regulierungsziele durch verschiedene Verhaltensweisen, die zur Verwirklichung von gesetzlich bestimmten Zielen beitragen. Dazu zählen zum Beispiel die Bekanntgabe der in Erwägung gezogenen Maßnahmen und deren Erörterung mit interessierten Wirtschaftsunternehmen und Wirtschaftsverbänden, die Ankündigung solcher Maßnahmen, das Inaussichtstellen finanzieller Vergünstigungen für freiwilliges Eingehen auf die Ziele der Regulierung.

Die wesentlichen Merkmale wirtschaftlicher Regulierung in den Netzsektoren sind in der Dynamik und Nichtvorsehbarkeit regulierter Sachverhalte, der Komplexität der Regulierungsziele, der Unbestimmtheit und Offenheit verschiedener Einzelbestimmungen und dem Maß der Unklarheit über die eintretenden Wirkungen zu finden. Dies alles zeigt deutlich, dass Regulierung und Regulierungsverwaltungsrecht wesensmäßig neuartig sind, und mit ihnen die Notwendigkeit entsteht, die neu entwickelten Instrumente mit dem Europäischen Primärrecht und dem Grundgesetz/der Verfassung im Einklang zu bringen. Insofern

¹²⁸ Dazu *Bullinger M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in Deutsches Verwaltungsblatt, 2003, S. 1355 ff.

¹²⁹ *Bullinger M.*, zit., S. 1358.

kann man wohl sagen, dass es beim Regulierungsverwaltungsrecht um mehr als um Rhetorik oder nur um <selbst erzeugte Komplexität> geht.¹³⁰

Die breiten Befugnisse der Regulierungsbehörden, die sich bis hin zu einer Rechtsetzungsfunktion erstrecken, folgen aus der Besonderheit der einschlägigen Sektoren: wenn es um Leistungen geht, die eine schnelle Entwicklung infolge des technischen Fortschritts erleben, ist der staatliche Gesetzgeber nicht imstande, diese Entwicklung durch die institutionellen Vorgänge zu folgen. Deswegen beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, allgemeine Prinzipien und Kriterien festzustellen, und die eigentliche Rechtssetzungsverantwortung den sektorspezifischen Behörden zu übertragen. Natürlich wirft dieser Rechtszustand ernsthafte Legitimitätsfragen auf, weil die betroffenen Organe bzw. Behörden das Prinzip der demokratischen Legitimierung nicht erfüllen und auch nicht der Trennung der drei Gewalten Rechnung tragen. Aus diesem Grund entstand das Bedürfnis, ihre prozedurale Legalität zu verstärken. Dementsprechend hat zum Beispiel die „*Autorita' per l'energia elettrica ed il gas*“ eine Verordnung zum Thema der Fertigstellung von Normativ- und Verwaltungserlassen mit allgemeiner Geltung erlassen, die eine präventive Anhörung der Vertretungsorganisationen der betroffenen Subjekte vor dem Erlassen vorschreibt.¹³¹ Diese Prozedur lässt sich auf das Modell der „*notice and comment*“ der amerikanischen Tradition¹³² zurückführen. Im Prinzip könnte dieses Verfahren auch von anderen sektorspezifischen Behörden verwendet werden, wie die AEEG explizit vorgeschlagen hat.¹³³ Einen wesentlichen Beitrag zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeits- und Zweckmäßigkeitsprinzip könnte auch die AIR Prozedur,¹³⁴ zur Analyse der Auswirkung der Regulierung auf den Markt leisten. Sie war schon als experimentelle Prozedur für normative Erlasse von

¹³⁰ Burgi M., zit., S. 272 ff.

¹³¹ Siehe Art. 5 Delibera n. 61/97: „Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas“. Die Prozedur ist die folgende: Veröffentlichung auf dem Bollettino der Nachricht der Eröffnung der Prozedur mit Bekanntgabe der Fristen innerhalb deren alle Interessierte ihre Anmerkungen einreichen lassen können, zusätzliche, eventuelle, Veröffentlichung des ersten Entwurfes der Vorkehrung um weitere Anmerkungen und eventuell spezielle - auch individuelle, Anhörungen zu ermöglichen. Siehe dazu AA. VV., Il procedimento davanti alle Autorita' indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino, Giappichelli 1999. Die Notwendigkeit der präzisen Durchführung der festgelegte Prozedur wird auch in der Rechtsprechung betont: vgl. Cons. St., VI sez., 1° ottobre 2002, n. 5105, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³² Administrative Procedur Act, aus dem Jahr 1946.

¹³³ Vgl. Segnalazione del 14 gennaio 2002 (AS226).

¹³⁴ Procedura di analisi di impatto della regolazione.

Regierung und Ministerien vorgesehen¹³⁵ und ihre Anwendung wurde später in einem Gesetzesvorschlag aus dem Jahr 2001 auch für die Tätigkeit von sektorspezifischen Behörden gefordert.¹³⁶

Sehr wichtig sind auch formelle und informelle Kooperationsformen zwischen institutionellen Akteuren und Marktteilnehmern: wie in dem Fall der Ko-Regulierung, die ständig an Bedeutung wächst, indem sie die Verteilung der Verantwortung zwischen Staat und Marktakteuren neu verteilt. Durch diese neue Verhaltensweise wird die übliche Vorstellung definitiv überschritten, nach der die private Wirtschaft innerhalb staatlich festgelegter Grenzen frei ist und nur einer Aufsichtskontrolle zur Einhaltung dieser Grenzen durch die spezifische Behörde unterworfen ist. In Deutschland hat sich der Energiesektor als ein dezentriertes System entwickelt, das durch Pluralismus gekennzeichnet ist. Für die erforderliche Koordination zwischen allen beteiligten Subjekten zur Gewährleistung der Sicherheit und Kontinuität der Leistung sorgt ein System von Abkommen zwischen Unternehmen und Verbänden. Die Legitimitätsdeckung für eine solche Verhandlungsform bieten explizite Ausnahmenvorschriften, die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthalten sind.

Bis zu der Übertragung der Regulierungszuständigkeiten im Bereich Energie auf die Bundesnetzagentur, waren sie zwischen dem Bund und den Ländern verteilt (Art. 74 n. 11 GG). Insbesondere kam dem Wirtschaftsministerium eine wichtige Rolle zu, indem ihm die letzte Aufsicht zur Sicherstellung der Universalität der Leistungserbringung sowie des Netzzugangs zustand und das die Streitigkeiten zwischen den Betreibern zu lösen hatte. Dank dieser Gestaltung konnte in Deutschland die Anpassung der rechtlichen Kategorie der Leistungen vom allgemeinen wirtschaftlichen Interesse an die europäische Wirtschaftsverfassung fast reibungslos geschehen.¹³⁷

In Italien hat diese Anpassung dagegen eine gründliche Revision der nationalen Gesetzgebung und der Organisation der öffentlichen Aufgaben benötigt. Im Zentrum

¹³⁵ Art. 5, L. 8 marzo 1999, n. 50.

¹³⁶ Vgl. Art. 8, Gesetzesvorschlag n. 776/2001: "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001". Siehe dazu *Natalizi A.*, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002, S. 75 ff.

¹³⁷ Erst später, nach der positiven Erfahrung der Reform von Telekommunikation und Post, wurden auch die Zuständigkeiten im Bereich Energie auf die Bundesnetzagentur übertragen. Dadurch wurde der Vorschrift des Art. Richtlinie 2003/54/EG Rechnung getragen, der die Gründung von nationalen Regulierungsbehörden ausdrücklich vorgeschrieben hat.

dieser Veränderung steht die neue Auslegung vom Art. 41 Cost.¹³⁸: der Akzent fällt auf den ersten Absatz, der mit seiner deklaratorischen Kraft die Referenzvorschrift für das Wettbewerbsgesetz, L. 10. Oktober 1990 Nr. 287, darstellt. Dagegen tritt der Anwendungsbereich des Absatzes 3 zurück, und damit wird der Spielraum für die staatliche Lenkung der Wirtschaft deutlich reduziert.

Von Bedeutung für ihre Implikationen im Hinblick auf die Energieversorgung ist aber auch die Vorschrift des Art. 117 Cost., und zwar in seiner durch Verfassungsgesetz vom 18. Oktober 2001, Nr. 3¹³⁹ erneuerten Fassung. Das Gesetz Nr. 3/2001 hat eine neue Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Regionen eingeführt, nach der der Wettbewerbsschutz in die Gesetzgebungszuständigkeit des Staates eingegliedert wird¹⁴⁰, ferner die Bestimmung des wesentlichen Leistungsniveaus bezüglich der auf dem gesamten Nationalgebiet zu gewährleistenden Zivil- und Sozialrechte¹⁴¹: auffällig ist hier der Hinweis auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf die Feststellung von Mindeststandards bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge.¹⁴² Die gesetzgebende Gewalt von Staat und Regionen wird gemäss Art. 117, Abs. 1, Cost. mit der Verfassung übereinstimmend und entsprechend den aus der EU-Rechtsordnung und aus den völkerrechtlichen Verpflichtungen entstehenden Verbindlichkeiten ausgeübt.

Das neue Regulierungsregime der Energiewirtschaft wird von manchen Autoren aus dem amerikanischen Vorbild der <regulated industries> hergeleitet.¹⁴³ Das Regulierungsrecht sei als ein <Erprobungsraum für ein modernisiertes Verwaltungsrecht> anzusehen, <das die herkömmlichen Kategorien des kontinentaleuropäischen Verwaltungsrechts behutsam zugunsten des stärker ziel- und

¹³⁸ Art. 41 Cost. lautet: «Die privatwirtschaftliche Betätigung ist frei. Sie darf nicht im Widerspruch zum Allgemeinwohl stehen oder eine Beeinträchtigung der Sicherheit, der Freiheit oder der Menschenwürde des einzelnen mit sich bringen. Zwecks Ausrichtung und Abstimmung der öffentlichen und privaten Wirtschaftstätigkeiten auf soziale Ziele werden im Wege von Gesetzen geeignete Wirtschaftspläne und Maßnahmen der Wirtschaftskontrolle festgelegt.»

¹³⁹ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3: „Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione“.

¹⁴⁰ Art. 117, Abs. 2, lit. e), Cost.

¹⁴¹ Art. 117, Abs. 2, lit. m), Cost.

¹⁴² Zur Erläuterung dieser Norm, siehe Corte Costituzionale, sent. 26 giugno 2002, n. 282, in www.cortecostituzionale.it; siehe auch Cons. St., sez IV, 17 maggio 2002, n. 2922, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴³ *Masing J.*, AöR 128 (2003) S. 558; *Ziesack S.*, Regulierung oder Selbstregulierung – Ein Vergleich der deutschen und U.S.-amerikanischen Rechtsgrundlagen für die Stromdurchleitung, Boorberg 2003.

ergebnisorientierten anglo-amerikanischen Verwaltungsrechts zurücktreten lässt>.¹⁴⁴ Organisation und Verfahren, Partizipation und Transparenz bilden die Kernprinzipien des neuen Verwaltungsmodells. Dagegen, werden von den Skeptikern die angeblich <zwingenden Systemsprämisse> des deutschen Verfassungsrechts betont, die mehr Rhetorik als Substanz im Regulierungsbegriff auffinden.¹⁴⁵

3.4 Die rechtliche Stellung des Abnehmers nach der Energiewirtschaftsreform

Infolge der Liberalisierung der Energiewirtschaft sind die Spielregeln für Dienstleister und Nutzer grundsätzlich geändert. Bei der Analyse der veränderten Marktlage ist es folglich unerlässlich, der Frage nachzugehen, welche für Änderungen sich auf der Kundenseite ergeben haben.¹⁴⁶ Die Auswirkungen des Liberalisierungsprozesses auf die rechtliche Stellung der Stromabnehmer stehen im Mittelpunkt der Energiewirtschaftsreform, denn Verbraucher sind aktiver Teil des Markts und ihr Marktverhalten ist entscheidend für eine erfolgreiche Liberalisierung. Seit der Anbahnung des Liberalisierungsprozesses haben sich Rechte und Ansprüche von Stromabnehmern sowie die Durchsetzungsmöglichkeiten, die ihnen zur Verfügung stehen, grundsätzlich geändert. Gleichwohl bestehen jedoch, trotz eines vollständig geöffneten Energiemarkts, weiterhin Hindernisse für das aktive Tätigwerden von Verbrauchern auf dem Markt. Nachzugehen ist also der Frage, ob die Erwartungen, welche sich bei den Energienutzern im Zuge der Liberalisierung gebildet haben und die etwa Dienstqualität, Versorgungssicherheit, vollständige Transparenz in Bezug auf Entgelte und Vertragsbedingungen, Anbieterwechsel und funktionierende Rechtsschutzmechanismen betreffen, ferner welche Erwartungen

¹⁴⁴ Bullinger M., Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in DVBl. 2003, S. 1355 ff.

¹⁴⁵ Siehe dazu auch M. Burgi, zit., S. 271.

¹⁴⁶ Im allgemeinen, zu der Übergang zu der liberalisierten Markt der öffentlichen Dientsleistungen siehe Davies G., Competition, Free Movement and Consumers of Public Services, European Business Law Review, 2006, S. 95 ff.

hinsichtlich der Vertretungsformen und der aktiven Beteiligung an Regulierungsmechanismen erfüllt worden sind.

Primäres Ziel einer Marktliberalisierung ist es, die Position der Verbraucher zu verbessern und sie am Markt besser zu stellen. Allerdings bestehen, wie schon in den Berichten der Kommission ermittelt wurde,¹⁴⁷ weiterhin Probleme, die das Vertrauen in den Binnenmarkt gefährden und es Verbrauchern erschweren, von den Vorteilen des liberalisierten Markts zu profitieren. Langfristige Verträge - oft mit Gesamtbedarfsdeckungs- oder Quasi-Gesamtdeckungsverpflichtung -, irreführende Werbung, missbräuchliche Klauseln, hohe Preise, inkorrekte Messungen und Rechnungen, Unterbrechungen sowie erhebliche Schwierigkeiten bei Lieferantenwechsel stellen die Hauptthemnisse für das aktive Tätigwerden von Verbrauchern am Energiemarkt dar. Und doch ist sich die Kommission darüber bewusst, dass die Möglichkeit, den Versorger zu wählen und der sich daraus ergebende Wettbewerbsdruck unerlässlich sind, um das volle Liberalisierungspotenzial auszuschöpfen. Dies hat die Kommission dazu bewegt, die Richtlinie 2009/72/EG zu erlassen, welche eindeutig zum Ziel hat, die Verbraucherstellung auf dem Markt zu stärken.

Solange der Staat die Energieversorgung durch öffentliche Unternehmen direkt erfüllt hat, konnten sich Energienutzer auf Prinzipien wie den Kontrahierungszwang, das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip berufen. Mit der Umstellung der Energiewirtschaft auf Marktprinzipien rücken nun Stromkundenbelange in Vordergrund.¹⁴⁸

Das neue Herangehen an diese Verhältnisse zwischen Energieverbrauchern und – unternehmen wirft zwei zentrale Fragen auf: zunächst ob der Verbraucherrechtsansatz der einzige mögliche Weg ist, um diese Beziehungen zu regulieren und, wenn ja, stellt sich die Frage, ob die Schutzbereich des allgemeinen Verbraucherrechts weit genug ist, oder eher eine Verstärkung auf sektorspezifischer

¹⁴⁷ Siehe die in regelmässigen Intervallen veröffentlichten Berichte über die Durchführung und die praktischen Ergebnisse der Richtlinien, wie etwa den Bericht der Kommission vom 15.4. 2008, KOM(2008) 192 end.; und KOM(2009) 115.

¹⁴⁸ Für lange Zeit sind die Versorgungsverhältnisse am Rande der Verbraucherproblematik geblieben, weil andere Schutzinstrumente unter dem alten Regime der Elektrizitätswirtschaft den notwendigen Schutz für Verbraucher gewährleisten. Nun sind sie jetzt zur zentralen Frage der Verbraucherpolitik auf EG Ebene geworden, wie in den Mitteilungen der Kommission vom 08.08.2002 „Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006“ KOM (2002) 208 end., und „Verbraucherpolitische Strategie 2007-2013“ KOM (2007) 99 end. vom 13. Mai 2007 ausdrücklich erwähnt. Siehe zuletzt die Richtlinie 2011/83/EU, vom 25. Oktober 2011, zu Verbraucherrechten.

Ebene erforderlich ist. Nach der Liberalisierung des Energiemarkts hat sich eine Rechtslage ergeben, nach der Unternehmen und Kunden nur „anscheinend“ gleichgestellt sind, während in der Tat Energieabnehmer einer grundsätzlichen Ungleichgewichtslage unterliegen. Die Ausgleicheung dieses asymmetrischen Verhältnisses muss nun in den Blickpunkt der Regulierungspolitik rücken.

Wichtige Beiträge dazu leisten einerseits die auf EU-Ebene erlassenen sektorspezifischen Vorschriften, aber auch das Verbrauchervertragsrecht und seine Entwicklungen im Rahmen der Europäisierung des Privatrechts. Dabei ist als erstes auf den Informationsgedanken im Gemeinschaftsrecht hinzuweisen.¹⁴⁹ Da die Informationsasymmetrie als die größte Schwäche des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmen betrachtet wird, dient die Disziplin der Informationsrechte dazu, die Vertragspartner möglichst gleichzustellen. Darüber hinaus wird durch Informationspflichten höhere Markttransparenz geschaffen, indem durch den Austausch von Informationen ein Vergleich zwischen verfügbaren Alternativen ermöglicht wird. Dadurch wird der Verbraucher in die Lage versetzt, eine wirtschaftlich rationale Entscheidung zu treffen.

Der Informationsgedanke gilt schon seit Langem als grundlegendes Prinzip des Verbrauchervertragsrechts. Indes wird in der Literatur auch vor seiner Überschätzung gewarnt¹⁵⁰: denn trotz der Erhöhung von Markttransparenz durch die Disziplin der Informationspflichten sei das Verbrauchervertrauen auf dem Markt durch andere Missbrauchspraktiken gefährdet. Die Praxis zeigt eben, dass oft Verbraucher aggressiven Marktstrategien unterworfen sind, die echte Wettbewerbshemmnisse darstellen. Einen wichtigen Beitrag zur Herstellung lauterer Wettbewerbs auf dem Energiemarkt leistet nun die Richtlinie 2011/83/EG über Verbraucherrechte, die ein wichtiges Instrument zur Gewährleistung der Lauterkeit von Handelspraktiken und zur Stärkung der Verbraucherstellung auf dem Markt darstellt.

¹⁴⁹ Siehe dazu *Schwintowski P.*, Informationspflichten und effet utile – auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionsystem, in *Schulze R.* et al. (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire, 2003, S. 267; *Calliess G.-P.*, Informationspflichten im deutschen und europäischen Vertragsrecht, in: *Riesenhuber K./Nishitani Y.* (Hrsgs.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, De Gruyter, 2007, S. 97 ff

¹⁵⁰ *Heiderhoff B.*, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht, ZEuP 2003, S. 785.

Zu erörtern ist nun die Frage, ob für Leistungen der Daseinsvorsorge, und insbesondere für die Energieversorgung, ein solcher Ansatz, der auf dem Verbraucherrecht basiert, der richtige sein kann, also ob das Verbraucherrecht die Zukunft für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein kann.¹⁵¹ Um diese Frage zu beantworten, müssen die Besonderheiten der Energiewirtschaft immer beachtet werden, und dabei insbesondere die Dimension von Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Für solche Leistungen soll ein „ausgewogenes Verhältnis zwischen der notwendigen Stärkung des Wettbewerbs und der Kräfte des Marktes einerseits und der ebenfalls notwendigen Sicherung des Zugangs aller Bürger zu einer bezahlbaren, hochwertigen Grundversorgung andererseits“ gewährleistet werden.¹⁵²

Dementsprechend soll ein kohärentes Regulierungsumfeld die gegenseitigen Anforderungen gleichrangig berücksichtigen. Insofern scheint der Einsatz, der völlig auf der Binnenmarktperspektive basiert, nicht imstande zu sein, allen betroffenen Interessen Rechnung zu tragen. Man möchte darauf vertrauen, dass die Durchsetzung wettbewerblicher Marktprinzipien von selbst das Ziel verwirklicht, Leistungen von gewisser Qualität zu erschwinglichen Preisen für die Allgemeinheit der Bürger zu gewährleisten; dabei wird erwartet, dass aus einem wettbewerblich orientierten Markt wirtschaftliche Effizienz und Preissenkung von selbst erfolgen. Doch um die Universalität der Leistungserbringung, sowohl in ihrer geografischen als auch in der sozialen Dimension zu gewährleisten, bedarf es eines entsprechenden Regulierungseingriffs durch die Auferlegung von bestimmten Pflichten für Unternehmen, die mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute sind. Dementsprechend steht es den Mitgliedstaaten frei, unter Beachtung der Bestimmungen des Vertrages, mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen besondere Pflichten anzulasten, die die Erfüllung von Interessen der Allgemeinheit wie Sicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität, Effizienz und Umweltschutz dienen.¹⁵³ Solche Verpflichtungen müssen aber „klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen der Gemeinschaft zu den nationalen

¹⁵¹ Rott P., Consumer and services of general interest: Is EC consumer law the future?, in J. Consum Policy (2007) 30, S. 49 ff.

¹⁵² Siehe dazu die Mitteilung der Kommission vom 20.12.2011, KOM(2011) 900 end., über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, S. 11.

¹⁵³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2009/72/EG.

Verbraucher sicherstellen“: wenn diese Bedingungen erfüllt sind, besteht dann auch keine Gefährdung der wettbewerblichen Marktordnung.

Die Verantwortung für die Auferlegung dieser Pflichten ist in Italien zwischen politischen Organen und den sektorspezifischen Regulierungsbehörden verteilt.¹⁵⁴

Diese letzteren sind Träger öffentlicher Verwaltung, die von den politischen Organen unabhängig sind. Die Selbständigkeit dieser Einrichtungen folgt daraus, dass ihre Aufgaben rein technisch sind. Zugleich bildet diese Selbständigkeit auch eine notwendige Voraussetzung für die Erfüllung ihrer institutionellen Funktion, die darin besteht, die Regulierung des Markts nach wettbewerblichen Ordnungsprinzipien und dabei die Gewährleistung der Grundrechte der Bürger hinsichtlich der einschlägigen Sektoren zu sichern. Die Behörden beschäftigen sich nicht direkt mit einer Form von sozialer Regulierung, was eine besondere Legitimierung benötigen würde, da die Bestimmung der wesentlichen Leistungsniveaus bezüglich der zu gewährleistenden Zivil- und Sozialrechte nur durch Organe erfolgen kann, die demokratisch legitimiert sind. Die Energiebehörde erfüllt reine technische Aufgaben, die aber auch mit der Verfolgung von sozialen, politisch bestimmten Zielen verbunden sind. Die Einbeziehung von sozialen Aspekten in die Zuständigkeit der Behörde ist aber nur möglich, wenn es nicht um die Ausbalancierung von wirtschaftlichen und sozialen Anforderungen geht, sondern eher um das Finden von technischen Lösungen und Modalitäten, damit politisch bestimmte Ziele mit geringen Verlusten der wirtschaftlichen Effizienz erreicht werden können.¹⁵⁵ Dadurch tragen öffentliche Behörden auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung. Dies stellt einen Komplexitätsfaktor des Regulierungsumfelds der Energiewirtschaft dar, indem sowohl eine wirtschaftliche, als auch eine soziale Regulierung gleichzeitig zu schaffen sind, was eine entsprechende Verteilung der Rollen zwischen politischen und sektorspezifischen a-politischen Einrichtungen erforderlich macht.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Legge 14 novembre 1995, n. 481: „Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità“.

¹⁵⁵ *Bruti Liberati E./Donati F.*, Il nuovo governo dell'energia tra regolazione e concorrenza, Giappichelli, Torino, 2007, S. 12 ff.

¹⁵⁶ Dazu hätte der Gesetzgeber mehr Klarheit schaffen könnten: vgl. etwa Art. 1, Abs. 11, L. 239/04: «Ai sensi dell'Art. 2, comma 21, della legge 14 novembre 1995, n. 481, il Governo indica all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nell'ambito del Documento di programmazione economico-finanziaria, il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità dei settori dell'energia elettrica e del gas che corrispondono agli interessi generali del Paese. Ai fini del perseguimento degli obiettivi generali di politica energetica del Paese, di cui al comma 3, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive, può definire, sentite le Commissioni parlamentari competenti,

Aus diesem Grund wird, da es sich bei der Energieversorgung um eine Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt, bei welcher mehrere Anforderungen zu berücksichtigen sind, der marktbezogene Ansatz, der ausschließlich auf dem Verbraucherrechtsansatz vertraut, in Frage gestellt. Der aktuelle Ansatz der Kommission, der auf den universellen Rechten der Bürger basiert, ist eindeutig der Richtlinie 2009/72 und der Mitteilung über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa zu entnehmen.¹⁵⁷ Dieser Ansatz scheint imstande, alle betroffene Interessen zu berücksichtigen und schließt gleichzeitig auch weitere alternative Ansätze nicht aus: parallel zu der Gewährleistung der bürgerlichen Rechte können weitere Maßnahmen zur Abschaffung der nationalen Grenzen und damit zur Verwirklichung des Binnenmarkts getroffen werden.

In der Tat war dieser Ansatz auch immer präsent in der Politik der Gemeinschaft¹⁵⁸ und wurde vor kurzem wieder durch den Vorschlag zu einer Charta der Rechte der Energieverbraucher ins Gespräch gebracht. Da in einer entwickelten Volkswirtschaft das Individuum ohne Zugang zu Strom von der Gesellschaft abgeschnitten ist, steht in der Mitteilung der Kommission die Gewährleistung der Energieversorgung für jeden Bürger im Vordergrund. Dabei wird auf die Rolle der Energieversorgung für die „Sicherung des sozialen und territorialen Zusammenhalts für wirtschaftliche Stabilität und nachhaltige Entwicklung“ hingewiesen. Dadurch schafft die Kommission die Basis für die Entstehung eines neuen sozialen Vertragsrechts und eröffnete den Spielraum für weitere Regulierungseingriffe. Die Charta soll nicht in Form eines rechtlichen Dokumentes verabschiedet werden, sondern bereitet eine Zusammenfassung des bestehenden Energievertragsrechts und schreibt die Ziele, die bei der Entwicklung der Energiewirtschaft zu verfolgen sind, fest. Dabei werden aber keine Vorschriften auf Gemeinschaftsebene festgelegt, sondern die Mitgliedstaaten werden dazu aufgefordert, entsprechende Maßnahmen zu treffen, um die gemeinschaftlichen Interessen zu verwirklichen. Die konkrete Durchsetzung dieser Prinzipien wird dann von der Form der Implementierung in die nationalen Rechtsordnungen abhängig sein.

indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi della legislazione vigente».

¹⁵⁷ Mitteilung der Kommission vom 20.12.2011, KOM(2011) 900.

¹⁵⁸ Vgl. etwa Die Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM(96) 443 end., und KOM(2000) 580 end. Und das Grünbuch zu den Leistungen von allgemeinem Interesse KOM(2003) 270 end. und die Mitteilung der Kommission KOM(2004) 374 end.

Die wichtigsten Punkte bestehen nach Auffassung der Kommission in der Einführung von Regelungen zur Unterstützung von sozial schwächsten EU-Bürgern,¹⁵⁹ der Verbesserung des Mindestinformationsangebots, der Reduzierung des bürokratischen Aufwands beim Lieferantenwechsel und der Schutz der Kunden vor unlauteren Verkaufspraktiken. Natürlich stellt sich, daran anschließend, auch die Frage der effektiven Durchsetzung dieser Rechte.

Das allgemeine Recht auf Energieversorgung,¹⁶⁰ das jedem Bürger sicherzustellen ist, besteht in der Gewährleistung des freien Zugangs zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von hoher Qualität zu erschwinglichen Preisen. Dadurch wird gesichert, dass alle Bürger, abgesehen von ihrer ökonomischen und sozialen Lage (auch diejenigen, die in abgelegenen Gebiete leben), über eine Grundversorgung verfügen, was eine Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen bedeutet.¹⁶¹ Dieses Ziel soll durch eine entsprechende Regulierung der vertraglichen Beziehungen, die sich als Ergänzung zu den wettbewerblichen Leistungen des Markts stellt, als eine Art von „Sicherheitsnetz“, das denjenigen Nutzern dient, die nur nach einem Minimum bei Leistungen der Daseinsvorsorge streben oder die sich nur dieses Minimum können. Es handelt sich hier um unterprivilegierte Nutzer, die sich in schwierigen wirtschaftlichen Lagen befinden oder die in schlecht bedienten geografischen Orten leben: diese Kategorie von Nutzern, also die schwächsten, sind eben nicht daran interessiert, die Leistungen eines wettbewerblichen Markts in Anspruch zu nehmen, wie etwa den Angebotspluralismus, sondern eher in die Gewährleistung einer „Grundversorgung“, nach gewissen Qualitätsstandards; und genau diese muss ihnen gesichert werden.¹⁶² Aus dieser Ergänzungsperspektive lassen sich die Verflechtungen zwischen wettbewerblichem Markt und Leistungen der Daseinsvorsorge kohärent darstellen¹⁶³

¹⁵⁹ Vgl. zuletzt Decreto del ministro per lo sviluppo economico del 28 dicembre 2007 recante „Criteri per la definizione di compensazioni della spesa sostenuta per la fornitura di energia elettrica a clienti economicamente svantaggiati e in gravi condizioni di salute“, in Gazzetta Ufficiale n. 41 del 18 febbraio 2008.

¹⁶⁰ Art. 3 Abs. 3, Richtlinie 2009/72/EG.

¹⁶¹ Zur Konkretisierung dieses Zieles müssen weiterhin öffentlich-rechtliche Prinzipien wie Objektivität, Gleichheitsgebot, Verhältnismässigkeit, Neutralität, Kontrahierungszwang beitragen.

¹⁶² Rott P., A New Social Contract Law for Public Services? Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC, in ERCL 3/2005, S. 330, Fn. 48, 49, 50.

¹⁶³ Schon in der ersten Richtlinie zur Reform der Energiewirtschaft sind Vorschriften über gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen als unerlässliche Voraussetzung für die Vollendung des

und auf dieser Weise wird jeder Konflikt zwischen diesen nur anscheinend gegenseitigen Ansprüchen beseitigt.

Bei der Verwirklichung dieser Marktorganisation ändert sich die Funktion des Staates grundlegend: statt die Daseinsvorsorge direkt zu gewährleisten, besteht nun seine Rolle in der Schaffung dieses Auffangnetzes durch die Festlegung von Gemeinwohlverpflichtungen. Dieser Funktionswandel lässt sich zutreffend als Nachsorge statt Vorsorge beschreiben: damit ist gemeint, dass an Stelle des unmittelbaren Betriebes einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Staat sich darin betätigt, Maßnahmen vorzugeben sowie Aufträge zu erteilen und deren Erfüllung zu kontrollieren. Dabei muss sich das staatliche Handeln weiterhin an dem Prinzip der Neutralität gegenüber privaten – oder öffentlichen – Unternehmen orientieren. Die weiter bestehende Sonderstellung von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, lässt sich insofern begründen, dass solchen Unternehmen spezielle Pflichten auferlegt werden, die sich als unwirtschaftlich erweisen. Die gleiche Sonderstellung muss jedoch privaten und öffentlichen Unternehmen prinzipiell gleichermaßen offen stehen.

Daseinsvorsorge ist an sich unverzichtbar, sie muss jedoch nicht unbedingt vom Staat allein gesichert werden, sondern kann zu einem gewissen Teil privaten Unternehmen unter einem wettbewerblichen Regime überlassen werden. Es geht um marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Was den Anwendungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts anbelangt, folgt aus dieser weit gefassten Definition, dass hier eine prinzipielle Einschränkung geboten ist. Das europäische Wettbewerbsrecht greift seiner Funktion nach grundsätzlich nur in der ersten Alternative, also bei marktbezogenen, nicht aber in der zweiten Alternative, also bei nichtmarktbezogenen Tätigkeiten ein.¹⁶⁴

Leistungen, die konkret gesichert werden müssen, bestehen zunächst in der Gewährleistung des freien Zugangs zu dem Infrastrukturnetz. Dies bedeutet nicht nur

Energiemarkts, notwendige Ergänzung der wettbewerblichen Ordnung. Wenn die Marktkräfte allein den allgemeinen wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft nicht genügend Rechnung tragen, haben Regierungen das Recht – sogar die Pflicht – einzuschreiten. Siehe die Mitteilung KOM (2007) 386 end., S. 4.

¹⁶⁴ *Schwarze J.*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, in *EuZW*, 11/2001, S. 334 ff.

die Sicherheitsstellung physischen Zugangs durch Anschluss an das Netz, sondern, um dieser Pflicht nachzukommen, wird auch vorgeschrieben, dass Netzbetreiber den Zugang für jeden interessierten Nutzer zu einem fairen und erschwinglichen Preis ermöglichen müssen. Die Angemessenheit der Preise bildet eine unverzichtbare Voraussetzung für die Durchsetzung des Netzzugangsanspruches, weil die Festlegung von hohen Preisen, in der Praxis, den legitimen Ansprüchen der Abnehmer widersprechen könnte. Demzufolge hat die Richtlinie 2009/72/EG die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, eine Regulierungsbehörde zu gründen, die für die Festlegung von Übertragungstarifen verantwortlich ist.¹⁶⁵ Ein weiterer Grundsatz, der dem Universalitätsprinzip zu entnehmen ist, besteht darin, dass die gleiche Leistung zu demselben Preis an gleichgestellte Kunden angeboten werden muss.¹⁶⁶ Dadurch will man verhindern, dass Unternehmen zwischen guten und schlechten Kunden unterscheiden und dementsprechend verschiedene Bezugsbedingungen anbieten.

Die Richtlinie sieht keinen Preiskontrollmechanismus vor, obwohl dies oft in staatlichen Gesetzen vorgesehen ist.¹⁶⁷ Dieser Mangel wird gewissermaßen dadurch ausgeglichen, dass die europäischen Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG das Recht zur sofortigen Vertragskündigung im Fall von einseitiger Preisänderung oder Änderung der Vertragsbedingungen einräumen.¹⁶⁸

Bei der Preisfestsetzung ist es - da es hier um universelle Leistungen geht - auch wichtig, dass besondere Tarife für Kunden in schwieriger wirtschaftlicher Lage und Schutzmaßnahmen auch gegen die Gefahr einer ungerechten Unterbrechung der Leistungserbringung vorgesehen sind. Dazu schreiben Art. 3 Abs. 5 Richtlinie 2003/54 und Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2003/55 explizit vor, dass schutzbedürftige Kunden besonders zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus steht den Mitgliedstaaten offen, in Zusammenarbeit mit sektorspezifischen Behörden weitere Maßnahmen zu treffen, um passende Lösungen für besonders problematische Fälle zu finden.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Art. 37, Abs. 1, lit. a) Richtlinie 2009/72/EG.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 5 (1), Richtlinie 97/67/EG.

¹⁶⁷ In dem Weißbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.05.2004 KOM (2004) 374 end. wird die Ansicht vertreten, dass aus dem wettbewerblichen Markt eine automatische Preissenkung erwartet wird, leider haben die nationalen Erfahrungen diese Erwartung nicht bestätigt.

¹⁶⁸ Die Richtlinie 93/13/EG ist auch dabei behilflich, wenn die Standardvorschriften, die die Preisänderung erlauben, nicht transparent genug sind.

¹⁶⁹ *Rott P.*, zit. S. 333.

Dabei sind natürlich Aspekte der Sicherheit, Kontinuität, Qualität und Transparenz immer zu berücksichtigen. Um allen diesen Anforderungen Rechnung zu tragen, wird nach einer Literaturmeinung die Entwicklung eines sozialen Vertragsrechts als beste Lösung postuliert¹⁷⁰: dieser Weg bildet eine konkrete Alternative zu dem Binnenmarktsansatz, der auf das Verbraucherrecht als Instrument der Verwirklichung des Binnenmarkts basiert. Der Ansatzpunkt der Theorie liegt in der Feststellung, dass die Stellung von Energienutzern erheblich verstärkt wird, wenn ihnen unbedingte und genau definierte Rechte anerkannt werden, die auch konsequent durchsetzbar sind. Unter dem ehemaligen monopolistischen Regime der Energiewirtschaft war die rechtliche Stellung des Abnehmers dadurch benachteiligt, dass der Staat schon verpflichtet war, den Zugang zu der Leistung zu gewährleisten; dieser Pflicht stand jedoch kein subjektiver Anspruch des Nutzers gegenüber. Dieser Rechtslage war mehreren Mitgliedstaaten gemeinsam: in Italien wie auch in Deutschland oder Frankreich war die Einstellung von Gesetzgeber und Rechtsprechung ähnlich.¹⁷¹ Einen wichtigen Beitrag dazu hat die Lissabon-Strategie geleistet, insbesondere durch den Art. 14 AEUV, das Protokoll 26 und den Art. 36 der Grundrechtcharta, der nun die gleiche rechtliche Stellung wie die Verträge genießt.

Inwieweit aber das Gemeinschaftsrecht subjektive Ansprüche begründet, die auch unmittelbar durchsetzbar sind, bleibt freilich fragwürdig. Dies ist ohne weiteres zu bejahen mit Bezug auf vorvertragliche Informationsrechte oder auch das Kündigungsrecht, die in der EU-Richtlinie präzise definiert sind. Dagegen besteht kein subjektiver Anspruch der Nutzer gegenüber dem Unternehmen auf die Fertigstellung von Infrastruktur in abgelegenen Örtlichkeiten, die wirtschaftlich nicht rentabel sind. Bei solchen Fällen kann der Nutzer seinen Anspruch nicht gegenüber dem Unternehmen geltend machen, sondern nur gegenüber der territorialen Verwaltung, die die Konzession erteilt hat und dafür verantwortlich ist, dass Unternehmen ihren Pflichten nachkommen.¹⁷²

Schwierigkeiten entstehen auch, wo es um die Auslegung von allgemeinen Prinzipien wie etwa „Erschwinglichkeit“ geht. Hierbei kommen Erwägungen ins

¹⁷⁰ Siehe *Rott P.*, A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC, ERCL 3/2005, S. 323 ff.

¹⁷¹ Siehe etwa *Bullinger M.*, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, Juristenzeitung, 2003, S. 597 ff. für einen systematischen Vergleich.

¹⁷² Siehe *Kämmerer J. A.*, Privatisierung, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, S. 449 ff.

Spiel, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind, was es erschwert, präzise definierte Ansprüche zu identifizieren.

Der gegenteilige Ansatz zu den Leistungen der Daseinsvorsorge basiert auf der Instrumentalisierung des Verbraucherrechts als Mittel für die Durchsetzung und Erweiterung des Binnenmarkts. Dass die Kommission einen solchen Gebrauch vom Verbrauchervertragsrecht macht, wird schon lange in der Doktrin als gegeben angenommen: aus einer Analyse der gemeinschaftlichen Gesetzgebung ergeben sich mehrere Anzeichen dafür, dass das primäre Ziel vom europäischen Verbrauchervertragsrecht in der Verbesserung des Binnenmarkts besteht.¹⁷³

Dabei geht es aber nicht nur um die wirtschaftliche Größe des Marktes, wie von der Kommission selbst in dem Grünbuch zum Verbraucherschutz 2001 ausdrücklich präzisiert wurde,¹⁷⁴ in dem sie den rein wirtschaftlich ausgerichteten Binnenmarkt als „*Mythos*“ bezeichnete. Das von der Kommission angestrebte Marktbild ist eher eines, in dem Faktoren wie Lebensqualität und ethische Standards ebenso eine wichtige Rolle spielen, was das in der Präambel des EG-Vertrags vorgenommenen Ziel der Verbesserung von Lebensbedingungen der EU-Bürger erfüllt. Diese Prägung des Verbraucherrechts auf europäischer Ebene entspricht jedoch nicht den nationalen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, denn in Deutschland wie in Italien ist das Verbrauchervertragsrecht durch einen Schutzgedanken geprägt.¹⁷⁵ Danach stellen zwingende Verbraucherschutzvorschriften, die stark in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreifen, eine Ausnahme im allgemeinen Privatrecht dar und sind insofern als legitimierungsbedürftig zu erachten. Dieser Gedanke ist nicht auf das europäische Verbrauchervertragsrecht übertragbar, denn dieses ist eher von der Grundvorstellung inspiriert, dass der Verbraucher beim jeden Vertragsschluss in seiner Position rechtlich gestärkt werden muss. Der Grund für die spezielle Normierung liegt also nicht in einer benachteiligenden Ungleichgewichtslage, die die Vertragsfreiheit des

¹⁷³ Ein klares Beispiel dafür besteht in dem Vorgehen, dass bei Erlassen von Richtlinien, die auf Verbraucherschutz abzielen, die Kommission sich stets auf Art. 95 EGV stützt und nicht auf Art. 153 EGV, der sich ausdrücklich mit dem Verbraucherschutz befasst. Siehe auch *Heiderhoff B.*, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht, in *ZEuP* 2003, S. 769.

¹⁷⁴ Grünbuch zum Verbraucherschutz KOM (2001) 531, s. 12.

¹⁷⁵ Vgl. etwa *Gröner H./Köhler H.*, Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, 1987, S. 11 ff.; den wirtschaftlichen Aspekt betont auch *Drexel J.*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 87 ff.

Verbrauchers gefährdet, sondern in der Notwendigkeit, seine maximale Marktaktivität zu erreichen.¹⁷⁶

Bei dieser Marktausrichtung spielt die Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern nicht die entscheidende Rolle, wie dies im nationalen Recht der Fall ist: das Gemeinschaftsrecht greift in die Vertragsfreiheit der Parteien ein, um die wirtschaftliche Tätigkeit der Verbraucher zu maximieren, während die Schließung von Regelungslücken, die daraus entstehen, weiterhin Aufgabe der Mitgliedstaaten bleibt.¹⁷⁷ Das angestrebte Ziel wird dadurch erreicht, dass der Verbraucher möglichst in die Lage versetzt wird, in der er am ehesten grenzüberschreitend konsumieren kann. Deswegen richten sich die Bemühungen des Gemeinschaftsgesetzgebers darauf, größere Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit in der Rechtslage zu schaffen.¹⁷⁸ Dieser Ansatz ist mit den Vorgaben des Art. 95 EG-Vertrags, der die Referenznorm für die erlassenen Richtlinien zum Verbraucherschutz darstellt, kohärent: auf Art. 95 EGV stützen sich nur Rechtsakte, die der Verwirklichung des Binnenmarkts im Sinne des Art. 14 EGV dienen.

Das Verbrauchervertragsrecht besteht aus Vorschriften, die in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreifen; aus diesem Grund werden sie als legitimierungsbedürftig betrachtet¹⁷⁹: die erforderliche Legitimierung erwerben sie aus ihrer unverzichtbaren Funktion der <Wiederherstellung der materiellen Vertragsfreiheit der unterlegenen Vertragspartei als dem Idealziel des Rechts zum Schutz der Schwächeren>.¹⁸⁰ In der

¹⁷⁶ Vgl. *Micklitz H.-W.*, The Concept of Competitive Contract Law, S. 553: <Consumer law in the hands of the European Community has changed its outlook. It is no longer social protection that legitimates market regulation to fight down imbalance of power, but economic instrumentalisation to establish the Internal Market>.

¹⁷⁷ Siehe *Micklitz H.-W.*, Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, in Festschrift für Norbert Reich, 1997, S. 245, 247 über das Thema der Zuständigkeit der Gemeinschaft zu den sozialen Aufgaben und deren konkreten Erfüllung.

¹⁷⁸ Dies kommt in dem Präambel zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie deutlich zu Ausdruck; wie auch im verbraucherpolitischen Aktionsplan 1999/2001: KOM (1998) 696, S. 19, und auch Verbraucherpolitische Strategie 2002-2006, KOM (2002) 208 S. 10.

¹⁷⁹ Siehe dazu *Detlef Kleindiek*, Aspekte gemeinschaftsweiter Privatrechtsangleichung – eine Sonderprivatrecht für Verbraucher? In *Jayme/Hommelhoff/Mangold* (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt, Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung, 1995, S. 302; *Lieb M.*, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit? Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1989, 274, 284; *Bern Schünemann*, Mündigkeit versus Schutzbedürftigkeit, in *Pfeiffer G.* (Hg), Festschrift für Eric Brandner, S. 279, 292; *Zöllner W.*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988) S. 85 ff.

¹⁸⁰ So *Heiderhoff B.*, zit., S. 776; vgl. aber auch *Enderlein W.*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 232 ff.; *Drexler J.*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998; *Grunsky W.*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, 1995, S. 14 ff.; *Singer R.*, Selbstbestimmung und Verkehrerschutz im Recht der Willenserklärung, 1995, S. 17, 43 f.; schließlich BVerfG, Beschluss von 19.10.93, BVerfGE 89, 214 ff.

Praxis wird jedoch auch oft die Kritik dahin geäußert, dass das Vertragsrecht an eben dieser Aufgabe scheitere.

Die Maximierung der wirtschaftlichen Tätigkeit von Verbrauchern wird auch durch die Aufweichung der vertraglichen Bindungswirkung erreicht: dazu werden spezielle Widerrufsrechte für viele Typen von Verbraucherverträgen eingeführt. Man erwartet, dass die dadurch geschaffene „Flexibilität“ einen konkreten Impuls für den Wettbewerb geben könnte. Dies ist der Grundgedanke der Theorie des kompetitiven Vertragsrechts.¹⁸¹ Diese Theorie bietet nicht nur eine Darstellung der Verflechtungen zwischen Verbraucherrecht und Binnenmarkt nach einem funktionalistischen Ansatz, sondern stellt ein neues Paradigma für das allgemeine europäische Vertragsrecht dar. Nach diesem neuen Modell wird der Bindungsgrundsatz des Vertragsrechts durch ein neues Prinzip ersetzt, das der vertraglichen Beziehung einen gewissen Grad an Flexibilität gewährt.

Ein Beweis dafür bildet die Kategorie der Widerrufsrechte, die einer der Vertragsparteien eingeräumt werden. Diese Flexibilität dient der Verwirklichung des Binnenmarkts, indem sie die Auswahlmöglichkeit der Verbraucher über den Moment des Vertragsschlusses hinaus verlängert, und dadurch den Wettbewerb zwischen den Marktakteuren verstärkt. Diese funktionalistische Fundierung des Vertragsrechts für die Schaffung des Binnenmarkts schließt jedoch die Schutzfunktion zugunsten der Verbraucher nicht aus, so dass das Verbraucherrecht seine typische Schutzprägung nicht verliert.¹⁸² Dieses neue Modell beschränkt sich nicht auf das europäische Verbrauchervertragsrecht, sondern gilt als Paradigma für das allgemeine Vertragsrecht und prägt sogar die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Demzufolge darf das neue Paradigma bei der Entwicklung des gemeinsamen Referenzrahmens nicht unberücksichtigt bleiben. Die grundlose Vertragsauflösung ist nicht das einzige innovative Element des neuen Paradigmas, das aus dem Zusammenspiel von sieben konstitutiven Elementen entsteht: zu erwähnen ist zunächst die klassische Schutzkomponente des europäischen Vertragsrechts, die aber in dem neuen Muster nicht direkt einem Schutzgedanken entspricht, sondern eher als Instrument für die Erreichung der gemeinschaftlichen Harmonisierung verstanden wird. Wenn man, zum Beispiel, das klassische Bild des mündigen Verbrauchers betrachtet, ist es

¹⁸¹ Micklitz H.-W., The Concept of Competitive Contract Law, Penn State International Law Review, 2005, S. 549 ff.

¹⁸² Micklitz H.-W., zit. S. 562.

einfach festzustellen, dass genau dieser Verbraucher nicht unbedingt schutzbedürftig ist: dieses normative Verbraucherbild ist eindeutig marktorientiert. Ein weiteres Kernelement des kompetitiven Vertragsrechts besteht in den vorvertraglichen Informationspflichten: der innovativer Aspekt dabei besteht darin, dass die meisten Richtlinien zum Verbraucherrecht dadurch gekennzeichnet sind, dass die Phasen der Werbung, der vorvertraglichen Informationen, des Vertragsschlusses und der nachvertraglichen Pflichten nicht voneinander getrennt sind, sondern eine Einheit bilden, in der der Moment des Vertragsschlusses nicht länger ein Referenzpunkt für die vertragliche Bindung darstellt¹⁸³. Zu den Kernelementen der Theorie zählt auch ein neues Verständnis von vertraglicher Transparenz, die nicht nur in dem bilateralen Verhältnis ins Spiel kommt, sondern an Relevanz auf dem gesamten Markt als erste Garantie von fairem Wettbewerb gewinnt, und zwar insbesondere bei Massenverträgen, bei denen kein Raum für eine konkrete Verhandlung bleibt. Noch zu erwähnen sind die Standardisierung, von der bei Verbraucherverträgen breite Nutzung gemacht wird, ferner der Begriff von Lauterkeit sowie die Aspekte der effektiven Rechtsdurchsetzung der Verbraucheransprüche.

Zwischen den beiden Perspektiven, wobei die eine auf den universellen Rechten der Bürger basiert und die andere auf das Verbrauchervertragsrecht zurückgreift, scheint auf den ersten Blick die zweite vernünftiger zu sein, zumindest für die nähere Zukunft. Die andere Lösung wird dadurch erschwert, dass sie eine neue Verteilung von Rollen und Funktionen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten benötigt, um eine echte Harmonisierung des Energiewirtschaftsrechts europaweit zu schaffen. Die schwachen Anknüpfungspunkte für die Normierung der Sozialrechte auf Gemeinschaftsebene bilden eine unsichere Basis für die Entwicklung des Energierechts in diese Richtung und versprechen eine nicht reibungslose Durchsetzung der Energieverbraucherrechte.

Doch zeigt auch der Binnenmarktansatz einige Schwächen: zunächst bestehen gegenüber der Tendenz zu der Maximalharmonisierung die größten Bedenken. Dieser Trend hat sich in der Rechtsetzung der europäischen Gemeinschaft schon in mehreren Bereichen als von der Kommission bevorzugt bestätigt. Die Anwendung des Maximalharmonisierungsansatzes auch im Bereich der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse würde von vornherein für die

¹⁸³ *Micklitz H.-W.*, zit. S. 564: <In so far EC law is liquefying contract law>.

Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Energienutzern einen zusätzlichen Schutz zu gewähren, ausschließen. Dies begegnet Bedenken bezüglich unterprivilegierter Verbraucher, deren Stellung ernsthaft dadurch gefährdet werden könnte. Der Informationsgedanke, der Angebotspluralismus und die Durchsetzung der wettbewerblichen Marktordnung, die durch den Binnenmarktansatz effektiv gewährleistet sind, bilden nicht genügend Bedingungen für einen breiten Schutz der Energienutzer. Eine weitere Schwäche, die die Anwendung des Verbraucherrechts auf die Energieverträge gezeigt hat, ergibt sich aus der Regelung der missbräuchlichen Klauseln nach der Richtlinie 93/13/EG, die sich aus mehreren Gründen als unpassend für diese Vertragsverhältnisse erwiesen hat. Darüber hinaus könnte eine Disziplin, die zu stark auf die Binnenmarktperspektive basiert und auf die wettbewerblichen Ordnung vertraut, gegen Art. 16 EGV verstoßen.¹⁸⁴

In der Doktrin wird aber auch die These vertreten, dass das Verbraucherrecht von der Rechtssetzung zur Vollendung des Binnenmarkts getrennt sei.¹⁸⁵ Dabei wird argumentiert, dass Verbraucherrecht und Wettbewerbsrecht nicht das gleiche Ziel bezwecken, so dass die zwei Rechtsbereiche unterschiedliche Analyseansätze beanspruchen. Demzufolge wird der funktionalistische Ansatz zur Erklärung der Verflechtungen zwischen Verbraucherrecht und Binnenmarkt abgelehnt.¹⁸⁶

Der Bürgerrechtsansatz führt zur Schaffung des „Sicherheitsnetzes“¹⁸⁷ für die Energiewirtschaft durch die Entstehung eines neuen sozialen Vertragsrechts. Nur dies würde es ermöglichen, die Grundversorgung für die Gesamtheit der Nutzer zu

¹⁸⁴ Zu der Frage ob aus Art. 16 EGV subjektive Ansprüche für Energienutzer zu entnehmen sind, antwortet die Doktrin unterschiedlich: einerseits wird argumentiert dass Art. 16 EGV dafür nicht präzise genug ist: vgl. etwa *Nettesheim M.*, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in *Hrbek R./Nettesheim M.* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden, Nomos, 2002, S. 51; *Schwarze J.*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, S. 334, 336; *Koenig C./Kühling J.*, Art. 16 EGV, in *Streinz R.* (Hg.), EUV/EGV, München, C. H. Beck, 2003, S. 7. Dagegen *Maresca M.*, The access to services of general interest (SGI), fundamental right of European law and the growing role of user's rights. Paper presented at the 10th. International Consumer Law Conference in Lima, 4-6 May 2005.

¹⁸⁵ *Howells G.*, The Scope of European Consumer Law, ERCL 3/2005, S. 360 ff.; auch *Wilhelmsson T.*, Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts, EBLR 2006, S. 49 ff. Vgl. auch *Monti G.*, The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective, in ERCL, 3/2007, S. 295 ff.

¹⁸⁶ Die Praxis bestätigt jedoch eine funktionale Verbindung zwischen Verbraucherschutz und Markteffizienz: zu den ökonomischen Auswirkungen des Verbraucherrechts auf dem liberalisierten Energiemarkt, siehe *Bellantuono G./Boffa F.*, Domestic Energy Markets in Europe: Designing Effective Institutions, unter <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=31>. In der Schrift wird die Verflechtung zwischen dem Grad des Verbraucherschutzes und ökonomischer Leistung des Energiemarkts durch empirische Beispiele aus diversen europäischen Ländern offenbart.

¹⁸⁷ *Rott P.*, zit., S. 330.

gewährleisten, indem zur Ergänzung des wettbewerblichen Markts ein Vertragsrecht gestaltet wird, das die grundlegenden Ansprüche jeden Nutzers, insbesondere derjenigen, die von den Leistungen der wettbewerblichen Marktordnung nicht profitieren können, sicherstellt. Dementsprechend wird der Verbraucher nicht nur als Marktteilnehmer betrachtet, sondern als Bürger, der seine Ansprüche auf Grundrechte konkret durchsetzen kann.¹⁸⁸

Aus dieser Perspektive verdienen besondere Beachtung folgende Fragen: inwieweit kann die Regulierung des liberalisierten Markts zur Entstehung eines neuen sozialen Vertragsrechts für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beitragen, und: entstehen subjektive rechtliche Ansprüche außerhalb der vertraglichen Beziehung oder nicht.

Dementsprechend ist die Kategorie der Gemeinwohlaufgaben als Ergänzung des wettbewerblichen Markts zu verstehen und bietet insoweit eine wichtige Chance, um den Bürgern privatrechtlich geschützte Ansprüche für die Nutzung von essentiellen Leistungen zu sichern.¹⁸⁹

Diese neue Perspektive der Gemeinwohlverwirklichung ergibt sich aus der Entwicklung der klassischen Disziplin der öffentlichen Dienstleistungen nach Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft. Dabei zeigt sich eine grundlegende Änderung: gemäß der traditionellen Regelung der Gemeinwohlaufgaben war die Universalität der Leistungserbringung schlechthin als ein objektives Merkmal der Erfüllung öffentlicher Aufgaben anzusehen, während die heutige Sichtweise hingegen auf der grundrechtlich unverzichtbaren Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben basiert, die sich durch die Absicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Bereitstellung essentieller Infrastrukturen verwirklichen. Auch nach der Indienstnahme Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bleibt die Verantwortung der Gemeinwohlverwirklichung weiterhin bei den staatlichen Organen. Damit wird die „Universalität“ von einem objektiven Merkmal der Leistungserbringung zu einem subjektiven rechtlich geschützten Anspruch jedes

¹⁸⁸ Rott P., J Consumer Policy (2007) 30, S. 59: die Schlussfolgerung für den Autor ist also, dass die Zukunft der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht im Verbraucherrecht zu finden ist, sondern in der Feststellung von genauen und durchsetzbaren Bedingungen besteht, die den Zugang zu Leistungen von einer gewissen Qualität, zu erschwindlichen Preisen für jeden Bürger, abgesehen von seiner wirtschaftlichen, sozialen, geografischen Lage sicherstellt.

¹⁸⁹ Napolitano G., Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti, in Mercato Concorrenza Regole, n. 2/2000, S. 429 ff.

Bürgers zur Nutzung von öffentlichen Leistungen und zu einer Grundversorgung nach bestimmten Standards. Mit der Indienstnahme Privater nach der Liberalisierung des Marktzugangs steht nun die Befriedigung der Bedürfnisse des Bürgers – und Nutzers – im Zentrum der Betrachtungsweise.¹⁹⁰

Bei der wirtschaftlichen Ausübung dieser Leistungen in einer wettbewerblichen Dimension entsteht jedoch die Gefahr, dass manche Bürger vom Leistungszugang ausgeschlossen bleiben, und zwar diejenigen, die entweder auf Grund ihrer persönlichen Situation oder aufgrund der Modalitäten der Leistungserbringung nicht in der Lage sind, die Kosten der Leistungserbringung zu bezahlen. Darüber hinaus bringt das Wirtschaftlichkeitsprinzip die Unternehmen dazu, eine Unterscheidung zwischen Kunden zu machen oder die Leistung ohne Kontinuität zu erfüllen oder die Leistungserbringung ohne rechtfertigenden Grund abzubrechen. Demzufolge ist der Einsatz der öffentlichen Macht auch im liberalisierten Markt stark zu fördern.¹⁹¹ Dies kann nur dann eine Gefahr für die wettbewerbliche Marktordnung darstellen, wenn es zu einer unzulässigen Finanzierung kommt, etwa durch Quersubventionierung, oder wenn dies ohne Berücksichtigung der Chancen- und Lastgleichheit geschieht. Die Kategorie des Unbundling, die im Mittelpunkt des Liberalisierungsprozesses steht, dient eben dazu, diese Gefahr zu vermeiden.

In der Durchsetzung der neuen Konzeption der Daseinsvorsorge sieht man aber eine große Chance, die man nutzen sollte: indem man den Nutzern rechtsgeschützte Ansprüche zuerkennt, über die sie vorher nicht verfügen konnten, werden auch große Schritte hinsichtlich der Bürgerschaftsrechte gemacht. Insoweit steht die Anerkennung dieses Rechts in enger Verbindung mit dem Prozess der Bildung der europäischen Bürgerschaft.¹⁹² Nach dieser Umgestaltung der Gemeinwohlaufgaben,

¹⁹⁰ <L'universalità appare sempre meno una qualità oggettiva di un'attività erogativi dei pubblici poteri e sempre più una qualità dell'aspirazione dei cittadini alla fruizione dei servizi>, *Napolitano G.*, zit., S. 449.

¹⁹¹ „Die unsichtbare Hand bedarf der Ergänzung durch die unsichtbare Hand des Staates“, so *Kube H.*, *Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast*, Die Verwaltung, 2008, Vol. 41, S. 4.

¹⁹² *Napolitano G.*, zit., S. 454: «Il fondamento comunitario dei diritti dei cittadini utenti si spiega alla luce del processo di integrazione europea. Se è vero che i trattati di Amsterdam e Maastricht non riconoscono diritti sociali, il diritto comunitario derivato offre indicazioni diverse. Ne costituisce un esempio proprio la normativa relativa ai servizi, in virtù della quale è garantito a tutti i cittadini residenti negli Stati membri un livello minimo uniforme di soddisfazione e tutela del diritto d'accesso a prestazioni essenziali. Naturalmente questa pretesa rappresenta soltanto uno dei diritti del cittadino, la cui affermazione dovrebbe essere più completa e innalzata al livello <costituzionale> dei trattati. Tale riconoscimento (...) contribuisce alla edificazione di una comune identità europea, alla quale può concorrere non soltanto l'utilizzazione di una moneta unica, ma anche il godimento di prestazioni

werden die üblichen Prinzipien der öffentlichen Dienstleistungen durch neue Prinzipien ergänzt, die beispielsweise zur Gewährleistung eines gewissen Qualitätsniveaus, oder zur Erfüllung von unterschiedlichen Bedürfnissen der Kunden dienen. Um die Grundversorgung zu sichern, wird vom Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben, dass die Leistungserbringung nach Prinzipien wie Gleichheit, Angemessenheit und Kontinuität gestaltet werden muss. Die Deckung der Versorgung, die Erschwinglichkeit der Preise und die Festsetzung von bestimmten Qualitätsniveaus bilden weitere zentrale Aspekte der Disziplin.

Die Anerkennung von bestimmten, rechtlich geschützten Ansprüchen zugunsten der Nutzer setzt ihr „Bewusstsein“ über ihre rechtliche Stellung voraus. Für lange Zeit waren sie nur passive Nutzer von Leistungen, die durch öffentliche Unternehmen erbracht wurden, während jetzt erwartet wird, dass sie sich aktiv am Markt beteiligen. Dies geschieht zunächst mittels ihrer Vertretungsorganisationen und deren Teilnahme an der Festsetzung der Bedingungen der Leistungserbringung, aber auch mit dem Voranschreiten des Wettbewerbs und der Durchsetzung des Angebotspluralismus: dies ermöglicht es, dass sie im Stande sind, bewusst in dem liberalisierten Markt ihre Entscheidungen zu treffen.

Mit der Überführung des Versorgungssystems von den staatlichen Monopolen in einen wettbewerblichen europäischen Binnenmarkt muss gewährleistet werden, dass Bürger und Unternehmen EU-weit Zugang zu „hochwertigen Diensten von allgemeinem Interesse zu einem erschwinglichen Preis haben“, wie es im Kommissionsweißbuch von 2004 festgeschrieben wird: ausdrücklich wird diese Festsetzung mit Bezug auf die Grundrechte der Unionsbürger hervorgehoben.¹⁹³ Dadurch wird das Thema der Grundversorgung und der Universaldienste zum Herzstück des europäischen Sozialmodells.¹⁹⁴ Dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 I und II, 98, 105 EG) sind die Dienste

essenziali a condizioni omogenee in tutta l'Unione. L'affermazione del principio del servizio universale costituisce dunque un momento importante di quel processo di costruzione della cittadinanza europea, dal quale dipende la legittimazione democratica dell'Unione.»

¹⁹³ Weißbuch (Fn. 14), S. 6: „Für die EU-Bürger stellt dieser Zugang eine essenzielle Komponente der Unionsbürgerschaft dar, die unverzichtbar ist, damit er die ihm zustehenden Grundrechte in vollem Umfang wahrnehmen kann.“

¹⁹⁴ S. schon Kommission, Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21. Mai 2003 KOM(2003) 270. S. 3 (Rn. 2): „Als unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells gehören sie zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind. Sie spielen bei der Erhöhung der Lebensqualität aller Bürger und der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung eine entscheidende Rolle.“

von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gleichgestellt. Dener nächsten Schritt nach der Festsetzung ihres Stellenwertes bildet die Anerkennung von subjektiven Rechten zugunsten der Bürger, wie etwa das „Recht auf Achtung und Anerkennung des Zuganges zu öffentlichen Dienstleistungen durch Unionsorgane“.¹⁹⁵ Die Verwirklichung dieses Anspruches fällt unter die „gemeinsame Verantwortung der öffentlichen Verwaltung und der Union“ gemäß Artt. 16 i.V.m. 86 II EGV und wird durch die europäischen Vorgaben zur Regulierung ins Werk gesetzt.¹⁹⁶ Dabei sind nach dem Subsidiaritätsprinzip auch die Mitgliedstaaten beteiligt, deren Zuständigkeit für die Bestimmung der notwendigen Maßnahmen ausdrücklich im Weißbuch enthalten ist.¹⁹⁷ Die Verteilung der Verantwortung für die Verwirklichung von Vorgaben der *Gewährleistungsgemeinschaft* auf unterschiedlicher Ebene trägt zu der Konkretisierung einer bürgernäheren Regulierung bei,¹⁹⁸ wobei mit voller Rücksicht auf das Subsidiaritätsprinzips die lokalen Verwaltungen im Vordergrund stehen.¹⁹⁹ Aus Sicht der Kommission ist auch für die Zukunft eine sektorspezifische Regulierung voranzutreiben, das heißt, dass aus der Sicht der Kommission eine übergreifende Regelung nicht beabsichtigt ist.²⁰⁰

3.5 Subjektiver Anspruch auf eine wettbewerbliche Marktordnung: das Wettbewerbsrecht auf den regulierten Märkten

¹⁹⁵ Art. II-96 VVE, eine aus der Europäischen Grundrechte-Charta übernommene Vorschrift.

¹⁹⁶ Weißbuch (Fn. 14), S. 5 ff., 7 f.

¹⁹⁷ „Recht der Mitgliedstaaten, den Wirtschaftsakteuren spezifische Gemeinwohlverpflichtungen auferlegen zu können und für deren ordnungsgemäße Erbringung Sorge zu tragen“. Letzteres unterstreicht auch das Weißbuch (Fn. 14), S. 8.

¹⁹⁸ Weißbuch (Fn. 14), S. 7. *Die Festlegung der Gemeinwohlaufgaben obliegt in den Augen der Kommission „den öffentlichen Instanzen auf der jeweiligen Ebene. Letztere sind auch zuständig für Marktregulierung und dafür verantwortlich, sicherzustellen, dass die betreffenden Akteure die ihnen übertragenen Gemeinwohlverpflichtungen wahrnehmen“.*

¹⁹⁹ Weißbuch (Fn. 14), S. 7. *Bei allen Möglichkeiten, die der Vertrag auch der Gemeinschaft hierfür bereitstellt, ist nach dem Weißbuch doch „in ersten Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden, Dienstleistungen von allgemeinen öffentlichen Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren“*

²⁰⁰ Weißbuch (Fn. 14), S. 9: *„Vorschläge für eine sektorspezifische Regulierung formulieren, die sich auf Bereiche die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige beschränken, die ihrerseits eindeutig europa-weit ausgerichtet sind und fundierte Gründe dafür bieten, ein europäisches Konzept für Dienstleistungen von allgemeinen Interesse zu definieren. Eine solche Gemeinschaftsregelung gibt im Allgemeinen lediglich einen Regelungsrahmen vor, den die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung länderspezifischer Gegebenheiten umsetzen und näher ausgestalten können“.*

Bei der Neugestaltung der regulierten Märkte kommt der Wettbewerbsdisziplin eine Schlüsselrolle zu. Die Durchsetzung von Wettbewerb auf dem Markt verspricht gleichzeitig die Steigerung der Leistungsqualität und die drastische Kostensenkung infolge der Effizienzsteigerung. Auf diese Weise trägt der Wettbewerb zur Überlegenheit der Wirtschaft bei Allokation der Ressourcen und der Förderung von Innovationen bei. Dabei spielen auch Verbraucher eine sehr bedeutende Rolle, indem sie durch ihre Nachfrage Einfluss auf Qualität und Preis der Leistungen nehmen. Die Durchsetzung fairen Wettbewerbs ist jedoch aus einer anderen Perspektive noch wichtiger: infolge der Besonderheiten des Energiemarkts, auf dem die Parteiautonomie innerhalb fester Grenzen verdrängt ist und Bezugsverträge meistens ohne entsprechende Verhandlung zustande kommen, bildet ein fairer Wettbewerb die primäre Garantie für ein möglichst ausgeglichenes vertragliches Verhältnis. Dies begründet das Verbrauchersinteresse an einer wettbewerblichen Marktordnung: Die entscheidende Frage dabei betrifft die genaue rechtliche Qualifikation dieses Anspruches, nämlich ob er ein subjektives Recht oder nur ein faktisches Interesse begründet.²⁰¹

Die Wettbewerbsdisziplin zielt *in primis* darauf ab, jedem Interessenten das Recht zur wirtschaftlichen Tätigkeit einzuräumen. Dadurch wird der Pluralismus beim Angebot von Gütern und Leistungen sichergestellt, was auch ein deutliches Interesse der Allgemeinheit darstellt. Insofern kann die Wettbewerbsdisziplin wohl als *multipurpose*-Disziplin bezeichnet werden, denn es geht hier nicht nur um die Verstärkung einer subjektiven Stellung (von wirtschaftlich engagierten Subjekten), sondern auch um ein überindividuelles Interesse der Allgemeinheit.

Dieser Ausgangspunkt ist unstrittig. Doch während die rechtliche Stellung der wirtschaftlichen Akteure klar definiert ist, indem sie Träger eines subjektiven Anspruchs sind, stellt sich nunmehr die Frage, wie das Interesse anderer Marktteilnehmer an dem wettbewerblichen Markt und dessen reibungslosem Funktionieren rechtlich zu begreifen ist.

Wenn das Interesse der Verbraucher nur als faktisches Interesse qualifiziert werden sollte, dann würde sich kein Raum für eine unmittelbare Klagebefugnis geben und die Stellung des Verbrauchers könnte nur in einer mittelbaren Weise durch Einsatz

²⁰¹ Siehe zum Thema *Guizzi G.*, *Interessi individuali e collettivi nella disciplina della concorrenza*, in *Azzaro A. M.* (Hg.), *Contratto e mercato*, Giappichelli, 2004, S. 79 ff.

der zuständigen Behörde bzw. durch eine vom benachteiligten Unternehmen erhobene Klage geschützt werden, denn nur diesen Subjekten erkennt das Wettbewerbsgesetz²⁰² ein unmittelbar klagbares subjektives Recht zu. Dagegen bietet das italienische Wettbewerbsgesetz Nr. 289/90 keinen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt für die Anerkennung eines unmittelbaren Anspruchs des Verbrauchers. Nach der Systematik des Gesetzes gewinnt die Stellung der Verbraucher keine autonome Relevanz, denn nach Sinn und Zweck des Gesetzes steht eher der Schutz der freien wirtschaftlichen Initiative im Sinne des Art. 41 Cost. im Mittelpunkt. Jedes Handeln, das diese Freiheit gefährden sollte, muss beseitigt; infolgedessen wird der Anspruch auf dem wettbewerblichen Markt nur als subjektives Recht der wirtschaftlich engagierten Subjekte betrachtet wird.

Eine genauso klar definierte Stellung anderer Marktteilnehmern ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Für Nutzer und Verbraucher ist nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes, einen unmittelbarer Anspruch auf Schadensersatz bei wettbewerbsverstoßendem Handeln eines Unternehmens zuzuerkennen schwierig anzunehmen. Zu dieser Lösung führt die Überlegung, dass nach der Systematik des *Codice civile* der Schadensersatz keiner Abschreckungsfunktion, sondern einer reinen Kompensationsfunktion für den erlittenen Schaden dient. Auch nicht viel weiter hilft der Verweis auf den Begriff der sozialen Utilität, die in der Schaffung des wettbewerblichen Markts als Instrument zur Befriedigung der Interessen der Allgemeinheit und insbesondere der Instanzen von sozialer – und allokativer Gerechtigkeit nach Art. 41 Cost. angedeutet wird.

Das Wettbewerbsgesetz verbietet dem Unternehmen jedes Handeln, das gegen die wettbewerbliche Ordnung des Markts verstößt, weil dieses Handeln die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit von Konkurrenten gefährdet, aber auch weil die Beibehaltung dieser Ordnung ein Interesse der Allgemeinheit darstellt.

Das Gesetz schweigt jedoch zur rechtlichen Qualifikation dieser überindividuellen Interessen, deren Schutz nur in einer mittelbaren Weise, nämlich durch den Einsatz von sektorspezifischen Behörden im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Funktion, gewährleistet wird.

²⁰² Gesetz vom 10. Oktober 1990, Nr. 287: „Norme per la tutela della concorrenza e del mercato“, (Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs und des Markts).

Dass der Schutz von Nutzern und Verbrauchern den primären Zweck der Wettbewerbsdisziplin sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene darstellt, bildet in sich selbst noch kein hinreichendes Argument für die Anerkennung einer qualifizierten rechtlichen Stellung für alle Marktteilnehmer. Diese Zwecke sind eher relevant als Instrumente für die teleologische Auslegung der gesamten Disziplin, die von der Behörde bei der Beurteilung des Unternehmenshandelns berücksichtigt werden müssen. Daraus kann man jedoch noch keinen Beweis für die unmittelbare Relevanz der rechtlichen Stellung der benachteiligten Nutzer entnehmen.

Dabei hilft auch die Berufung auf das *Effet Utile*-Prinzip nicht weiter: dahinter steckt eben ein methodologischer Fehler insoweit, dass - um die Existenz eines individuellen Interesses an der wettbewerblichen Ordnung zu beweisen - ein rechtliches Prinzip angewandt wird, das diese subjektive Stellung voraussetzt.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man jedoch, wenn man die Frage aus einer anderen Perspektive betrachtet und auch andere Vorschriften in Betracht zieht.²⁰³

Man denke etwa an die Regelungen zum Verbraucherschutz, die darauf abzielen, die Interessen von Verbrauchern und Nutzern in breitem Umfang zu schützen. Im Art. 1 Abs. 2 des Verbrauchergesetzbuches sind unter anderem Lauterkeit, Transparenz und Gleichheit in Verträgen über den Kauf von Gütern und Leistungen als grundsätzliche Rechte von Verbrauchern und Nutzern anerkannt. Diese Norm bietet den Anknüpfungspunkt für die Begründung des subjektiven Verbraucheranspruchs auf eine lautere Wettbewerbsordnung,²⁰⁴ die Durchsetzung dieses Anspruchs wird durch die unmittelbare Klagbarkeit verstärkt.²⁰⁵

Diese Vorschrift gewinnt weiter an Bedeutung, wenn sie auf einen Markt übertragen wird, wo Massenverträge üblich sind. In einem Kontext wie der Energiewirtschaft, wo von Vertragsstandardisierung im großen Umfang Nutzung gemacht wird und wo, mangels entsprechenden Aushandelns, der Konsensus der Parteien sich nur auf die schlichte Akzeptanz erstreckt, erlangt der Anspruch auf Lauterkeit eine Relevanz, die

²⁰³ Siehe *Guizzi G.*, *Interessi individuali e collettivi nella disciplina della concorrenza*, in *Azzaro A. M.* (Hg.), *Contratto e mercato*, Giappichelli, 2004, S. 79 ff.

²⁰⁴ Siehe auch über die Komplementarität vom Wettbewerbs- und Verbraucherschutz bei dem Aufbau der rechtlichen Ordnung des Marktes, *Irti N.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004.

²⁰⁵ Zu diesem Aspekt, siehe ausführlich *Pagni I.*, *Tutela individuale e collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3, l. 30.7.1998, n. 281)*, in *Barba A.* (Hg.), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, S. 127 ff., insbesondere S. 140.

über die einzelne Verhandlung hinaus geht. Wo die Verhandlung zwischen den Parteien von vornherein fehlt, weil der Verbraucher an der Vertragsgestaltung nicht beteiligt ist, bleibt nichts von der Aussagekraft des Lauterkeitsgebots. Das Sichberufen auf Lauterkeit und Fairness in Rahmen einer Verhandlung, die doch gar nicht statt findet, ist für den Verbraucher nicht sehr hilfreich. Die Norm ist dagegen reich an Implikationen, wenn sie in einem breiteren Umfang betrachtet wird und zwar mit Bezug auf das Unternehmensverhalten auf dem Markt: insoweit besteht der Lauterkeitsanspruch des Verbrauchers schon vor dem Vertrag und außerhalb des Vertrags. Nach dieser Auslegung der Vorschrift steht der Verbraucherschutz gegen unlautere Unternehmenshandlungen, die deren Freiheit bei der Auswahl des Vertragspartners und der Vertragsbedingungen beeinträchtigen, im Vordergrund. Demnach bildet die Vorschrift für Verbraucher bei der Beteiligung an Massenverträgen eine unverzichtbare Garantie dafür, dass die Ausübung ihrer Autonomie, die bei solchen Geschäften schon detlich beeinträchtigt ist, nicht weiter infolge der Verfälschung der Marktordnung durch unlauteres Unternehmenshandeln belastet wird. Damit erlangt der Anspruch auf den wettbewerblichen Markt vor - und abgesehen von - dem Vertragsabschluss an Relevanz, jedoch immer in der Perspektive der einzelnen Verhandlung als Garantie des Lauterkeits- und Gleichheitsgebot.

Nach dieser Darstellung läßt sich der subjektive rechtliche Anspruch des Verbrauchers auf eine lautere wettbewerbliche Marktordnung begründen.²⁰⁶ Die Durchsetzung dieses Anspruches erfolgt, sowohl durch individuelle Klagen als auch durch kollektive Klagen, und zwar mittels des Einsatzes von Verbraucherverbänden, die nach Art. 139 C.cons. dazu berechtigt sind.²⁰⁷ Dieses System bietet dem

²⁰⁶ Daraus folgt auch ein Neudenken des Art. 2598 c.c. über vergleichende Werbung, siehe dazu *Guizzi G.*, zit., S. 88.

²⁰⁷ Die Lehre ist aber bezüglich der Zuständigkeit dieser Klagen nicht einig: die Möglichkeit eine Unterlassungsklage vor dem Zivilrichter im Fall eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsgesetz Nr. 287/90 zu erheben, wird bezweifelt, weil mangels eines entsprechenden Hinweises im Art. 33, die AGCM die einzige zuständige Behörde bleibt. Siehe dazu *Pagni I.*, zit.; dagegen, wenn man die oben dargestellte Auslegung des Verbrauchergesetzbuchs akzeptiert, ist die Zuständigkeit des Zivilrichters zu bejahen: Wenn das Gesetz den Verbrauchern einen subjektiven Anspruch auf wettbewerblichen Markt anerkennt, der auch in Form von kollektiver Klagen durchsetzbar ist, dann besteht kein Zweifel über die Zulässigkeit der Unterlassungsklage durch die anerkannten Vertretungsorganisationen vor dem Zivilrichter, auch abgesehen von der Bestimmung des Art. 33 L. 287/90.

Verbraucher mehrere Möglichkeiten, auch in Form von Unterlassungsklagen, um den Verbraucherschutz effektiver zu gestalten.²⁰⁸

3.5.1 Regulierung und Wettbewerb: das Urteil Unapace/Enel

Ein wichtiger zu untersuchender Aspekt betrifft die Verflechtungen zwischen Regulierung und Wettbewerbsrecht. Diese zwei Rechtszweige sind eng verbunden und ergänzen sich gegenseitig. Im allgemeinen Begriff der Regulierung kann man eine soziale und eine wirtschaftliche Dimension erkennen. In ihrer wirtschaftlichen Dimension zielt die Regulierung darauf ab, Monopole durch die künstliche Schaffung von wettbewerblichen Marktbedingungen, insbesondere durch Kontrollmechanismen im Hinblick auf Preise und Leistungen, zu regulieren. Gleichzeitig wird aber auch das Ziel verfolgt, die Bedingungen für die Einführung von Wettbewerb zu schaffen sowie eine Marktlenkung auszuüben, um den Wettbewerb auf Dauer zu bewahren. In diesem zweiten Aspekt zeigt die Regulierung eine enge Verbindung zum Wettbewerbsrecht. In die wirtschaftliche Dimension der Regulierung ist insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht einbezogen: auf der anderen Seite hat die soziale Dimension der Regulierung verfassungsrechtliche Implikationen auch auf Gemeinschaftsebene. Historisch betrachtet, war die Marktregulierung, insbesondere der Märkte der öffentlichen Dienstleistungen, in der Zuständigkeit der Nationalstaaten, die bei der Ausübung dieser Kompetenz gleichzeitig Ansprüche von sozialem, wirtschaftlichem und politischem Charakter berücksichtigt haben. Insoweit kann man wohl sagen, dass die Regulierung eine territoriale Dimension hat. Auf gemeinschaftlicher Ebene dagegen wird diese Kompetenzteilung durch Binnenmarktsprinzipien beeinflusst; daraus entsteht die Notwendigkeit, die wirtschaftlichen Tätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft zu harmonisieren und die Schwierigkeiten zu überwinden, die sich aus dieser

²⁰⁸ Siehe *Pagni I.*, cit. S. 140; *R. Alessi*, *Diritto europeo di contratti e regole dello scambio*, in *Europa e diritto privato*, 2000, S. 996: die Doktrin ist schon lange darüber einig, dass durch das gleichen Tatbestand sowohl eine vertragliche Haftung als auch eine Verschuldenshaftung vorkommen können, ohne dass der eine Anspruch den anderen ausschließt: siehe *Di Maio A.*, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, S. 230 ff.

fragmentarischen Kompetenzverteilung ergeben. In der Tat basiert die Regulierung auf EG-Ebene überwiegend auf Art. 95 i.V.m. Art. 14 EG-Vertrag: insofern kann man auch sagen, dass auch die Regulierung auf EG-Ebene einen territorialen Charakter hat in dem Sinne, dass sie versucht, die Grenzen und Fragmentierungen innerhalb der Union abzuschaffen.

Für die Durchsetzung des Wettbewerbs sorgen sowohl der Europäische Gerichtshof²⁰⁹ als auch die nationalen zuständigen Organe. Zu diesem Zweck wurde in Italien durch Art 10 des Wettbewerbsgesetzes²¹⁰ die *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)* gegründet, die in enger Verbindung mit der sektorspezifischen Regulierungsbehörde arbeitet. Das Verhältnis von AGCM und AEEG untereinander ist dem Art. 2 Abs. 33 Gesetz Nr. 481/1995 zu entnehmen, wonach die AEEG dazu verpflichtet ist, jeden Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dem Kartellamt mitzuteilen. Über diese Anzeigepflicht hinaus verfügt jedoch die AEEG über keine weitere Zuständigkeit hinsichtlich des Wettbewerbsschutzes auf dem Energiemarkt.

Bezüglich der Kooperation zwischen den zwei Behörden ist der Fall *Unapace/Enel*²¹¹ wegweisend. Insoweit stellt er einen Meilenstein des europäischen Wettbewerbsrechts dar, weil zum ersten Mal das europäische Wettbewerbsrecht unmittelbar durch das nationale Kartellamt, die *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, durchgesetzt wurde.

In diesem Fall wurde Enel von der „Unione Nazionale Aziende Produttrici e Consumatrici di Energia Elettrica“ aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 82 EGV verklagt: Dank ihrer starken Stellung auf dem Markt habe Enel im Jahr 1998 in den Strombezugsverträgen von Kunden mit hohem Energieverbrauch vertragliche Bedingungen angeboten, die zu jener Zeit von keinem anderen Konkurrenten angeboten werden konnten. Dieses Verhalten war, nach Meinung der Kläger, als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung anzusehen, weil Enel durch die

²⁰⁹ Zur Rechtsprechung des EuGH zum Thema der Energiewirtschaft siehe *Börner A.-R.*, Wettbewerbsrelevante Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Energiewirtschaft, in *Brede H. (Hrsg.)*, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2001, S. 189 ff; zum Beitrag des EuGH zur Schaffung des Strombinnenmarkts siehe auch *Ruge R.*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, Duncker&Humblot, 2004, Berlin, S. 106 ff.

²¹⁰ Legge vom 10. Oktober 1990, Nr. 287: „Norme per la tutela della concorrenza e del mercato“.

²¹¹ Decisione AGCM A263 «Unapace-Enel», in *Bollettino* 13-14/1999 vom 26. April 1999.

Bindung von Stromkunden mit Langfristverträgen in der Lage war, seine dominante Stellung auf dem gerade zu liberalisierenden Markt zu sichern.

Aufgrund der gemeinschaftlichen Relevanz der Klage, war für den Fall auch die Bekanntmachung der Kommission vom 15. Oktober 1997 über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bearbeitung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag (*ex-Artikel 85 und 86 EG-Vertrag*) maßgeblich.²¹² Für die Falllösung hatte der AGCM zwischen verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen: das Kartellamt konnte der Kommission den Fall mitteilen, damit sie ihre Zuständigkeit zur Durchführung der Bestimmungen von Art. 85 und 86 EGV nach Art. 9 Verordnung (EWG) Nr. 17/62²¹³ geltend machen konnte, oder selbst den Fall lösen. Dabei standen der Behörde zwei Optionen offen, nämlich zwischen der direkten Anwendung des Art. 82 EGV einerseits und der Anwendung des nationalen Wettbewerbsgesetzes, Art. 3 Gesetz Nr. 287/1990 andererseits, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet und inhaltlich identisch zum Art. 82 EGV ist.

Die erwähnte Verordnung Nr. 17/62 hatte ein System paralleler Zuständigkeiten geschaffen, in deren Rahmen die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die europäischen Vorschriften zum Wettbewerbsschutz durchführen können. Darüber hinaus hat die Bekanntmachung aus dem Jahr 1997 das Prinzip betont, wonach die Fälle, die für die Gemeinschaft von besonderem Interesse sind, von der Kommission selbst behandelt werden sollen. Dies geschieht, beispielsweise, wenn bei dem Verfahren neue Rechtsfragen entstehen, die vorher noch nicht aufgetaucht sind. Das gleiche gilt auch für Verfahren, die mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmer betreffen.²¹⁴ In diesem Fall besteht jedoch keine Meldepflicht für die nationale Wettbewerbsbehörde, wenn sie als erste mit dem Fall befasst worden ist.

²¹² Bekanntmachung der Kommission, 97/C 313/03.

²¹³ Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungs- und Verfahrensregeln zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrags, Amtsblatt Nr. 013 vom 21.2.1962, zuletzt ersetzt durch Verordnung (EG) Nr.1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 85 und 86 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

²¹⁴ Vgl. Punkte Nr. 34-35 und 36 der Bekanntmachung: "Rechtswidrige Verhaltensweise von öffentlichen Unternehmen (sein), denen ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte im Sinne von Art. 90 Abs. 1 EG-Vertrag gewährt hat oder die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder die Merkmale eines Finanzmonopols im Sinne von Art. 90 Abs. 2 aufweisen".

Die AGCM hätte den Fall wohl durch Anwendung des nationalen Rechts lösen können, wie dies schon bei anderen Klagen von gemeinschaftlicher Relevanz der Fall gewesen war.²¹⁵ Dies würde keinen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Interesse darstellen, wie auch die zitierte Bekanntmachung verdeutlicht, indem sie die Zusammenarbeit zwischen nationalen und gemeinschaftlichen Behörden, abgesehen von der direkten Anwendung des EG-Rechts, fördert.²¹⁶

In dem Fall Unapace/Enel hat sich die AGCM für die dezentrierte Anwendung des europäischen Rechts und dadurch für den unmittelbaren *enforcement* des Gemeinschaftsrechts entschlossen. Diese Stellungnahme ist unter zwei Sichtpunkten sehr bedeutend. Einerseits wird dadurch die Gefahr eines negativen Zuständigkeitskonfliktes beseitigt: bei Fällen, die eine Gefährdung des Binnenmarkts vermuten lassen, sind sowohl nationale Wettbewerbsbehörde als auch die Kommission zuständig, was zu Rechtsunsicherheit führen könnte. Gleichzeitig wird dadurch auch das Risiko von parallelen Verfahren vermieden, weil - wie in der Bekanntmachung der Kommission verdeutlicht wird - nationale Behörden immer zuständig sind, falls sie mit der Klage als erste befasst worden sind. Die Vorteile dieser Vorgangsweise sind von erheblicher Bedeutung für die Konsolidierung des europäischen Wettbewerbsrechts.

Bei dem Ermittlungsverfahren konzentrierte sich die Behörde auf Klauseln, die in sich selbst keine wettbewerbliche Relevanz aufweisen: insbesondere ging es um die Gesamtdeckungsklausel, um Preissenkung bei Mindestlaufzeit von einem Jahr, um die Verlängerungsklausel – von einem zu drei Jahren – und um die so genannte englische Klausel. In der Abwägung der Behörde wurden die gesamten Auswirkungen dieser Klauseln im konkreten Fall als unzulässig gehalten und zwar nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf gemeinschaftlicher Ebene.

Dank dieser Vertragsvereinbarungen war Enel in der Lage sich ex-ante bei dem Vergleich mit Konkurrenten auf nationaler Ebene zu schützen und gleichzeitig sich gegenüber anderen europäischen Konkurrenten zu stärken. Insbesondere stand die englische Klausel unter Verdacht: dem Vertragspartner des Marktbeherrschers wird

²¹⁵ Vgl. dazu *Pera A./Cassinis P.*, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, S. 709 ff.; vgl. auch *Tizzano A.*, *L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 del Trattato CE in Italia*, in *La tutela della Concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, *Temi e problemi*, Ottobre 1996, S. 97 ff.

²¹⁶ Siehe Punkt Nr. 48 der Bekanntmachung.

nach dieser Klausel die Möglichkeit eingeräumt, bei einem Wettbewerber Strom zu beziehen, vorausgesetzt er hat im Voraus dem Marktbeherrscher über den Namen des Wettbewerbers, die Bezugsmenge und den vereinbarten Preis informiert. Dadurch wird eine künstliche Markttransparenz geschaffen, weil das marktbeherrschende Unternehmen über Bezugsbedingungen von Konkurrenten Kenntnis nehmen und dadurch sensible Informationen erhalten kann, die von großer Bedeutung bei der Bestimmung der Unternehmensstrategie sind, die ihm andernfalls nicht zur Kenntnis gelangt wären. Darüber hinaus neutralisiert eine solche Klausel günstigere Angebote anderer Lieferanten. Infolge des Vorkaufsrechts ist jeder Versuch, deren Marktanteil zu verbreitern mit dem automatischen Scheitern verbunden.²¹⁷

Ein weiterer wichtiger Aspekt dieser Entscheidung der Behörde liegt darin, dass in der Auswahl der unmittelbaren Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts statt Art. 3 L. 287/90 – trotz seines identischen Inhalts – ein wichtiges Signal für das Bewusstsein der nationalen Wettbewerbsbehörde über ihre Rolle innerhalb der europäischen Institutionen darstellt.²¹⁸

3.6 Kundenschutz auf den regulierten Märkten: zwischen kollektivem und individuellem Schutz

Einer der wichtigsten Aspekte des neuen Szenarios auf den regulierten Märkten betrifft den Kundenschutz, dessen Entwicklung vor allem durch die Tätigkeit von Verbraucherverbänden vorangetrieben wird. Die gesetzliche Grundlage dafür bietet der neue *Codice del consumo*²¹⁹ und insbesondere dessen Abschnitt über

²¹⁷ Vgl. Punkte Nr. 65 un 66 des Urteils in: Decisione AGCM A263 «Unapace-Enel», Bollettino 13-14/1999 vom 26. April 1999.

²¹⁸ Siehe dazu *Cammelli F.*, La prima applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza da parte dell’Autorità garante: il provvedimento Unapace/Enel, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2/2000, S. 379 ff.

²¹⁹ Siehe dazu *Omodei-Salè R.*, Der neue italienische Codice del consumo: Echte Kodifikation oder reine Kompilation?, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3/2007, S. 785 ff. Durch Art. 146 des Codice del consumo wurde das Gesetz Nr. 281 vom 30.7.1998 über die Verbraucher- und Benutzerrechte abgeschafft. Die grundlegenden Bestimmungen des alten Gesetzes sind nun in den Codice del consumo eingeflossen. Sie betreffen insbesondere den Schutz der Gesundheit; die Sicherheit und Qualität von Produkten und Dienstleistungen; die angemessene Unterrichtung und Werbung; die Erziehung zum Konsum; die Korrektheit, Transparenz und Gerechtigkeit innerhalb der Vertragsverhältnisse; die Forderung und Entwicklung freier, freiwilliger und demokratischer

missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, der die vorherige im *codice civile*²²⁰ enthaltene Regulierung übernommen hat.

Der V. Teil, II. Titel des *Codice del consumo* ist dem Zugang der Verbraucher zur Rechtspflege gewidmet. Zur Erhebung einer Klage zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern und Nutzern sind nur Verbände berechtigt, die in der offiziellen Liste beim Ministerium für Industrie, Handel und Handwerk eingetragen sind.²²¹ Solche Verbände sind nach Art. 139 c. cons. dazu berechtigt, vor Gericht zu gehen und eine Unterlassungsklage zum Schutz des Kollektivinteresses zu erheben. Die entsprechende Prozedur enthält Art. 140 c.cons.: es handelt sich um eine Unterlassungsklage, mit der unterschiedliche Maßnahmen beim Richter beantragt werden können, wie etwa die Unterlassung von Handlungen und Vorgehensweisen, die die Interessen von Verbrauchern und Benutzern beeinträchtigen, die Ergreifung von Maßnahmen zur Beseitigung oder die Wiedergutmachung von schädlichen Auswirkungen der festgestellten Verletzungen sowie die Anordnung der Veröffentlichung des Gerichtsurteils in einer oder mehreren nationalen oder lokalen Tageszeitungen.²²²

Das Gleiche gilt auch für Unterlassungsklagen von Verbraucherverbänden gegen missbräuchliche Klauseln in Standardverträgen. Dies stellt eine wichtige Innovation im Vergleich zur früheren Regelung von missbräuchlichen Klauseln²²³ dar, indem der Richter nicht nur die missbräuchliche Klausel aus dem Vertragswerk streichen, sondern auch deren Inhalt eventuell abändern kann, mit einer Korrektur im Sinne des Art. 140 Abs. 1 lit. b).

Fragwürdig ist es aber, ob dieses Instrument eine angemessene Maßnahme zur Beseitigung von Folgen der Verletzung allgemeiner Verbraucherinteressen darstellt. Auf den ersten Blick scheint die Antwort negativ zu sein. Diese Annahme ist nun

Vereinigungen zwischen Verbrauchern und Benutzern; die Leistung öffentlicher Dienste nach Qualitäts- und Effizienzstandards.

²²⁰ Artt. 1469-bis und ff. c.c.

²²¹ Art. 137 Codice del consumo. Die Eintragung ist nur beim Vorliegen von bestimmten sachlichen Voraussetzungen möglich.

²²² Siehe dazu *Marinucci E.*, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, S. 125 ff.

²²³ Diese Disziplin ist jetzt in Art. 37 f. Codice del consumo eingeflossen.

hier durch die Erläuterung des Urteils des Tribunale di Torino Nr. 7375/2006²²⁴ zu prüfen.

In diesem Fall forderte der Verband nach Art. 3 lit. b) Gesetz n. 281/98 nicht nur Maßnahmen zur Beseitigung der Folgen der missbräuchlichen Klauseln, sondern auch den Zwang für das Unternehmen, jedem einzelnen Kunden den rechtlich begründeten Anspruch zur Rückzahlung der schon bezahlten Gebühren mitzuteilen. Darüber hinaus beantragte der Verband bei dem Richter die Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Unternehmens sowie einen angemessenen Schadenersatz für die Verletzung kollektiver Interessen.

Der Richter stellte die Missbräuchlichkeit der Klausel fest und verkündete das Verbot ihrer Anwendung in Vertragswerken. Bezüglich der Festlegung von Maßnahmen zur Beseitigung der aus der Verletzung entstandenen schädlichen Folgen machte der Richter eine Unterscheidung zwischen denjenigen, die sich schon ergeben hatten, und denjenigen, die noch nicht eingetreten waren. Noch wichtiger ist, dass der Richter die Forderung hinsichtlich des Schadenersatzes wegen Verletzung kollektiver Interessen, aufgrund fehlender Berechtigung des Verbandes, ablehnte. Nach Meinung des Richters war ein solcher Schadenersatzanspruch nicht auf die im Art. 140, Abs. 1 c.cons. aufgelisteten Maßnahmen zurückzuführen.

Was von großem Belang in diesem Urteil erscheint, ist die richterliche Ansicht bezüglich der Maßnahmen zur Beseitigung der schädlichen Folgen der Verwendung von als missbräuchlichen erklärten Klauseln. Hierbei verwundert insbesondere die Anordnung einer persönlichen Mitteilung an jeden einzelnen Kunden über den rechtlich begründeten Anspruch auf Erstattung der Gebühren, die an das andere Unternehmen schon gezahlt worden sind. Diese Anforderung stellt einen wichtigen Schritt auf dem Weg vom kollektiven zum individuellen Schutz dar. Dadurch werden Verbraucher nicht nur im Hinblick auf die Unterlassungserklärung infolge der Missbräuchlichkeitsbewertung der Klausel kundig, sondern, viel wichtiger, erfahren sie durch das Unternehmen selbst von ihrem legitimen Anspruch auf Restitution der bezahlten Gebühren. Dadurch gelangt man zu einer Maßnahme, die sonst nur aus einer individuellen Klage zum Schutz des Einzelnen folgen kann.

²²⁴ Sentenza Trib. Torino n. 7375/2006, von 20-11-2006 G.U. Tassone, Associazione Movimento dei Consumatori/Wind Telecomunicazioni.

In dem besonderen Fall ging es um eine Klausel, die eine Haftungsbegrenzung zugunsten des Unternehmens für den Fall dass eine bestimmte Leistung nicht aktiviert werden sollte vorschrieb. Nach Art. 36 c.cons. ist schon der Einzelne dazu berechtigt, vor Gericht zu gehen, um die Nichtigkeit der Klausel erklären zu lassen und den Schadensersatz zu fordern. Der Anspruch auf Restitution oder auf Schadensersatz kann nur aus dem einzelnen Vertragsverhältnis entstehen; der Verband darf weder für die Erklärung der Nichtigkeit der Klausel, noch für den Schadensersatz Klage erheben. Dafür fehlt dem Verband die notwendige Berechtigung (vgl. art. 34 und 36 c.cons.); ferner ist der Verband nicht für die Feststellung der Voraussetzungen (Artt. 37 und 140 c.cons.) einer eventuellen vertraglicher Haftung und dann für den entsprechenden Schadensersatzanspruch zugunsten der Einzelnen zuständig.

In der Tat stellt die Mitteilung über die Anerkennung eines Restitutionsanspruches keine Form von kollektiven Schutz dar, sondern verfolgt eher das Ziel eines individuellen Schadensersatzanspruches durch Mittel, wie der Erklärung der Unwirksamkeit oder Nichterfüllung des Vertrags, die der Zuständigkeit der Verbände fremd sind, weil sie nur dazu berechtigt sind, eine Unterlassungserklärung zu fordern.

Demzufolge stellt sich die Frage nach der tatsächlichen Anwendbarkeit von Art. 140 c.cons. i.V.m. Art. 37 betreffend Maßnahmen zur Beseitigung schädlicher Folgen des gegen Verbraucherinteresse verstoßenden Handelns hinsichtlich der Fälle von Unterlassungsklagen gegen die Anwendung von missbräuchlichen Klauseln und hinsichtlich der Grenzen zwischen diesen Maßnahmen und dem individuellen Schutz.

Der angesprochene Fall wirft die Frage auf, ob ein Kollektivinteresse von Verbrauchern auf rechtlich korrekte Verhandlung - ohne die Gefahr der Verwendung von potentiell missbräuchlichen Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen - anzunehmen ist und wenn ja, ob die Unterlassungsklage nach dem neuen *Codice di consumo* ein wirksames Instrument zur Durchsetzung dieses Interesse darstellt, oder eher Bedarf an zusätzlichen Rechtsschutzmechanismen besteht.

Nach der Systematik des *Codice del consumo* und der Unterlassungsklage nach Art. 37 c.cons. wird die Wahrnehmung eines Kollektivinteresses aus der potentiellen Gefahr hergeleitet, die in der Verwendung einer rechtswidrigen Vertragsklausel

besteht, die in eine Vielzahl von Verträgen aufgenommen werden soll, und zwar abgesehen von der konkreten Anwendung auf die einzelnen Verträge. Diese abstrakte Gefährlichkeit der Klauseln genügt, um die Klagebefugnis von Verbraucherverbänden anzuerkennen. Durch die Klageerhebung wird der Richter damit beauftragt, eine abstrakte Überprüfung des vertraglichen Gleichgewichts hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien durchzuführen. Aus dieser Perspektive sieht man in dem standardisierten Vertragswerk eine normative Kraft, eine private Rechtsquelle des Vertrages, und zwar abgesehen von der konkreten Anwendung in Verbraucherverträgen.²²⁵ Demzufolge gilt die richterliche Entscheidung als abstrakte, *incidenter tantum* erfolgte, Anerkennung der Missbräuchlichkeit der Klausel, die als Indiz für, auch wenn nicht entscheidend, deren Rechtswidrigkeit nach Art. 33 c.cons. dient.²²⁶

Eine hier zu erörternde Frage ist auch, wie der Ruf nach Fairness, Billigkeit und Transparenz in vertraglichen Verhältnissen nach Art. 2 abs. 2 lit. e) c.cons. interpretiert werden soll. Einerseits wird der Vorschrift ein reiner Aufklärungswert im Hinblick auf die gegenwärtigen Prinzipien und Normen der Rechtsordnung zuerkannt, andererseits wird die Meinung vertreten, dass sie eine echte Neuerung einfügt, indem sie die Verankerung für konkrete Durchsetzungsmechanismen bietet.²²⁷ Aus dieser Perspektive wird dann die Anwendbarkeit der Unterlassungsklage - nicht nur wenn eine missbräuchliche Klausel vorkommt, sondern auch im Fall von unfairen Klauseln -, theoretisiert.²²⁸ Die Unterlassungsklage sei - so wird gesagt - also auch anwendbar, wenn eine Klausel, obwohl nicht gerade missbräuchlich im technischen Sinne, gegen Art. 2 Abs. 2 lit. e) c.cons verstößt. Dadurch erweitert sich der Anwendungsbereich von Art. 37 c.cons. und es wird eine wirksame Durchsetzung der im Art. 2 Abs. 2 lit. e) aufgelisteten

²²⁵ Trib. Torino 14-8-1996, Giust. civ., 1997, 2297.

²²⁶ Ähnlich *Marinucci E.*, Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dell'art. 1469 sexies c.c., Riv. dir. proc. civ, 2002, 1, S. 229.

²²⁷ Siehe dazu *Minervini E.*, Dei contratti del consumatore in generale, Torino, 2006, S. 70 ff. Der Autor vertritt den Aufklärungswert der Vorschrift, überträgt dann die Diskussion auf das Thema der Billigkeit: wenn die Billigkeit sich auf das rechtsgeschäftliche Gleichgewicht (*equilibrio normativo del contratto*) auswirkt, dann stellen Artt. 33 und 34 c.cons. einen wirksamen und effektiven rechtlichen Rahmen für Individuell- und Kollektivschutz dar; wenn es dagegen um das wirtschaftliche Gleichgewicht des Abkommens geht, fehlt im Gesetz jede Möglichkeit für die Verankerung des richterlichen Eingreifens für eine Vertragsänderung oder -anpassung. Ähnlicher Weise hält *Tavormina* dass Art. 37 c.cons. eine wirksame Durchsetzung der Billigkeit gewährleistet: siehe *Tavormina L.*, Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela risarcitoria e ripristinatoria, Europa e diritto privato, 1/2008, S. 205, Fn. 10.

²²⁸ *Minervini E.*, zit., 105.

Prinzipien gewährleistet.²²⁹ Insoweit stellt die Regelung der Unterlassungsklage nach dem neuen *Codice del consumo* in sich selbst ein wirksames Instrument zur Durchsetzung kollektiver Interessen dar, so dass kein Bedarf an zusätzlichen Rechtsschutzmechanismen besteht.²³⁰ Jede andere Lösung würde zur Überschreitung der Grenzen des kollektiven Schutzes führen und eine Form von privater Rechtsdurchsetzung verwirklichen, die den Verbraucherverbänden untersagt ist.²³¹ Mit der Erörterung zu den Verbandsklagen ist auch die Frage gebunden, ob durch die Rechtsschutzmechanismen zum Schutz von Kollektivinteressen der Gesetzgeber eine Form von „punitive damages“ einführen wollte.²³² Die Doktrin ist sich darüber einig, dass die Existenz eines Schadens kollektiven Interesses von Verbrauchern weder beweisbar noch vorstellbar ist. Die Folgen der Zuwiderhandlung gegen kollektive Interessen müssen beseitigt werden und zwar nicht wegen einer konkreten Schädigung, sondern weil sie eine Änderung der materiellen und immateriellen Realität infolge der Zuwiderhandlung gegen kollektive Interessen, darstellen und weil ihr Fortdauern zur weiteren Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit auf materieller und psychologischer Ebene beiträgt.²³³ Der Hinweis auf die schädlichen Folgen im Art. 140 Abs. 1 lit. b) c.cons. wäre also vom Gesetzgeber im untechnischen Sinne verwendet.²³⁴ Wie diese Vorschrift zu interpretieren ist, bleibt umstritten. Abzulehnen ist eine „*interpretatio abrogans*“ aufgrund der Unangemessenheit der Mittel in Bezug auf die Ziele; insofern hatte der italienische Gesetzgeber auch die europäischen Vorgaben zum Thema überschritten. Diese These

²²⁹ Vgl. auch *Caponi R.*, Modelli di tutela collettiva nel processo civile: esperienza italiana e tedesca a confronto, www.judicium.it (13) zu der kollektiven Dimension des Verbraucherinteresses auf „Transparenz, Billigkeit und Fairness“.

²³⁰ *Tavormina L.*, zit., S. 205.

²³¹ Vgl. dazu *Grasso E.*, Gli interessi della collettività e l'azione collettiva, Riv. dir. proc. 1983, S. 35: «sebbene al singolo possa essere riconosciuto l'interesse allo stesso bene, una situazione individuale soggettivamente protetta in astratto, prima che nella correttezza, ha sempre caratteristiche proprie che escludono la coincidenza con l'omologo interesse collettivo».

²³² Mit der italienischen Costituzione ist der Begriff von „punitive damages“ unvereinbar, auch nicht im Bezug auf das Kollektivinteresse. Über die Unvereinbarkeit der „punitive damages“ mit der italienischen Verfassung hat sich auch das Kassationsgericht geäußert: siehe Cass. 19-1-2007, n. 1183, *Corriere giur.*, 2007, 4, 497, mit Note von *P. Fava*: die strafende und abschreckende Funktion des Ersatzes nach „punitive damages“, verstößt gegen das grundlegende Prinzip nach dem die zivilrechtliche Haftung ausschliesslich darauf abzielt, den Ersatz verursachter Schäden nach einem Kompensationsprinzip zu gewährleisten, was durchaus die Forderung auf Ersatz über den tatsächlich erleideten Schaden verbietet.

²³³ *Libertini M.*, Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, a cura di F. Galgano, Padova 1981, S. 245.

²³⁴ *Benucci S.*, Commento agli artt. 139-141 Codice del consumo, a cura di G. Vettori (Torino 2007), 1097.

ist schon allein deswegen nicht vertretbar, weil die Anwendung der Norm wichtige Folgen für den Verbraucherschutz hat. Nach der herrschenden Doktrin sind die in der Norm erwähnten Maßnahmen nicht als entschädigende, sondern eher als Zurückstellungsmaßnahmen zu klassifizieren²³⁵.

Diese Erörterung soll dazu dienen, mehr Klarheit über die Funktion des Verbraucherschutzes in der modernen Marktwirtschaft zu schaffen: bei einer parallelen Betrachtung des Art. 140 Abs. 1 lit. b) c.cons. und Art. 2599 c.c., wonach mit dem Feststellungsurteil des Wettbewerbsverstoßes die Unterlassungsanordnung und die Beseitigungsanordnung erklärt werden. Hier fällt sofort ins Auge, dass die beiden Vorschriften darauf abzielen, die sachliche Marktlage auf den Zustand vor der Verletzung zurück zu bringen, um die materiellen Folgen der Zuwiderhandlung gegen die wettbewerbliche Marktordnung im Interesse der Verbrauchern zu beseitigen. Für diese Auslegung spricht auch die Feststellung, dass die herrschende Meinung in der Doktrin den Verbraucherschutz seit langem in den Bereich des Schutzes des wettbewerblichen Markts als Instrument der Wettbewerbsgovernance und des Wettbewerbsanreizes zurückgeführt hat.²³⁶ Insofern hat die Disziplin des Verbraucherschutzes eine Ergänzungsfunktion zu anderen Rechtsgebieten dar.²³⁷

Bei der Beseitigung der Folgen der Rechtsverletzung bleibt jede Evaluierung über einzelne Verträge ausgeschlossen: andernfalls würde eine Individualisierung des Schutzes stattfinden, die nicht zu den Zuständigkeiten der Verbände gehört. Auch darf der Richter die Klausel nicht abändern, um deren Missbräuchlichkeitscharakter zu beseitigen, ohne dass sich dadurch ein richterliches Eingreifen in die Privatautonomie verwirklicht.²³⁸

²³⁵ *Minervini E.*, I contratti, zit., 505. Dagegen haben sich die ersten Kommentare geäußert: nach der Vorschrift sei ein Schadensersatz für den kollektiven Schaden wohl denkbar: siehe dafür *Petrelli P.*, Interessi collettivi e responsabilità civile, Pavia 2003, S. 156-160; vgl. auch *Tavormina L.*, zit., S. 209 ff., der den Unterschied deutlich darstellt.

²³⁶ Siehe *Gentili A.*, Sull'accesso alla giustizia dei consumatori, *Contr. impr.*, 2000, 2, S. 691.

²³⁷ Siehe dazu *Plaia A.*, Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità, *Foro it.*, 2003, I, 342: «la disciplina a tutela del consumatore può dirsi definitivamente affrancata dall'ottica paternalistica di disciplina a tutela del <contraente debole>, rivelando piuttosto la sua funzionalizzazione della disciplina alla tutela del mercato. La concorrenza diverrebbe quindi parametro indefettibile per delimitare ed individuare i concreti <comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori>».

²³⁸ In diesem Sinn *Di Majo A.*, Trasparenza ed equilibrio nelle clausole vessatorie, *Corr. giur.*, 2000, 529 Vgl. aber auch Corte di Appello di Roma il 10.06.2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 712, Urteilsanmerkung von *Fabbio P.*: es sei die These abzulehnen, wonach in einer Marktwirtschaft der Verbraucherstatus eine richterliche Korrektur der allgemeinen Geschäftsbedingungen erlauben könne. Vgl. auch Trib. Roma 21.1.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045: Urteilsanmerkung von *Laghezza P./Palmieri A.*, Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza.

Das Urteil, das den Missbräuchlichkeitscharakter der Norm festgestellt hat, hat Normativcharakter.²³⁹ Wenn jedoch die richterliche Entscheidung aber die Wiederherstellung des früheren Zustandes überschreitet und auf dem konkreten Fall individualisiert wird, um den Schutz des Einzelnen gegen das Unternehmensverhalten zu verwirklichen, entfällt der Charakter kollektiven Schutzes. Dies würde auch den gemeinschaftlichen Vorgaben widersprechen: im 2. Erwägungsgrund der Richtlinie 98/27/EG wird explizit darauf hingewiesen, dass unter dem Begriff von Kollektivinteresse keine <Kumulierung von Interessen durch einen Verstoß geschädigter Personen> zu verstehen ist, weil auf solche Fälle eher die individuellen Klage oder die Sammelklage passen, nicht dagegen die Verbandsklage.

Diese Erörterung macht den Fehler bei dem Urteil „Tribunale di Torino“ deutlich sichtbar. Neben der Unterlassung wurde vom Richter eine Maßnahme angeordnet, die auf einzelne Vertragsverhältnisse einwirkt. Indes fallen ja die vertraglichen Verhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmen nach dem Vertragsabschluß nicht länger unter den Kollektivschutz: das Recht auf Transparenz, Korrektheit und Billigkeit in den vertraglichen Beziehungen darf also nicht als Kollektivinteresse bezeichnet werden.

Merkwürdig hierbei ist auch, dass ein Änderungsvorschlag der aktuellen Regelung des *Codice di consumo* die Einfügung eines Art. 140-bis c.cons vorsieht, der den Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis nach Art. 139 c.cons. einräumen möchte, der einen direkten Rückgabeanspruch der geschuldeten Summe unmittelbar an den einzelnen Verbraucher <infolge unerlaubter mehrere Rechtsgütern oder Interessen verletzender Handlungen bei Rechtsgeschäften die nach Modalitäten des Art. 1342 c.c. abgeschlossen wurden> - d.h. bei standardisierten Verträgen begründen soll.

Dabei wird auch „ausnahmsweise“ das Verbandsklagerecht für Verbände für den Fall außervertraglicher Schäden vorgeschlagen, insbesondere von Schäden infolge von unerlaubten Praktiken oder unlauteren Wettbewerbshandlungen, wenn sie die Rechte einer Mehrzahl von Verbrauchern oder Nutzern verletzen. Der Vorschlag ist insofern innovativ, indem er zum ersten Mal die Verbindung zwischen Wettbewerbsdisziplin und Verbraucherschutz beleuchtet. Demzufolge würde den

²³⁹ Siehe *Marinucci E.*, Gli effetti della sentenza inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies, Riv. dir. proc., 2002, S. 241.

Verbänden die Möglichkeit eingeräumt, nicht nur die Rechtswidrigkeit einer wettbewerbswidrigen Handlung erklären zu lassen,²⁴⁰ und eventuell auch eine Unterlassungsklage ex Art. 140 c.cons. einzureichen, sondern, und viel wichtiger, als Rechtsvertreter zu handeln und dadurch die Schadenersatzklage für die Schäden zugunsten der Verbraucher infolge der wettbewerbswidrigen Handlung zu erheben.

Dadurch wird die die Auffassung bestätigt, die schon im Urteil des Suprema Corte a Sezioni Unite 4-2-2005 n. 2207²⁴¹ vertreten wurde, nach der Verbraucher gerade die Begünstigten der Marktschutzdisziplin sind.

In diesem Sinne ist auch das Grünbuch der EU-Kommission von 19. Dezember 2005 über die Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts²⁴² zu sehen, wo im Paragraph 2.5. in Anbetracht der Komplexität der Klageerhebung für einzelne Verbraucher und Abnehmer mit geringen Schadenersatzforderungen die Einführung eines Klagenanspruchs für Verbraucherverbände gefordert wird. Durch diese spezielle Kollektivklage könnte der Rechtsweg für einzelne Abnehmer vereinfacht und deren Entschädigungsansprüche aktiv durchgesetzt werden. Auf diese Weise könnte, der Verbraucherschutz erheblich gestärkt werden.²⁴³

3.7 Die Systematisierung des Energievertragsrechts im Rahmen der Europäisierung des Privatrechts

Die oben angestellten Überlegungen zum Thema Verbrauchervertragsrecht und Energievertragsrecht bieten Anlass für eine weitere dogmatische Frage und zwar, ob Verträge über die Energieversorgung in das allgemeine Vertragsrecht eingegliedert

²⁴⁰ Siehe dazu *Scoditti E.*, Il consumatore e l'antitrust, *Foro it.*, 2003, 1129, wo er den atypischen Charakter des Unterlassungsschutzes betont, der im Bereich des Wettbewerbsrechts im Art. 2599 c.c. seine normative Grundlage finde. Dagegen *Alpa G., Levi R.* (Hrsgs.), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, Giuffrè, 2001 und *Colagrande P.*, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Leggi civili commentate*, 1998, 729. Über die Verbindung zwischen dem Gesetz Nr. 281/98 und Wettbewerbsrecht siehe: *A. Toffoletto/A. Stabilini*, La tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e "legge antitrust", in *Barba A.* (Hrsgs.) *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti* (L. 30 luglio 1998 n. 281), Napoli, 2000, S. 227 und 242.

²⁴¹ In: *Danno e Responsabilità* 2005, 5, S. 506 ff.

²⁴² Grünbuch der Kommission, KOM(2005) 672 end.

²⁴³ Den Auswirkungen einer solchen Prozedur sollte, jedoch, besondere Beachtung geschenkt werden, siehe dazu *Tavormina L.*, Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela risarcitoria e ripristinatoria, in *Europa e diritto privato*, 1/2008, S. 224 ff.

oder eher in einer getrennten Kategorie systematisiert werden sollten. Dabei ist zu beachten, dass schon die allgemeine Disziplin der mitgliedstaatlichen zivilrechtlichen Traditionen, die stark an dem Modell des Zivilgesetzbuchs verankert sind, bedeutsame Veränderungen infolge der Krise des Kodifikationsmusters erlebt.²⁴⁴ Die Systematisierung einer neu entstandenen Kategorie, wie die der Energiebezugsverträge, in einem alten, unter mehreren Aspekten unpassenden System erfordert einige Überlegungen.

Eine ähnliche Diskussion erfolgte in Deutschland vor einigen Jahren, als das Bundesjustizministerium einige Juristen beauftragte, eine Studie über die Möglichkeit einer Einbettung gewisser vertraglichen Konstellationen in das Zivilgesetzbuch durchzuführen. Es handelte sich um Vertragstypen, die zur Zeit der Kodifizierung des BGBs im Wirtschaftsverkehr noch nicht üblich waren oder deren Regelung zu jener Zeit revisionsbedürftig war. Bei dieser Diskussion tauchte auch der Energielieferungsvertrag auf.²⁴⁵ Anlass für die Abwägung der Möglichkeit einer einheitlichen Kodifizierung von Strombezugsverträgen im Zuge der Überarbeitung des Schuldrechts gab der Erlass von Verordnungen über allgemeine Versorgungsbedingungen für Energie, Gas und Wasser, die eine weitgehend ähnliche Regelung für die drei Bereiche enthielten. Damals wurde der Vorschlag nicht angenommen,²⁴⁶ gleichwohl bleibt die Frage noch heute für Juristen aktuell, insbesondere bezüglich der Systematisierung dieser vertraglichen Beziehungen im Rahmen der Harmonisierung des Privatrechts auf gemeinschaftlicher Ebene.

In der heutigen Diskussion dominiert die Perspektive, in der das subjektive Ungleichgewicht der Parteien im Vordergrund steht und nicht die Besonderheit der Energie als *Rechtsgut*. Diese Umstellung ist als typisches Merkmal der europäischen Rechtssetzung immer öfter im Richtlinienrecht in unterschiedlichen Bereichen zu erkennen, weil sich der Gemeinschaftsgesetzgeber typischerweise der Regulierung der vertraglichen Verhältnisse widmet, anstatt der Klassifizierung von Rechtsgütern. Dies entspricht dem marktpolitischen Gedanken der Gemeinschaft, wonach die Regelung des Wirtschaftsverkehrs und das Funktionieren des Binnenmarkts im

²⁴⁴ Vgl. *Irti N.*, L'eta' della decodificazione. «L'eta' della decodificazione vent'anni dopo», Giuffrè, 1999.

²⁴⁵ Dazu siehe *Macario F.*, La nuova disciplina tedesco-occidentale dei contratti di fornitura di energia, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, S. 349.

²⁴⁶ *Emmerich V.*, Energielieferungsvertrag, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Vol. III, Köln, 1983, S. 123.

Vordergrund stehen. Nur aus dieser Perspektive lässt sich eine fruchtbare Diskussion einleiten. Nicht denkbar wäre dagegen eine Thematisierung, die sich auf die Natur des Gutes fokussiert. Diese Umstellung entspricht dem Wesen des modernen Lebens, und zwar der Umwandlung von einer kapitalistischen zu einer post-kapitalistischen Wirtschaft, in der die Leistungen im Zentrum des sozialen und wirtschaftlichen Lebens stehen. Das italienische Zivilgesetzbuch trägt dieser Umwandlung nicht ausreichend Rechnung, weil es sich vorwiegend auf Rechtsgüter fokussiert.²⁴⁷

Die Systematisierung von Energiebezugsverträgen wird nun in die Erörterung über die Entwicklung des Vertragsrechts im Lichte der gemeinschaftlichen Initiativen einbezogen. Dabei stellen sich Fragen zum Umfang der Harmonisierung, ferner deren der Bereiche und der Ebene.²⁴⁸ Wo soll die Demarkationslinie zwischen dem allgemeinen Vertragsrecht und dem neuen Vertragsrecht der regulierten Märkte gezogen werden? Solche Verträge unterscheiden sich von der allgemeinen vertragsrechtlichen Disziplin in mehreren Hinsichten. Da Energieversorgung eine Leistung der Daseinsvorsorge darstellt, sind Energiebezugsverträge durch starke Regulierungsanforderungen geprägt, die darauf gerichtet sind, die Grundversorgung der Bevölkerung mit Energie zu erschwinglichen Preisen und nach bestimmten Qualitätsstandards - unabhängig von der Wirtschaftlichkeit einzelner Geschäfte - auch noch nach Einführung von Wettbewerb sicherzustellen, und dabei Nutzer- und Verbraucherschutz zu gewährleisten. Alle diese Anforderungen spiegeln sich in dem einschlägigen Vertragsrecht wider, das überwiegend von der Regulierungsbehörde stammt. In der Rechtsetzungsfunktion der Regulierungsbehörde ist eine Tendenz zu einem sich zunehmend im Detail verlierenden Interventionismus zu erkennen, der einen immer geringen Spielraum für die Vertragsautonomie der Parteien bei der Vertragsgestaltung lässt.

²⁴⁷ Dazu siehe *Macario F.*, Il contratto di fornitura di energia: dal trasferimento del bene all'erogazione del servizio, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, S. 377 ff. ins. 380 f.; vgl. auch *Nigro M.*, Energia e servizio pubblico, *Atti del convegno di studi sul tema 'I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritto dell'utente'*, in *Quad. Rass. giur. en. elettr.*, Milano, 1989, S. 194 ff, 198: «coglie l'essenziale della vita moderna, cioè della trasformazione dell'economia da economia capitalistica in economia post-capitalistica o economia di servizi. Il servizio oggi è al centro della vita economica e sociale, e invece il diritto è rimasto arretrato: il nostro codice è un codice che si occupa di beni, di cose, e si occupa poco di servizi, mentre il diritto pubblico, a sua volta, non fornisce gli strumenti adeguati per lo svolgimento dei servizi stessi».

²⁴⁸ Zu dieser Frage vgl. *Reich N.*, Die Stellung des Verbraucherrechts im „Gemeinsamen Referenzrahmen“ und im „optionellen Instrument“, in *Reich N./Thévenoz L.* (eds.), *Droit de la consommation – Konumentenrecht – Consumer Law, Liber amicorum Bernd Stauder*, 2006, S. 357 ff.; *Reich N.*, Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischem Vertragsrecht“, *ZeUP*, 2007, S. 161.

Alle diese Umstände sprechen dafür, eine Demarkationslinie zwischen allgemeinem Vertragsrecht und Vertragsrecht auf den regulierten Märkten als eigenständige Disziplin zu ziehen.

Trotz der erheblichen Unterschiede, bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob es sinnvoll sein könnte, ein Koordinationsmuster zwischen allgemeinem Vertragsrecht und Vertragsrecht auf den regulierten Märkten auszuarbeiten, das sowohl auf nationaler als auch auf gemeinschaftlicher Ebene zu nutzen ist. Dafür spricht die Tatsache, dass das allgemeine Vertragsrecht selbst, wenngleich unter verschiedenen Umständen, eine ähnliche regulative Funktion erfüllt. Eine weitgehende Veränderung ergibt sich in der vertragsrechtlichen Dogmatik, bei der folgende Elemente Aufmerksamkeit beanspruchen: das Gewicht von zwingenden Vorschriften und dispositivem Recht innerhalb des vertraglichen Verhältnis wird neu verteilt; hinzu kommen die wachsende Verwendung der Standardisierung durch allgemeine Geschäftsbedingungen und die Ausübung von Selbstregulierung. Durch das Zusammenspiel dieser Elemente werden politisch gesetzte Regulierungszwecke verfolgt. Die Analyse der beiden Bereiche zeigt dabei, dass die Regulierungsfunktion eher durch die Wettbewerbsdisziplin als durch die Regulierung im engeren Sinne erfolgt, und dass die spezifische Rolle von dispositiven Vorschriften mit Regulierungsfunktion deutlich wächst. Das Koordinationsmuster wird dann zeigen, ob sich im Laufe der Zeit eine Annäherung zwischen dem allgemeinen Rechtsquellensystem und dem von Verträgen der regulierten Märkte ergeben hat. Ansatzpunkt für die Koordinierung der zwei Branchen bildet die Feststellung von deren Konvergenz in drei Richtungen: sowohl bei dem allgemeinen Vertragsrecht als auch bei Verträgen der regulierten Märkte zeigt sich eine Reduzierung der hierarchischen Regulierung zugunsten von Formen der Ko-Regulierung, was größeren Spielraum für die Privatautonomie bedeutet; zweiter Faktor der Konvergenz ist die wachsende Rolle des europäischen Rechts bei der Feststellung der vertragsrechtlichen Disziplin; darüber hinaus bildet die Tendenz zur Abschaffung von Strukturen, die sich gegen den Wettbewerb auswirken, einen gemeinsamen Aspekt von liberalisierten und regulierten Märkten.

Wie diese Koordination geschaffen werden soll, ist noch zu untersuchen. Dazu werden unterschiedliche Wege vorgeschlagen. Einerseits wird die Typisierung von regulierten Verträgen innerhalb des Zivilgesetzbuchs gefordert, andererseits wird

eine andere Möglichkeit postuliert, die darin besteht, ein entsprechendes Gesetzbuch für Verträge der regulierten Märkte nach dem Modell des *Codice di consumo* fertig zu stellen oder auch die allgemeinen Prinzipien dieser Verträge als „soft law“ zusammen zu fassen. Die passende Lösung auf nationaler Ebene muss dann natürlich auch im Rahmen der Diskussion über die Europäisierung des Vertragsrechts geprüft werden. Auf gemeinschaftlicher Ebene wird diese Frage dem dem Projekt des gemeinsamen Referenzrahmens²⁴⁹ zugeordnet, wobei die Integration der allgemeinen Prinzipien von regulierten Verträgen in dessen Konzept vorgeschlagen wird.

Wie die Europäisierung des Privatrechts erreicht werden soll, ist eine noch zu erörternde Frage:²⁵⁰ einerseits wird die Möglichkeit erwogen, das Vertragsrecht in verschiedenen Bereichen und auf verschiedenen Ebene zu trennen und nach der Herausbildung eines integrierten Mehrebenensystem einzuordnen. Dies würde es ermöglichen, unterschiedliche theoretische Fundierungen in den verschiedenen Vertragsrechtsbereichen zu betonen und dadurch die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs am besten zu berücksichtigen sowie spezifische Regulierungsziele durch entsprechende Normierung zu verfolgen.

Dies entspricht größtenteils dem bisher erlassenen Gemeinschaftsrecht: das Richtlinienrecht bietet ein Beispiel dafür, weil die europäischen Richtlinien auf der Trennung zwingender Spezialvorschriften zum Verbraucherschutz vom allgemeinen Vertragsrecht basieren. In ähnlicher Weise bleibt in einigen Mitgliedstaaten das Verbrauchervertragsrecht vom allgemeinen Teil des Vertragsrechts getrennt.²⁵¹

Das Thema der Harmonisierung des Vertragsrechts auf europäischer Ebene und der Eingliederung von regulierten Verträgen im neuen System bedarf der Entwicklung eines kohärenten Begriffes und einiger Überlegungen zu der theoretischen Fundierung des Vertragsrechts. Ansatzpunkt dafür bilden die unterschiedlichen

²⁴⁹ Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004 „Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen“ KOM (2004) 651 end. Das Projekt des gemeinsamen Referenzrahmen wurde streng aufgrund der mangelnder Sozialgerechtigkeit kritisiert: siehe dazu Study Group on Social Justice in European Private Law: a Manifesto, 10 EUR. LAW J. 653 (2004); vgl. auch *Wilhelmsson T.*, Varieties of Welfarism in European Contract Law, 10 EUR. LAW J., 712 (2004).

²⁵⁰ Siehe dazu *Joerges C.*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts. Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU LAW 2003/2.

²⁵¹ Für die Eingliederung von Verbraucherrechtsvorschriften in den allgemeinen Teil des Vertragsrechts, sowohl auf nationaler als auch auf gemeinschaftlicher Ebene, spricht sich *Lurger B.*, ERCL 4/2005, S. 455.

Theorien, die dem Vertragsrecht jeweils eine liberale, soziale oder markt-funktionale Prägung zuerkennen.

Bei diesen Überlegungen spielt die Ausbalancierung zwischen Vertragsfreiheit und Schutzgedanken, der das Verbrauchervertragsrecht prägt, eine wichtige Rolle. Nach dem klassischen Begriff dient der Vertrag keiner marktpolitischen Instrumentalisierung: demzufolge spielt die Vertragsfreiheit der Parteien die Schlüsselrolle. Nach diesem Konzept sind spezielle Schutzvorschriften als Ausnahme zu betrachten.²⁵² Bei einer genaueren Betrachtung sieht man dagegen, dass die vertragsrechtliche Gesetzgebung stark durch den Schutzgedanken geprägt ist, so dass Schutzvorschriften nicht einfach als Ausnahme klassifiziert werden können. Neben der Vertragsfreiheit gewinnt der Schutzgedanken an Bedeutung: dies ermöglicht es Prinzipien wie Solidarität, Sozialgerechtigkeit, Verbraucherschutz, Gleichheitsgebot und Nichtdiskriminierungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Das Gewicht dieser Grundprinzipien im vertraglichen Verhältnis darf nicht unterschätzt werden, denn sie beanspruchen einen nicht geringeren Wert als das Prinzip der Vertragsfreiheit.²⁵³ Wie nun die zwei gegenüberstehenden Anforderungen konkret ausbalanciert werden sollen, stellt die entscheidende Frage für die zukünftige Entwicklung des europäischen Vertragsrechts dar. Diese Prägung durch die genannten Prinzipien ist nicht nur in den speziellen Rechtsvorschriften zu sehen, sondern ist zum Merkmal des allgemeinen Vertragsrechts geworden.²⁵⁴ Deutliche Zeichen, die dafür sprechen, sind zunächst der Prozess der Materialisierung des

²⁵² Dieses Konzept wird auch von der Kommission in der Mitteilung 11. Oktober 2004 KOM (2004) 651 end. S. 14, 20 vertreten.

²⁵³ So *Lurger B.*, *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, ERCL 4/2005, S. 448. Siehe dazu auch *Heiderhoff B.*, *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, ZEuP 2003, S. 769: <Das mühsam errungene Verständnis davon, dass Vertragsfreiheit als solche wertvoll ist, dass sie außerdem geeignet bleibt, gerechte Verträge zu erreichen und dass sie somit auch weiterhin die wichtigste Grundlage des Vertragsrechts ist, kann europäischen Einflüssen nicht freiwillig geopfert werden. Es ist eine Irrevorstellung zu glauben, die Erwartungen des Verbrauchers ließen sich gesetzlich festlegen und erfüllen. Dazu sind die Erwartungen jedes Einzelnen zu unterschiedlich. Zur effektiven Durchsetzung individueller Erwartungen ist vielmehr die Wahrung von – wiewohl materiell verstandener – Vertragsfreiheit der richtige Weg>. Ähnlich der Aktionplan der Kommission für ein kohärentes Vertragsrecht KOM (2003) 68: In den Erwägungen 62, 81 und 93, wird die Bedeutung des Vertragsfreiheit auch im Sinne der freier Inhaltsgestaltung betont: <Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der in allen Mitgliedstaaten das Kernstück des Vertragsrechts bildet, ermöglicht es den Vertragsparteien, den Vertrag abzuschließen, der ihren besonderen Bedürfnissen am besten entspricht>.

²⁵⁴ Siehe z. B. zu dem deutschen Zivilrecht *Dörner H.*, *Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, in *Schulze R./Schulte Nölke H.* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001, S. 177, 178.

Vertragsrechts²⁵⁵ aber auch die Tendenz, das materielle Gleichgewicht zwischen den Parteien während der ganzen Laufzeit der vertraglichen Beziehung zu halten, die Ablösung der Bindungskraft des Vertrages und die wachsende Rolle von Informationsrechten und schließlich das Transparenzgebot. Das daraus entstandene Modell entspricht dem flexiblen Modell des kompetitiven Vertragsrechts.

Eine weitere Perspektive, die bei dem Diskurs über die Harmonisierung des Vertragsrechts auf gemeinschaftlicher Ebene zu berücksichtigen ist, besteht in dem markt-funktionalistischen Modell für das Vertragsrecht, wonach der Vertrag zum Ziel der Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts instrumentalisiert wird. Ein klares Anzeichen dieser Tendenz besteht in dem Maximalharmonisierungsansatz, der von der Kommission gefordert wird und der funktionalen Orientierung des Vertragsrechts zur Verwirklichung des Binnenmarkts dient. Dieser Ansatz wird, jedoch heftig in der Literatur kritisiert, weil er es anscheinend nicht ermöglichte, allen betroffenen Interessen Rechnung zu tragen. Eine Entwicklung in diese Richtung wäre deswegen nicht wünschenswert, weil auf diesem Weg die Gefahr der *Verarmung* des nationalen Vertragsrechtssystems der Mitgliedstaaten bestehe.²⁵⁶

Eine ganz deutliche Tendenz bei der wachsenden Europäisierung des Rechts der *public utilities* ist zu beobachten. Sie ergibt sich aus der Weise, in der die neuen sektorspezifischen Regulierungsansätzen und die neuen Richtlinien die liberalisierten Märkte harmonisieren, die Ziele und die Techniken zum Schutz der universellen Leistungen festsetzen sowie Kompetenzen und Befugnisse den nationalen Regulierungsbehörden erteilen. Die Aufgabe des Gemeinschaftsrechts besteht dabei nicht bloß darin, einzelne Rechtsnormen nationaler Gesetzgebungen zu ändern oder zu erneuern, sondern vielmehr in der Schaffung eines tatsächlichen gemeinschaftsweiten Systems für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in dem alle Aspekte, von der Festlegung rechtlicher Rahmenbedingungen für das Marktfunktionieren bis hin zu den Regulierungsmechanismen, abgedeckt sind. Dieser Prozess ist jedoch noch nicht abgeschlossen, weil die Mitgliedstaaten versuchen, die Macht der nationalen Regierungen und nationalen Unternehmen ständig zu verteidigen, doch er ist eindeutig an den Vorschriften zur Liberalisierung der jeweiligen regulierten Märkten zu erkennen. Das Gemeinschaftsrecht setzt die

²⁵⁵ Siehe dazu *Canaris C.-W.*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, Archiv für die zivilistische Praxis, 2000, S. 273 ff.

²⁵⁶ Siehe noch dazu *Lurger B.*, zit., S. 452 f.

rechtlichen Referenzrahmen für einzelne Leistungsmärkte fest, und zwar sowohl den Öffnungsgrad des Markts als auch die Mechanismen und deren Funktionieren sowie die Bedingungen für die Marktbeteiligung, wobei das primäre Ziel immer die Förderung von Wettbewerb und damit die Beseitigung von Problemen, die nach der Liberalisierung entstehen können, bleibt.²⁵⁷ Dabei stehen natürlich eher das Marktfunktionieren und der Verbraucherschutz als die Verfolgung von öffentlichen Zielen im Vordergrund.²⁵⁸

²⁵⁷ *Napolitano G.*, zit., 569.

²⁵⁸ «In this way, regulation leads to the emergence of “un “autre droit” instrumentalise”, concret, souple, et evolutiv”. Hence the affirmation of a “Regulierungs-verwaltungsrecht” and the configuration of the law applicable in each sector as a “multisystematische Rechtsmaterie”. Indeed there also emerges a purely private-law dimension to network services in which regulatory tasks can be performed through civil-law schemes», *Napolitano G.*, *Toward a European Legal Order for Services of General Economic Interest*, in *European Public Law*, 2005, vol. 11, issue 4, S. 595 ff.

4. Teil: Bestandsaufnahme des Energierechts in Italien

4.1 Die dreifache Regulierung der Energiewirtschaft

Die Energiewirtschaft weist einen hohen Grad an Komplexität auf, der sich in den einschlägigen Regulierungsrahmen widerspiegelt. Diese Komplexität folgt aus den physikalisch-technischen Eigenschaften netzgebundener Stromversorgung und aus der Besonderheit der „Energie“, die eine Leistung und ein unverzichtbares Gut darstellt. Bei der Analyse der neuen Governance des Energiemarkts lässt sich zwischen drei Erscheinungsformen der Regulierung eine sinnvolle Trennung durchführen, die den neuen Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft ausmachen, namentlich die *strukturelle Regulierung*, die *Preisregulierung* und die *Verhaltensregulierung*.

Die *strukturelle Regulierung* dient der Herausbildung wettbewerblicher Strukturen auf dem Markt nach der Auflösung des monopolistischen Stromversorgers. Dies erfolgt vor allem durch die Schaffung einer entsprechenden Regulierung von Netznutzung und -zugang, denn nur dann besteht eine reale Freiheit bei der Stromerzeugung und -handel, wenn Stromübertragung unter nichtdiskriminierenden Bedingungen gewährleistet ist. Aufgrund der Existenz natürlicher Monopole in der Stromversorgung soll sich die Regulierung darum kümmern, Diskriminierung und Ausbeutungsmissbrauch (Verweigerung und Diskriminierung) beim Zugang zur Infrastruktur zu vermeiden, die ansonsten zu Wettbewerbsstörungen auf den anderen funktionalen Ebenen führen würden. Dies geschieht durch zwei Regulierungsmaßnahmen, die sich kombinieren lassen: das Unbundling und das Third Party Access. Sobald das Versorgungsunternehmen vertikal integriert ist, besteht die Möglichkeit dass die Monopolstellung im Netzbereich zu Vorteilen und ggf. Marktmissbrauch auf den anderen funktionalen Ebenen führt. Um diese Gefahr zu vermeiden, sind entsprechende Entflechtungsmaßnahmen vorgesehen, die es ermöglichen, durch erzwungenen Eingriff in die Struktur vertikal integrierter Versorgungsunternehmen, Verbundvorteile auszulösen. Hinzu kommen weitere Regelungsbereiche betreffend Höhe und Struktur der Preise, Investitionen und Kosten, Umfang und Qualität der Leistung und Bedingungen der Netznutzung durch

Dritte. Der Third Party Access besteht in der Berechtigung eines Dritten (Nichteigentümer) zur Nutzung eines Leitungsweges/-netzes zum Zwecke des Transports (Übertragung und Verteilung) leitungsgebundener Energieträger gegen ein Entgelt. TPA entkoppelt den Handel mit Strom und Gas von der Verfügung über ein eigenes Netz und ermöglicht den Wettbewerb in Erzeugung und Handel/Verkauf trotz bestehenden Netzmonopols. Insofern stellt der TPA eine Verhaltensregulierung (Vertragsregulierung) dar, die sich an die Netzbetreiber richtet und (durch den Kontrahierungszwang und die Regulierung von Entgelten – also dem Verbot von überhöhter Monopolrente) darauf abzielt, jedem nachfragenden Unternehmen die Infrastrukturnutzung zu transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu ermöglichen.

Die ersten Maßnahmen zur Schaffung des neuen Marktdesigns erfolgten zunächst per Legislativdekret Nr. 79/99 (Decreto Bersani) zur Umsetzung der europäischen Richtlinie 96/92/EG²⁵⁹ und dann durch weitere sukzessive Reformgesetze: Marzano Gesetz Nr. 239/04²⁶⁰ und zuletzt D. Lgs. 93/11.²⁶¹

Die zweite Regulierungsform besteht in der *Preisregulierung*: Sie stellt nach der Systematik des Gesetzes Nr. 481/95 ein Instrument zur Verfolgung von sozialrelevanten Zielen dar. In der Tarifierungspolitik soll das Preiselement darauf gerichtet sein, das Ziel der Wirtschaftlichkeit für Energieunternehmen mit sozialrelevanten Zielen, wie etwa die Wettbewerbsdurchsetzung auf dem Markt und die Erhöhung von Effizienz und Qualität der Leistungserbringung, zu harmonisieren. Dabei muss die Tarifierung den Prinzipien von Sicherheit und Transparenz entsprechen. Das Instrument, um dieses Ziel zu erreichen, besteht in der *Price cap*

²⁵⁹ Zu der Richtlinie 92/96/EG siehe: *Cassese S.*, La disciplina del mercato dell'elettricità, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica* 1997, S. 753 ff.; *Caia G./Aicardi N.*, Energia, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. Chiti G. Greco), Parte speciale, Tomo II, Milano 1997; *De Paoli L.*, Recepimento della direttiva europea, riforma del sistema elettrico e privatizzazione dell'Enel: che fare? In *Econ. fonti en. amb.*, 1997, 2, S. 29 ff.; *Clò A.*, La direttiva elettrica europea fra concorrenza e interesse generale, in *L'industria*, 1999, S. 15 ff.; *Napolitano G.*, L'energia elettrica e il gas, in *Cassese S.* (Hrsg.), *Trattato di diritto amministrativo*, Dir. Amm. Speciale, Tomo 3°, Milano, 2003, S. 2198 ff.; *Cameron P.*, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2002, S. 143 ff.; *Colavecchio A.*, I mercati interni dell'energia elettrica e del gas: profili comunitari, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001, 481 ff.

²⁶⁰ Gesetz von 23. August 2004, Nr. 239: „Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia“.

²⁶¹ Decreto legislativo, 1 giugno 2011, n. 93: „Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE.“

Regulierung (oder Anreizregulierung). Sie ermöglicht es, den Preissetzungsspielraum für marktmächtige Unternehmen einzuschränken, indem sie die Strompreiserhöhungen der Produktivitätsteigerung unterstellt. Dieses System schützt einerseits die Nutzer von ungerechtfertigten Preiserhöhungen und gibt gleichzeitig den Unternehmen konkrete Anreize für die Verbesserung des Dienstleistungsangebots.

Insofern bietet die Preisregulierung ein Beispiel dafür, wie durch das Vertragsrecht konfligierende Ziele in Einklang gebracht werden können, und zwar das Ziel einer wirtschaftlich rentablen Bewirtschaftung und die Sicherstellung gewisser Leistungsqualität zu einem erschwinglichen Preis. Die Preisregulierung bietet gleichzeitig auch ein Beispiel von Ko-Regulierung auf dem Energiemarkt, indem Unternehmen selbst an der Prozedur der Tarifänderung teilnehmen.²⁶²

Die Effizienz des gesamten Systems basiert auf der korrekten Abwägung der Parameter, nach denen die Preisobergrenze festgelegt wird. Dafür ist eine tiefe Kenntnis des Sektors notwendig und deswegen sind Informationen aus den Energieunternehmen von höchster Relevanz. Von großer Bedeutung ist auch der Beitrag von Verbrauchern und Nutzern, deren aktive Teilnahme durch Vertretungsorganisationen, auch wenn nicht ausdrücklich Teil der Prozedur, einen relevanten Beitrag zur Anpassung von Tarifen leistet. Insofern ist die Festlegung der Preise als Ergebnis einer verhandelten Prozedur anzusehen.

Eine weitere Erscheinungsform der Regulierung auf dem Energiemarkt stellt die *Verhaltensregulierung* dar. Darunter ist eine Reihe von Bestimmungen zu fassen, die aus verschiedenen Quellen stammen und darauf abzielen, das Verhalten von Energieunternehmen auf dem Markt durch die Einwirkung auf vertragliche Strukturen zu lenken. Die Verhaltensregulierung deckt ein breites Spektrum der Verhältnisse von Energieunternehmen zu ihren Kunden ab, und zwar schon in der vorvertraglichen Phase. In diese Richtung geht zum Beispiel der von der Regulierungsbehörde fertiggestellte "*Codice di condotta commerciale*", ein Verhaltenskodex, der als Schutzinstrument für gebundene Stromabnehmer in der Phase der Vertragsverhandlung mit Versorgungsunternehmen konzipiert ist und darauf abzielt, transparente und zuverlässige Information bei der Erstellung vertraglicher Angebote zu sichern. Der Kodex enthält eine Reihe von

²⁶² Art. 3 Abs. 4, Gesetz Nr. 481/95.

Bestimmungen, die sich grundsätzlich auf die vorvertragliche Phase beziehen, wie Lauterkeitsvorschriften und Informationslasten bei der Werbung von geschäftlichen Angeboten, umfasst aber auch eine Regelung der Modalitäten der Vertragsgestaltung. Insofern bildet der *Codice di condotta commerciale* auch ein Instrument der *Vertragsregulierung*, die den Kern der Tätigkeit der Energieregulierungsbehörde darstellt. Das tiefe Eingreifen der Regulierungsbehörde in Energieversorgungsverträge wird durch das Bedürfnis begründet, verschiedene Anforderungen in Einklang zu bringen. Dazu zählen insbesondere der Schutz von besonderen Kundengruppen, die Wettbewerbsdurchsetzung und die Sicherstellung von Qualitäts- und Effizienzstandards bei der Leistungserbringung. Der Regulierungsbehörde gelingt dies durch die Fertigstellung von Vertragsklauseln mit zwingendem Charakter, die sich auf die verschiedenen Aspekte der Elektrizitätsbezugsverträge beziehen wie etwa Stromablesen und Stromabrechnung, Zahlungsmodalitäten, Kundenverzug, Stromunterbrechungen und Beschwerde. Diese neuen Vertragswerke müssen nun im Lichte der allgemeinen Prinzipien des Vertragsrechts geprüft werden, vor allem mit Bezug auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Aus dem Kombinieren aller dieser regulatorischen Maßnahmen entsteht die Komplexität der Governance des Elektrizitätsmarkts, die überwiegend unter die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde fällt. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, durch den Legislativdekret Nr. 79/99 sowie sukzessive Anpassungen durch das *Marzano Gesetz* und das Legislativdekret Nr. 93/11 das neue Marktdesign zu bestimmen und die Rahmenbedingungen für die Energiewirtschaft zu schaffen, während die Regulierung der Verhältnisse auf dem Energiemarkt und der Kundenschutz ganz der Regulierungsbehörde auf der Grundlage einer Rechtssetzungsdelegation überlassen worden ist. Die Regelung der vertraglichen Verhältnisse erfolgt nun durch behördliche Beschlüsse, die aber einen Komplexitätsfaktor der geschäftlichen Verhältnisse auf dem Energiemarkt darstellen, vor allem aufgrund ihres vorübergehenden Charakters, der ständigen Novellierung und der schwächeren Eindeutigkeit der behördlichen Rechtsetzung. Dies verleiht

dem Markt einen hohen Grad an Rechtsunsicherheit und hat eine negative Auswirkung auf den reibungslosen Liberalisierungsprozess.²⁶³

In Anbetracht der Spitzenrolle der Regulierungsbehörde auf dem Markt scheint es von daher sinnvoll, bei der Analyse der Rechtslage der Energiewirtschaft von der Rechtssetzungskompetenz der Regulierungsbehörde auszugehen. Es werden die Beschlüsse zum Energievertragsrecht analysiert und es wird untersucht, in welchem Verhältnis zu dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Codice Civile sie stehen. Dabei wird die rechtliche Stellung von Stromabnehmern untersucht, um zu bestimmen, inwieweit ihnen subjektive Rechte zuerkannt sind und welche Rechtswege ihnen offen stehen.

4.2.1 Die Öffnung des Energiemarkts in Italien

Seit 1962 herrschte in Italien das Monopol auf dem Energiemarkt.²⁶⁴ Demzufolge waren alle mit dem Energiehandel verbundenen Tätigkeiten dem Staat vorbehalten und durch das staatliche Unternehmen „ENEL“ (*Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*) betrieben. Der Markt erlebte eine erste partielle Öffnung mit Erlass des Gesetzes vom 9. Januar 1991, Nr. 9²⁶⁵, das die Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen teilweise liberalisierte.

²⁶³ Siehe, z. B. *Falcone M.*, I contratti del mercato elettrico, Eliconie Editrice, 2003, S. 9.

²⁶⁴ Die Nationalisierung erfolgte per Gesetz vom 6. Dezember 1962, Nr. 1643, sogenanntes „Nationalisierungsgesetz“. Zur Begründung der Nationalisierung siehe: *Rossi E.*, *Elettricità senza baroni*, Bari, Laterza, 1962. Weiter zum Thema „Nationalisierung“: *Guarino G.*, *L'elettricità e lo Stato*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1970, 490 ff.; *Landi G.*, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir. XIV*, Milano, Giuffrè, 1965, 899 ff.; *Cassarino S.*, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *Enc. dir. XIV*, Milano, Giuffrè, 1965, 875 ff. Zu den Zielen der Nationalisierung siehe: *Polo M./Scarpa C.*, *Il servizio elettrico italiano tra privatizzazione e timore della concorrenza*, in *Riv. pol. econ.*, 1995, 151; *Dezi L.*, *Il mercato dell'energia tra profitto e pubblica utilità*, 1997. Für eine Darstellung hystorischer Entwicklung des Energiemarkts in Italien, siehe auch: *Bertoli G.*, *Il settore dell'energia elettrica: dal monopolio verticalmente integrato alla concorrenza*, in *Martellini M.* (Hrg.), *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, 2007, S. 69 ff.

²⁶⁵ Gesetz vom 9. Januar 1991, Nr. 9: „Norme per l'attuazione del nuovo piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotti, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali“. Das Gesetz hat eine erste partielle Liberalisierung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen realisiert dadurch, dass es die Erzeugung nur einer Mitteilungspflicht unterworfen hat. Darüber hinaus hat das Gesetz auch die Stromerzeugung zum Zwecke der weiteren Übertragung an ENEL, die Selbsterzeugung für gewerblichen Kunden sowie die Übertragung von

Nach dem alten Gesetz Nr. 308/82 konnten alle andere Energieerzeuger außer Enel Anlagen für die Erzeugung von erneuerbarer Energie bis zu der Grenze von 3 MW errichten. Diese Grenze wurde mit Art. 22 Gesetz Nr. 9/91 abgeschafft. Darüber hinaus stellte Art. 22 für Enel die Pflicht fest, die aus diesen Anlagen erzeugte Energie, die nicht von Erzeugern selbst verwendet oder weitergeleitet wurde, zu günstigen Bedingungen zu kaufen. Preise und Bedingungen für Energieerzeugung und -übertragung wurden nach Kriterien bestimmt, die die Erzeugung aus erneuerbaren Quellen vorantreiben sollten und vom *Comitato Interministeriale Prezzi* (CIP, Interministerielles Komitee für Preise) ausgearbeitet wurden.

Das Gesetz von 1991, das deutlich vom amerikanischen PURPA²⁶⁶ inspiriert wurde, stellte nur den ersten Schritt für die Öffnung des Energiemarkts dar, indem es das Agieren von anderen Erzeugern außer Enel auf dem Markt ermöglichte und dadurch eine teilweise Liberalisierung der Stromerzeugung zur Folge hatte.²⁶⁷

Die Umstrukturierung der gesamten Energiewirtschaft erfolgte erst Ende der neunziger Jahre mit der Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG²⁶⁸ ins nationale Recht durch Erlass des Legislativdekrets Nr. 79/1999, sogenannter „*Decreto Bersani*“.²⁶⁹

Erneuerbareenergie innerhalb von Konsortien erlaubt. Insoweit stellte das Gesetz Nr. 9/91 den ersten Schritt auf dem Weg zur Liberalisierung des Energiemarkts dar.

²⁶⁶ Das *Public Utility Regulatory Act* aus dem Jahr 1978, war ein Instrument der Förderung von *Independent Power Producers* (IPP).

²⁶⁷ Siehe dazu: *De Nova G.*, Libertà e limiti dell'impresa privata nella produzione, nella vendita e nel vettoriamento dell'energia elettrica, in *Riv. Soc.*, 1994, S. 969 ff.; *Bucello M./Pericu G.*, Gli aspetti giuridici e il regime normativo dell'autoproduzione, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1997, S. 775 ff.

²⁶⁸ Zu der Richtlinie 96/92/EG siehe für alle: *Cassese S.*, La disciplina del mercato dell'elettricit , *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1997, S. 753 ff.; *Cl  A.*, La direttiva elettrica europea fra concorrenza e interesse generale, in *L'industria*, 1999, S. 15 ff.; *Cameron P.*, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2002, S. 143 ff.; *Colavecchio A.*, I mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale: profili comunitari, *Rass. Giur. En. Elettr.*, 2001, S. 481 ff. Für den Aufschlag der Beschleunigungsrichtlinien auf den deutschen Energiemarkt siehe etwa: *Britz G.*, Öffnung der Europäischen Strommärkte durch die Elektrizit tsbinnenmarktrichtlinie?, in: *Recht der Energiewirtschaft 1998*, S. 85 ff.; *Rapp-Jung B.*, Die EU Richtlinie für Elektrizität im Spannungsfeld zwischen den Wettbewerbsregeln des Vertrags und den verbliebenen energiepolitischen Befugnissen der Mitgliedstaaten, in: *Recht der Energiewirtschaft 1997*, S. 133ff.; *Säcker F.-J./Buscher J.*, Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie: Richtlinienkompetenz und EG-rechtliche Probleme des „single-buyer“-Konzepts, in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1998*, S. 18ff. Für die Umsetzung der Richtlinien in den verschiedenen Mitgliedstaaten siehe: *Roggenkamp M./Ronne A./Redgwell C./Del Guayo I.*, *Energy Law in Europe*, Oxford University Press, 2001; Vgl auch *Midtunn A.* (Hrg.), *European Electricity Systems in Transition: A Comparative Analysis of Policy and Regulation in Western Europe*, Elsevier, 1997.

²⁶⁹ Art. 36, Gesetz vom 24. April 1998: «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea» erteilte der Regierung die Vollmacht zur Umsetzung der Richtlinie 96/92/EG, und zur Umstrukturierung aller relevanten Aspekte des nationalen Energiemarkts, mit Rücksicht auf die im Art. 36 enthaltenen Prinzipien und Leitlinien zur Gewährleistung des „*servizio pubblico*“ und zur Sicherstellung anderer Zielen von allgemeinem

Der Inhalt des Dekrets ging weit über die Vorgaben der Richtlinie 96/92/EG hinaus und enthielt Vorkehrungen, die der Beschleunigungsrichtlinie 54/2003/EG vorangingen.²⁷⁰ Allerdings waren, trotz dieser Bemühungen, die Auswirkungen auf dem Markt noch zu gering, um effektive Gewinne für Wirtschaft und Gesellschaft entstehen zu lassen.

Das Dekret legte Maßnahme zur Entflechtung des Enel-Monopols und die Leitprinzipien des Liberalisierungsprozesses fest, dessen Grundgedanken darin besteht, einen wettbewerblichen Energiemarkt zu kreieren, in dem Preisgünstigkeit für Endkunden und Nichtdiskriminierungsbedingungen für Unternehmen gewährleistet sind. Es handelt sich, wie auch in der ersten Stromrichtlinie erwähnt, um einen schrittweisen Prozess, der seit seiner Anbahnung schon mehrere Änderungen erlebt hat und noch weitere Entwicklungen verspricht. Beträchtliche Änderungen des rechtlichen Rahmens der Energiewirtschaft wurden zunächst durch das Gesetz vom 23. August 2004, Nr. 239, das so genannte *Marzano Gesetz*²⁷¹, das im Einklang mit der Reform vom *Titolo V, Cost.* aus dem Jahr 2001 steht, die die Kompetenzverteilung zwischen Staat, Regionen und Lokalverwaltungen (Art. 1, Abs. 3-10), und zwischen der Regierung und der AEEG (Art. 1, Abs. 11-15) neu definiert hat und zuletzt durch D.lgs. 93/2011 zur Umsetzung der europäischen Richtlinie 2009/72/EG erfolgte.

Die im *Decreto Bersani* festgelegten Schwerpunkte der Umstrukturierung des Energiemarkts waren: Liberalisierung von Stromerzeugung, Ein- und Ausfuhr, sowie Stromvertrieb seit dem 1. April 1999; Beibehaltung des Betriebes und Inanspruchnahme des nationalen Übertragungsnetzes (RTN) beim Staat und Betrieb der Energieübertragung nach Erteilung einer Konzession;²⁷² Regulierung der Energieverteilung und ihre Ausübung im Konzessionsregime sowie Beibehaltung des

Interesse. Zu dem Decreto Bersani siehe *Napolitano G.*, L'energia elettrica e il gas, in *Cassese S.* (Hrg.), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo III, 2003, S. 2226 ff.; *Di Porto F.*, Il Decreto Bersani, (d. lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico, in "Mercato concorrenza regole", 8/2000, S. 407 ff.; *De Paoli L.*, La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas in Italia, in *Econ. fonti en. amb.* 2000, S. 27 ff.

²⁷⁰ Wie, zum Beispiel der Art. 23 EU-Richtlinie 54/2003, über die Errichtung von Regulierungsbehörden.

²⁷¹ Gesetz vom 23. August 2004, Nr. 239: «Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia». Siehe dazu *Donati F.*, in *Bruti Liberati E.- Donati F.*, Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Giappichelli, 2007, S. 42 ff.

²⁷² Ursprünglich wurde die Konzession für Übertragung und Inanspruchnahme dem „*Gestore della rete di trasmissione nazionale*“ (GRTN) zugelassen; später wurde der TERNA S.p.a. übertragen, unter der Bedingung dass bis 2007 verringert die Teilnahme von Enel an der Gesellschaft bis zu 20% (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004).

Eigentums an den Elektrizitätsinfrastrukturen des RTN bei den alten Eigentümern, unter der Bedingung, neue Aktiengesellschaften zu gründen und ihnen alle Güter und rechtlichen Beziehungen zu übertragen.

Die Entflechtung vom Enel-Monopol stellte eine unabdingbare Bedingung für die Öffnung des Energiemarktes dar, da Enel zu jener Zeit über 87% des gesamten Energieangebots verfügte. Demzufolge wurde Enel zunächst von einem staatlichen Unternehmen zu einer Aktiengesellschaft umgewandelt²⁷³ und bei dieser Umwandlung dazu gezwungen, bis zum 1. Januar 2003 nicht weniger als 50% des Energieangebots an Dritte zu überlassen. Seitdem ist es keinem Unternehmen mehr gestattet, 50% oder mehr des in Italien nachgefragten Stroms selbst oder durch Dritte weder zu erzeugen noch zu importieren (Art. 8.1 *Decreto Bersani*).²⁷⁴ Folglich musste Enel die Erzeugungskapazität im Maße von 15000 MW verringern. Die Modalitäten dieser Umwandlung wurden durch das Dekret 4. August 1999²⁷⁵ festgelegt: Einige Erzeugungsanlagen wurden an drei neu gegründete Aktiengesellschaften übertragen (Elettrogen, 9 Erzeugungsanlagen; Eurogen, 8 Anlagen; Interpower, 4 Anlagen), die innerhalb der gesetzlichen Frist zum 1. Januar 2003 veräußert wurden.

Nach Art. 13 *Decreto Bersani* wurde Enel in Form einer Holding umgewandelt, in der nun getrennte Gesellschaften die unterschiedlichen Tätigkeiten des Energiehandels betreiben: Energieerzeugung; Energieverteilung und Versorgung von gebundenen Kunden; Energiehandel mit zugelassenen Kunden; Betrieb des

²⁷³ Mit Gesetz vom 8. August 1992 Nr. 359 wurde Enel in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, deren Anteile dem Finanzministerium erteilt wurden. Auch andere öffentliche Unternehmen außer Enel wurden zu der Zeit, zum Ziel ihrer nachfolgenden Privatisierung, in Aktiengesellschaften umgewandelt, so dass ein entsprechender Ministerialausschusses für Privatisierungen gegründet werden musste. Diese Privatisierungswelle sollte zur Verbesserung der staatlichen Finanzen beitragen, doch führte diese Sachlage zu einem Konflikt zwischen dem stark verschuldeten Staat, der auf die Aufwertung von Enel- Assets und ihren Betriebsgewinn abzielte, und dem Staat, der nach der Schaffung einen wettbewerblichen Energiemarkt strebte. Darin ist ein originärer Fehler des Liberalisierungsprozesses zu sehen. Zu der Umwandlung von Enel in eine Aktiengesellschaft, siehe *Caia G.*, *Privatizzazione dell'Enel e disciplina giuridica del settore elettrico*, in *Rass. Giur. Enel*, 1993, S. 348 ff.; *Id.*, *Caratteri e prospettive dell'Enel s.p.a. e del suo ruolo (appunti per una ricerca sulle "privatizzazioni")*, in *Rass.giur.en.elettr.* 1995, S. 3 ff.; *Irti N.*, *Problemi dello Stato azionista: il caso Enel*, in *Riv. soc.* 1995, S. 22.

²⁷⁴ Bei Überschreitung dieser Grenze, findet die Prozedur nach Art. 15 des Wettbewerbsgesetzes Nr. 287/1990 Anwendung.

²⁷⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 agosto 1999, "Approvazione del piano per le cessioni degli impianti dell'Enel S.p.a. di cui all'art. 8, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e delle relative modalità di alienazione".

Übertragungsnetzes, dessen Instandhaltung und Entwicklung; und Abbau der alten Kernkraftzentralen.

Innerhalb von hundertachtzig Tagen seit dem Inkrafttreten des Dekrets mussten die entsprechenden Güter und rechtlichen Beziehungen sowie ein Teil der Masseschulden den neuen Gesellschaften übertragen werden. Als Hauptgesellschaft der Holding übernahm Enel S.p.a. die Zuständigkeit der strategischen Leitung und der Koordination der von den Gesellschaften ausgeübten Aktivitäten (Art. 13.1 *Decreto Bersani*).

4.2.2 Die Gestaltung des Strommarkts: Marktdesign, Akteure und ihre Handlungsformen

Nach der durch den Decreto Bersani erfolgten Umstrukturierung des Energiemarkts steht die Strombörse im Zentrum der neuen Marktgestaltung. Die Börse, deren Funktion in der Ausarbeitung von stündlichen Verträgen für die Stromproduktion besteht, wurde am 31. März 2004 gegründet. Der Stromhandel auf der Börse erfolgt online über gesicherte Verbindungen mit digitalen Zertifikaten. Für die Überwachung des ordnungsgemäßen Funktionierens der Börse ist gemäß Art. 5, Abs. 1 *Decreto Bersani* der GME (*Gestore dei Mercati Energetici SpA*)²⁷⁶ zuständig. Der GME überwacht und reguliert den Strommarkt, den Markt der grünen und weißen Zertifikate sowie den Emissionshandel. Durch die Verarbeitung von Stromnachfrage und –angebot, trifft er die Entscheidung darüber, welche Energieplantagen in Betrieb gesetzt werden müssen, um die Nachfrage zu decken und die Höhe des Entgelts. Darüber hinaus stellt der GME die Verfügbarkeit einer Leistungsreserve sicher. Der GME hatte den Markt nach Kriterien der Neutralität, Transparenz, Objektivität, sowie der Wettbewerbsfähigkeit unter Stromerzeugern zu organisieren. Die festgelegte

²⁷⁶ Verwalter der Elektrizitätsmärkte AG.

Marktdisziplin²⁷⁷ wurde nach vorheriger Zustimmung der AEEG per Dekret des Industrieministeriums²⁷⁸ genehmigt.

Der GME wurde 2004 um den GSE (*Gestore dei Sistemi Energetici*)²⁷⁹ ergänzt, eine Aktiengesellschaft des italienischen Wirtschafts- und Finanzministeriums. Er spielt insbesondere bei der Förderung von erneuerbarer Energie eine zentrale Rolle: So stellt er u.a. die grünen Zertifikate aus und überwacht das Zertifikatssystem, stellt Herkunftsnachweise aus, führt Informationskampagnen zum nachhaltigen Umgang mit Energie durch, nimmt Energie ab und verkauft diese am Elektrizitätsmarkt, kontrolliert und beaufsichtigt die förderfähigen Anlagen.

Darüber hinaus hat der GSE die Aufsicht über den Acquirente Unico und den GME. Die Energiebörse besteht auf zwei verschiedenen Märkten, einem „*mercato del giorno prima*“ (MGP)²⁸⁰, wo die Energie des darauf folgenden Tages gehandelt wird, und einem „*mercato intragiornaliero*“ (MI)²⁸¹, wo die nötigen Anpassungen der im MGP getroffenen Vereinbarungen durchgeführt werden.

Der erneuerten Struktur des Energiemarkts gehören auch der „*Mercato elettrico a termine dell'energia elettrica*“ (MTE), wo der Handel über zukünftig erzeugten Strom stattfindet, und der „*Mercato del servizio di dispacciamento*“ (MSD), wo die Aktiengesellschaft *Terna S.p.A.* den Service des Stromtransports vermittelt und der notwendigen Ausgleich von Stromangebot und Stromnachfrage geschaffen wird. *Terna S.p.A.* ist eine 2004 gegründete Aktiengesellschaft und der zentrale Netzbetreiber für das italienische Stromnetz auf der Höchstspannungsebene sowie der Hochspannungsebene. Sie ist für die Überwachung und Entwicklung des nationalen Stromnetzes verantwortlich und regelt Stromverbrauch und –produktion.

Eine wichtige Rolle bei der neuen Ausgestaltung des Energiemarkts kam dem GRTN²⁸² (*Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale*) zu. Es handelt sich um eine Aktiengesellschaft, deren Anteile im Eigentum des Wirtschafts- und

²⁷⁷ Abrufbar unter:

<http://www.autorita.energia.it/allegati/docs/riferimenti/20031230Testointegratofinale.pdf>

²⁷⁸ Decreto del Ministero delle Attività produttive, vom 19.12.2003: “Approvazione del testo integrato della Disciplina del mercato elettrico. Assunzione di responsabilità del Gestore del mercato elettrico S.p.A. relativamente al mercato elettrico“, veröffentlicht in: G.U. n. 301 vom 30.12.2003 – Suppl. Ordinario n. 199.

²⁷⁹ Verwalter der Elektrizitätswirtschaft AG.

²⁸⁰ Vortagesmarkt.

²⁸¹ Anpassungsmarkt.

²⁸² Gestore della rete di trasmissione nazionale – GRTN S.p.A. (Betreiber des nationalen Übertragungsnetzes AG).

Finanzministeriums stehen und im Einverständnis mit dem Industrieministerium ausgeübt werden. Ihre Rolle auf dem Markt wird im Art. 3 *decreto Bersani* definiert. Ursprünglich war sie für den Betrieb und Verwaltung des Übertragungsnetzes zuständig und als nationaler Netzbetreiber dazu verpflichtet, alle Anschlussanträge anzunehmen und das Netz im Sinne eines diskriminierungsfreien Regimes zu verwalten. Dabei musste sie Sicherheit, Effizienz und Kontinuität der Leistung gewährleisten und die entsprechenden Entscheidungen zur Entwicklung des Netzes treffen. GRTN war auch für die Überwachung von GME und AU zuständig, aber nur bis zum Ministerpräsidentenerlass von 11. Mai 2004,²⁸³ der einige Veränderungen in dem Energiemarkt eingeführt hat: GRTN wurde in *Gestore del sistema elettrico* unbenannt und nahm neue Zuständigkeiten im Bereich der Entwicklung und Förderung erneuerbarer Energien an. Die Aufgaben von Bilanzkreismanagement, Energieübertragung und Entwicklung des Hochspannungsnetzes wurden seit dem 1. November 2005 der Aktiengesellschaft *Terna S.p.a.* übertragen. Der *Gestore del sistema elettrico* ist Konzernspitze der Holding, zu der auch der Acquirente Unico (AU) und Gestore del mercato elettrico (GME) zählt. Nach dem *decreto Bersani* war ursprünglich GRTN für die Überwachung von GME und AU verantwortlich, diese Aufgaben wurden dann, nach seiner Abschaffung, dem *GSE* übertragen, der zu 100% vom Wirtschaftsministerium kontrolliert wird.

Der Betrieb des Übertragungsnetzes hat in Italien eine besondere Entwicklung im Vergleich zu anderen europäischen Ländern erlebt. Ursprünglich entschied sich der italienische Gesetzgeber für die Trennung zwischen Betrieb und Besitz des Netzes, so dass das Eigentum bei Terna (ital. *Trasmissione Elettrica Rete Nazionale S.p.A.*) blieb, deren mehrheitlicher Aktienbesitz bei Enel lag, während der Betrieb an GRTN delegiert wurde, der vom Schatzministerium kontrolliert war. Insbesondere, war GRTN für das Bilanzkreismanagement und für die Verwaltung von transnationalen Stromnetzen verantwortlich. Betrieb, Entwicklung und Instandhaltung der Übertragungsnetze erfolgten durch Terna, und zwar aufgrund von von GRTN erlassenen Richtlinien.²⁸⁴ Diese Sachlage entsprach der Stellungnahme des

²⁸³ DPCM vom 11. Mai 2004: „Criteri, modalità e condizioni per l’unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione“, veröffentlicht in G.U. n. 115 vom 18.05.2004.

²⁸⁴ Diese Sachlage stellte einen Sonderfall in Europa dar, weil alle anderen Länder sich für die Vereinigung von Besitz und Betrieb des Netzes entschieden. Entweder wurden sie an Gesellschaften mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung übertragen (wie in Spanien, Portugal, Schweden und

Schatzministers, wonach die Beibehaltung der Netze in den Händen von Enel eine Aufwertung der Aktien bei der Marktallokation gewähren sollte.

Diese ursprüngliche Entscheidung des Gesetzgebers erwies sich jedoch als ineffizient und wurde dann mit Erlass des Gesetzes vom 27. Oktober 2003 Nr. 290²⁸⁵ geändert. Der Betrieb des Übertragungsnetzes wurde an Terna übertragen und dadurch mit dem Eigentum des Netzes vereinigt. Die Festlegung der Übertragungsmodalitäten erfolgte durch DPCM vom 11. Mai 2004, der unter anderem die Übertragung an Terna von Netzen, die noch im Besitz von Dritten waren, und gleichzeitig den Erlass des *Codice di rete* zum Ziel der Feststellung technischer und rechtlicher Rahmenbedingungen für die Netznutzung forderte. Der Codice wurde gemäß AEEG-Erlass Nr. 250/04 fertig gestellt und dann durch die AEEG-Erlasse Nr. 79/05 und Nr. 49/06 von der Energiebehörde und vom Ministerium für wirtschaftlichen Tätigkeiten gebilligt. Er trat am 1. November 2005 in Kraft.

Zu den neuen Akteuren auf dem Energiemarkt zählt auch der Alleinabnehmer (*Acquirente unico - AU*). Nach Art. 4 *decreto Bersani* ist der Alleinabnehmer für die Gewährung der Energieversorgung von gebundenen Kunden zuständig: er beschafft Energie zu bestmöglichen Konditionen und verteilt sie an die Verteilerunternehmen weiter. Durch dieses System wird ein einziger Tarif für gebundene Kunden auf dem ganzen Territorium garantiert. Um seine spezifische Aufgabe zu erfüllen, basiert der *Acquirente Unico* auf einer Prognose der Stromnachfrage von gebundenen Kunden, aufgrund derer er nach transparenten und nichtdiskriminierenden Verhandlungsverfahren Versorgungsverträge abschließt.

Der Erlass des Ministeriums für Produktionstätigkeiten vom 19. Dezember 2003 n. 379 nennt die Verfahrenswege, auf denen der Alleinabnehmer Elektrizität beschaffen soll und beauftragt ihn mit der Rolle des Energiebeschaffers für den gebundenen Markt ab dem 1. Juli 2004.

Der *Acquirente Unico* war als Übergangseinrichtung gedacht, die nach der vollständigen Liberalisierung des Strommarkts abgeschafft werden sollte. Jedoch

Norwegen) oder an Gesellschaften, die durch Energieunternehmen kontrolliert waren (Österreich, England und Deutschland).

²⁸⁵ Legge 27 ottobre 2003, n. 290: „Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239, recante disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica. Delege al Governo in materia di remunerazione della capacità produttiva di energia elettrica e di espropriazione per pubblica utilità“.

bedient er seit dem 1. Juli 2007 weiterhin die Stromkunden, die unter den geschützten Dienst fallen.

4.2.3 Die Kompetenzverteilung zwischen Staat und Regionen im Bereich Energie

Maßgeblich für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Regionen im Bereich Energie ist die Grundnorm des Art. 117 Cost.²⁸⁶, der Erzeugung, Transport und Verteilung von Energie den Materien der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Staat und Regionen zuschreibt²⁸⁷. Dementsprechend steht es dem Staat zu, die Leitprinzipien des Regelungsbereichs festzulegen. Bei anderen Materien, die eine indirekte Auswirkung auf die Energiewirtschaft haben, wie etwa der Wettbewerbs- und Umweltschutz, die Festsetzung von Mindeststandards für Leistungen betreffend Sozial- und Bürgerrechte, unter denen auch einige Aspekte der Energieversorgung fallen, und die Beziehungen zwischen Staat und Europäischer Gemeinschaft behält jedoch der Staat die exklusive Kompetenz.

Die Regierung übt ihre Führungsfunktion durch das Dokument zur wirtschaftlichen und finanziellen Programmierung aus, in dessen Rahmen die politischen Prioritäten und die Interventionsrahmen für die Energiewirtschaft festgesetzt werden. Insbesondere weist die Regierung die zuständigen Behörden auf die Bedürfnisse des Landes bezüglich der Entwicklung des Sektors und auf die allgemeinen Richtlinien für die Regulierung öffentlicher Dienstleistungen hin. In der Vergangenheit wurde diese Funktion durch ein entsprechendes Programmplanungsdokument für den Energiesektor, den nationalen Energiewirtschaftsplan (*piano energetico nazionale* -

²⁸⁶ Diese eneuerte Fassung vom Art. 117 Cost. wurde durch das Verfassungsgesetz Nr. 3/2001 eingeführt: Legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, Modifiche al Titolo V, Parte II della Costituzione (Verfassungsgesetz Nr. 3 vom 18. Oktober 2001, Änderungen des Abschnitts V des zweiten Teils der Verfassung), G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001. Siehe dazu *Cassese S.*, L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001, in Riv. giur. en. el., 3, 2002, 498.

²⁸⁷ Zum Thema der Kompetenzverteilung zwischen Staat und Regionen im Bereich Energie, siehe *Petteruti C.*, Le competenze delle regioni in materia di energia nell'ordinamento giuridico italiano, in: *Pepe V.* (Hrsg.), Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee, Napoli, 2008, S. 39 ff.; *Donati F.*, Il riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di energia, in: *Bruti Liberati E.- Donati F.*, Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Giappichelli, 2007, S. 35 ff.

PEN), erfüllt. Über die rechtliche Natur des *PEN* herrscht keine Einigkeit: einerseits wurde der *PEN* als Dokument zur politischen Ausrichtung des Energiesektors ohne Normativfunktion betrachtet, andererseits erteilten zwei Gesetze, Nr. 9/91 und Nr. 10/91²⁸⁸, dem *PEN* Normativcharakter. Der letzte *PEN* wurde 1988 erlassen und erst vor kurzer Zeit, am 16.10.2012, wurde durch den Minister für wirtschaftliche Entwicklung ein neues Dokument veröffentlicht, das als Basis einer öffentlichen Konsultation zum Ziel der Herstellung einer nationalen Energiestrategie - *SEN* (*Strategia Energetica Nazionale*) - dienen soll.²⁸⁹

Auf diese Weise steuert die Regierung die Ausrichtung der Energiewirtschaft mit dem Ziel der Koordinierung mit den allgemeinen Zielen der Wirtschaftspolitik. Über die Herstellung energiepolitischer Aktionspläne hinaus, fällt unter die Zuständigkeit der Regierung auch die Festlegung allgemeiner Integrationskriterien für die Bestimmung der Stromtarife, die durch Ministerpräsidentenerlass, nach vorheriger Beschlussfassung von Ministerrat und nach Vorschlag des zuständigen Ministers, erlassen werden.²⁹⁰

4.2.4 Die Energiepolitik von Regionen und lokalen Verwaltungen

Das Instrument zur Planung der Energiepolitik auf regionaler Ebene und ihrer Harmonisierung mit den nationalen Zielen ist der regionale Energieplan (*Piano energetico regionale* - *PER*).²⁹¹ Der *PER* ist ein technisches Dokument von hoher politischer Bedeutung, in dem strategische Entscheidungen zum Thema Energiepolitik getroffen sowie Prioritäten gesetzt werden. Insbesondere sind in den

²⁸⁸ Auf das Gesetz Nr. 9/91 ist bereits im Rahmen der Öffnung des Energiemarkts hingewiesen worden. Das Gesetz Nr. 10/91 vom 9. Januar 1991: „Norme per l’attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell’energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia“, enthält Bestimmungen zur Rationalisierung der Energieverwendung, Eindämmung des Stromverbrauchs, Nutzung erneuerbarer Energien und Senkung des Stromverbrauchs bei Produktionsgängen. Dazu *Grippo E.-Manca F.*, *Manuale breve di diritto dell’energia*, Padova, CEDAM, 2008, S. 64.

²⁸⁹ Das Dokument ist unter

<http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/20121016SEN-Documento-di-consultazione-vOnlinexxx.pdf> abrufbar. Auf die Herstellung eines energiepolitischen Aktionsplans verweist auch der Legislativdekret Nr. 93/2011, zur Umsetzung der Richtlinie 2009/72/EG.

²⁹⁰ Art. 1 Abs. 1 d.l. 4 settembre 2002, n. 193, convertito dalla legge 28 ottobre 2002, n. 238.

²⁹¹ Siehe dazu *C. Petteruti*, zit., S. 65 ff.

regionalen Energieplänen Bestimmungen über die Erweiterung der Netze, regionale Ziele hinsichtlich Energieeinsparung, Förderung erneuerbarer Energiequellen sowie Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und zum Umweltschutz enthalten. Die Erarbeitung des regionalen Energieplans und ihre ständige Fortsetzung nach Auswertung der erreichten Ergebnisse stellt den Schwerpunkt der Tätigkeit der Regionen im Bereich Energie dar. Hinzu kommt die Bereitstellung von Leitlinien für einen kohärenten Entwicklungsplan der Energieinfrastrukturen und Dienstleistungen, um Sicherheitsbedingungen, Kontinuität und Preisgünstigkeit der Energieversorgung nach internem Bedarf zu gewährleisten.

Für die Feststellung der umfangreichen Kompetenzen der Regionen im Bereich Energie ist der Legislativdekret Nr. 112/1998²⁹² maßgeblich, der eine starke Dezentralisierung von Verwaltungszuständigkeiten verwirklicht hat,²⁹³ und dadurch die Kompetenzen der Regionen auch im Bereich Energie bezüglich Exploration, Gewinnung, Transport und Verteilung²⁹⁴ verstärkt hat. Nach Art. 29 Abs. 1 D.lgs. Nr. 112/98 behält der Staat die allgemeine Zuständigkeit für die Erarbeitung und Festlegung von Leitlinien und Zielen der nationalen Energiepolitik sowie für den Erlass von Ausrichtungs- und Koordinierungsakten für eine organische Programmierung auf regionaler Ebene. Alle verbleibenden Zuständigkeiten, die weder dem Staat noch den Lokalverwaltungen vorbehalten sind, werden nach einer allgemeinen Residualformel auf die Regionen in Form einer Delegation übertragen.²⁹⁵ Dadurch haben die Regionen umfangreiche Kompetenzen im Bereich Energie erhalten, wie etwa die Möglichkeit, Anlagen zur Stromerzeugung durch Investitionszuschüsse zusätzlich zu den staatlichen Fördermechanismen zu

²⁹² Decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998, so genannter Decreto Basanini: "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59" (Gesetzesverordnung Nr. 112 vom 31 März 1998, Übertragung von Verwaltungszuständigkeiten vom Staat auf die Regionen und Gebietskörperschaften in der Umsetzung des Teils I des Gesetzes Nr. 59/1997), G.U. n. 92 del 21 aprile 1998, Supplemento ordinario n. 77. Siehe dazu *E. Ferrari*, Commento agli artt. 28-31, in: *Falcon G.* (Hrg.), *Lo Stato autonomista*, Bologna, Il Mulino, 1998, S. 127 ff.; *Amorosino S.*, *Energia/ambiente nel decreto n. 112 del 98: dal modello all'attuazione: l'organizzazione del <governo dell'energia> da parte delle regioni e degli enti locali*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, S. 673; *Federici R.*, Commento agli artt. 28-31, in: *Stipo M.* (Hrgb.), *Commento al d.lg. 112/98. Il nuovo modello di autonomie territoriali*, Rimini, Maggioli, 1998, S. 135 ff.; *Vesperini G.*, *Le autonomie locali*, II, Roma, Donzelli, 2001, S. 82 ff.

²⁹³ Siehe dazu *Salomoni L.*, *Il ruolo delle regioni nella disciplina del settore energetico tra autonomia e responsabilità. Alla ricerca di un modello possibile*, in: *Buzzacchi C.* (Hrg.), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

²⁹⁴ Artt 28 ff., D.lg. Nr. 112/1998.

²⁹⁵ Art. 30 Legislativdekret Nr. 112/98.

unterstützen und selbst Energieförderprogramme aufzulegen²⁹⁶ sowie selbst eigene Regelungen zur Feststellung von Aufgaben und Entscheidungsbefugnissen von Regionen und Lokalverwaltungen zu erlassen. Hinzu kommt die Bereitstellung von Plänen für die Energieeinsparung durch Effizienzsteigerung, Förderung erneuerbarer Energiequellen, Forschung und technologische Entwicklung sowie Verringerung umweltgefährdender Emissionen.

Der *Decreto Bassanini* hat auch die Zuständigkeiten von Provinzen und Gemeinden gestärkt, insbesondere hinsichtlich der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen. Provinzen sind insbesondere für den Erlass von Energiesparmaßnahmen und für die Förderung rationeller Energienutzung zuständig. Darüber hinaus werden ihnen durch regionale Gesetze die Aufgaben der Redaktion und Verabschiedung von Programmen zur Förderung der erneuerbaren Energiequellen übertragen;²⁹⁷ sie erteilen die notwendigen Zulassungen für Errichtung und Betrieb von Energieanlagen, die nicht in den Kompetenzbereich des Staats fallen²⁹⁸ und sind für die Kontrolle der Energieeffizienz von Heizungsanlagen zuständig.²⁹⁹ Die Kompetenzen der Gemeinden wurden durch das Gesetz Nr. 142/90³⁰⁰ und die Gesetzesverordnung Nr. 267/2000³⁰¹ festgelegt und erweitert. Die Gemeinden verabschieden Pläne für die energetische territoriale Entwicklung in verschiedenen Interventionsfeldern: sie haben die Aufgabe der Bewertung und des Schutzes der lokal verfügbaren Energiequellen und die Möglichkeit, überkommunale Kooperationen zur Nutzung der Ressourcen zu bilden. Sie fördern darüber hinaus die interinstitutionelle Konzertation, auch durch Instrumente wie die Agenda 21. Auf Ebene der einzelnen Gemeinden werden zudem Flächennutzungspläne, Bauordnungen und Hygieneverordnungen erlassen. Ihnen obliegt auch die Kontrolle über Energiesparmaßnahmen.

²⁹⁶ Art. 30 Abs. 2 D.lgs. n. 112/98. Vgl. dazu auch Art. 10 Abs. 3 D.lgs. 387/2003, zur Umsetzung der Richtlinie 2001/77/EG in das italienische Recht, nach dem die Regionen über die nationalen Maßnahmen hinausgehende regionale Förderregelungen für Strom aus erneuerbaren Energiequellen erlassen können.

²⁹⁷ Art. 31 Abs. 2, lit. a), Decreto Bassanini.

²⁹⁸ Art. 31, Abs. 2, lit. b) Decreto Bassanini.

²⁹⁹ Art. 31, Abs. 2, lit. c) Decreto Bassanini.

³⁰⁰ Legge n. 142 dell'8 giugno 1990: „Ordinamento delle autonomie locali“ (Ordnung der Gebietsautonomien).

³⁰¹ D.lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – Gesetzbuch über die Ordnung der Gebietskörperschaften.

In den Regionalgesetzen sind die Etappen für die Erreichung festgesetzter Ziele und Monitoring-Instrumente für die Bewertung der erreichten Ergebnisse festgelegt. Von großer Bedeutung ist die Gesetzgebung der Regionen im Bereich der Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen und der Entwicklung von Effizienzsertifikaten: nämlich „weiße Zertifikate“ und „grüne Zertifikate“ für die Förderung erneuerbarer Energiequellen.

Bei der Verwirklichung ihrer Energiepolitik berücksichtigen die Regionen die nationale und europäische Energiepolitik und werden durch Forschungsstrukturen, wie ENEA³⁰² (*Ente Nazionale per l'Energia e l'Ambiente*), und Universitäten unterstützt.

Gegen die Dezentralisierungspolitik, die die Neufassung des Titels V. Costituzione eingeführt hat, hat sich jedoch auch Kritik erhoben: die neue Kompetenzverteilung ziehe Unsicherheit und Engpässe bei den Entscheidungsprozessen nach sich, was die Entwicklung von Netzen und Infrastrukturen erschwere. Dies geschieht zum Beispiel bei dem Genehmigungsverfahren zur Anlagenerrichtung. Diesbezüglich wird oft die Kritik erhoben, dass die teilweise erheblich voneinander abweichenden Genehmigungsvoraussetzungen von nationalen und regionalen Gesetzen ein Haupthindernis für einen stärkeren Anstieg des Anteils an erneuerbaren Energiequellen in der Stromproduktion in Italien darstellen. Um solche Blockaden zu verhindern wurde deshalb vorgeschlagen, die Materie „Energie“ in die exklusive Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers zurückzunehmen.³⁰³ Darüber hinaus könnte wohl auch der Verbraucherschutz auf regionaler Ebene gestärkt werden: diesbezüglich ist die Erfahrung des Telekommunikationsmarkts bedeutungsvoll. Hier hat die Reform des Art. 117 Cost. Anlass für die Gründung von Anhörungs- und Schlichtungsstellen zur Lösung von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen auf regionaler Ebene (*CoReCom*) gegeben. Diese Erfahrung, die sich unter mehreren Aspekten als positiv erwiesen hat, könnte wohl auch auf dem Energiemarkt wiederholt werden, um eine aktive Beteiligung regionaler Institutionen an Verbraucherschutz voranzutreiben und dadurch die Synergie zwischen

³⁰² ENEA ist die Agentur für neue Technologien, Energie und Umwelt: es handelt sich um eine staatliche Behörde, die zur konkurrenzfähigen nachhaltigen Entwicklung Italiens beitragen soll. Die Hauptaufgaben von ENEA bestehen in Forschungstätigkeiten im Bereich technologischer Innovationen, soziologischen und ökonomisch wissenschaftlichen Untersuchungen und in der Veröffentlichung erzielter Forschungsergebnisse.

³⁰³ Siehe etwa Art. 39 des Gesetzesvorschlags zur Verfassungsänderung von 16. November 2005.

öffentlichen Subjekten, auch durch die Verbesserung des Informationsaustauschs zwischen Regionen, AEEG und Regierung, am besten auszunützen.

4.3 Die Vollendung des Liberalisierungsprozesses

Seit dem 1. Juli 2007 gilt der Liberalisierungsprozess des Strommarkts als abgeschlossen.³⁰⁴ Ab diesem Datum sind alle Stromabnehmer, unabhängig von ihrem Stromverbrauch, dazu berechtigt, dem liberalisierten Strommarkt beizutreten und den Stromversorger auf dem freien Markt zu wählen. Die dadurch erneuerte Marktlage benötigte eine umfangreiche Änderung des Regulierungsrahmens, die per Gesetzesdekret Nr. 73/07 und dessen Umsetzungsgesetz Nr. 125/07³⁰⁵ erfolgte.

Vor allem fordert das Gesetz von jedem Versorgungsunternehmen mit mehr als 100.000 Kunden innerhalb von hundertachtzig Tagen seit seinem Inkrafttreten die Entflechtung des Netzbetriebes von der Stromversorgung durch die Gründung einer oder mehrerer getrennten Gesellschaften für den Stromhandel,³⁰⁶ ferner räumt Art. 1, Abs. 2 Gesetz Nr. 125/07 jedem Stromabnehmer das Recht ein, vom bestehenden Versorgungsvertrag zurücktreten und einen neuen Stromversorger auf dem Markt auszuwählen.

Die ausführliche Regelung für die Ausübung dieses Rechts enthält der AEEG-Beschluss Nr. 144/07³⁰⁷, der unter anderem das Rücktrittsrecht für den Strom- und Gasmarkt harmonisiert.

Bei der Vollendung des Liberalisierungsprozesses wurde dem Rücktrittsrecht besonderer Wert beigemessen, denn dieses stellt die erste Voraussetzung für die

³⁰⁴ Dieses Datum wurde in Art. 21 der Richtlinie 2003/54/EG als finale Etappe der schrittweisen Öffnung mitgliedstaatlicher Energiemärkten festgelegt und dann in Art. 1, Abs. 30 Gesetz Nr. 239/04 übernommen.

³⁰⁵ Gesetzesdekret vom 18 giugno 2007, n. 73: "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia", in Gazzetta Ufficiale n. 139 vom 18 giugno 2007, und dessen Umwandlungsgesetz vom 3 agosto 2007 n. 125: "Conversione in legge con modificazioni del decreto-legge 18 giugno 2007 n. 73, recante misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia", in Gazzetta Ufficiale vom 14 agosto 2007 n. 188.

³⁰⁶ Art. 1, Abs. 1, D.L. 73/2007.

³⁰⁷ Delibera del 25 giugno 2007, n. 144/07: „Disciplina del recesso dai contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h) della legge 14 novembre 1995, n. 481“, geändert durch Del. ARG/com 79/08.

Ausübung der Auswahlmöglichkeit von Stromkunden dar und trägt insofern zu der Wettbewerbsdurchsetzung auf dem Strommarkt bei. Insbesondere in der Übergangsphase zur vollen Liberalisierung besteht die Gefahr, dass Stromkunden aufgrund ungünstiger Vertragsvereinbarungen vom Versorgerwechsel abgehalten werden. Um diese Gefahr zu beseitigen, wurde per AEEG-Beschluss Nr. 144/07 eine entsprechende Regelung erlassen: hier wird ein Unterschied durchgeführt zwischen Kunden, die bisher in dem gebundenen Markt bedient wurden und Kunden, die schon den freien Markt betreten haben. Im ersten Fall wird eine Kündigungsfrist von einem Monat bestimmt; dies gilt für alle Stromabnehmer, nicht nur für Haushaltskunden, unabhängig von ihrem Stromverbrauch.³⁰⁸ Für den zweiten Fall ist das Rücktrittsrecht unterschiedlich geregelt: nicht über einen Monat Vertragskündigung für Haushaltskunden,³⁰⁹ nicht über drei Monate für Nicht-Hausaltskunden.³¹⁰ Die Vertragskündigung muss nach Art. 5 Del. 144/07 schriftlich erfolgen. Art. 6 Del. 144/07 regelt den Fall einseitiger Vertragskündigung durch das Versorgungsunternehmen: die Frist beträgt in diesem Fall sechs Monate und kann nicht gegenüber geschützten Kunden ausgeübt werden.

Das Gesetz Nr. 125/07 berücksichtigt auch den Fall, dass insbesondere in der ersten Phase der Marktöffnung nicht jeder Stromabnehmer die Chancen des freien Markts wahrnehmen möchte und sich nicht für einen neuen Stromversorger entscheidet. Für solche Fälle sind der *geschützte Dienst* (servizio di maggior tutela) und der *überwachte Dienst* (servizio di salvaguardia)³¹¹ eingeführt worden, die dazu dienen, die Kontinuität der Leistungserbringung für Stromkunden zu gewährleisten.

Der *geschützte Dienst* richtet sich an Haushaltskunden und Unternehmen mit Einspeisungspunkten in Niederspannung, die weniger als 50 Mitarbeiter und einen Jahresumsatz oder eine Bilanzsumme von weniger als 10 Millionen Euro haben.³¹² Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, bleibt das lokale Verteilungsunternehmen weiterhin für die Belieferung verantwortlich und die

³⁰⁸ Art. 3, Del. AEEG n. 144/07.

³⁰⁹ Art. 4 Abs. 1, Del. AEEG n. 144/07.

³¹⁰ Art. 4 Abs. 2, Del. AEEG n. 144/07.

³¹¹ Siehe dazu Del. AEEG Nr. 337/07: „Disposizioni per l'erogazione del servizio di vendita dell'energia elettrica di salvaguardia di cui alla legge 3 agosto 2007, N. 125/07, in attuazione del decreto del Ministro dello Sviluppo Economico 23 novembre 2007“.

³¹² Art. 1, Abs. 2, L. 125/07.

Strombeschaffung erfolgt durch den Alleinabnehmer (*Acquirente Unico S.p.A.*).³¹³
Die wirtschaftlichen Bedingungen des *geschützten Diensts* wurden von der Regulierungsbehörde durch Beschluss Nr. 156/07 festgelegt.³¹⁴

Zum Zwecke der Identifizierung der Nicht-Haushaltskunden in Niederspannung mit Anspruch auf den *geschützten Dienst*, müssen diese Kunden gemäß den Vorgaben der Aufsichtsbehörde aufgefordert werden, dem Betreiber die entsprechende Ersatzerklärung einzureichen. Sollte die Ersatzerklärung auch nach weiterer Aufforderung des Betreibers noch ausständig sein, wird der betroffene Kunde von Seiten des Betreibers weiterhin nach den Vorschriften für den geschützten Markt beliefert, kann aber auf Initiative der AEEG Kontrollen von Seiten der zuständigen Behörden (z. B. Steuerfahndung, Finanzwache) unterzogen werden, um festzustellen, ob er die Voraussetzungen für die Anwendung der Bedingungen des geschützten Markts auch tatsächlich erfüllt. Sollte sich im Rahmen dieser Kontrollen herausstellen, dass der Kunde die Voraussetzungen für die Belieferung zu den Bedingungen der geschützten Markts nicht erfüllt, und vorbehaltlich sämtlicher weiterer vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen (auch strafrechtlicher Natur), wird er den Bedingungen des *überwachten Diensts* (servizio di salvaguardia) unterworfen, dessen wirtschaftliche Bedingungen nicht von der AEEG, sondern vom Anbieter des Dienstes selbst festgelegt werden und daher potentiell höhere Kosten nach sich ziehen. Darüber hinaus ist der Kunde dazu verpflichtet, dem Betreiber des *geschützten Diensts* für den Zeitraum zwischen der Erinnerung an die Antwort und dem Austreten aus dem *geschützten Dienst*, die Differenz – sofern positiv – zwischen den Beträgen, welche unter Anwendung der Bedingungen des *überwachten Dienstes* und den Beträgen, die unter Anwendung der wirtschaftlichen Bedingungen des geschützten Dienstes geleistet wurden, zu erstatten.

Nach Art. 1 Abs. 2, Gesetz Nr. 125/07 fallen unter den *überwachten Dienst* diejenigen Stromabnehmer, die den freien Markt noch nicht betreten haben und auch

³¹³ Der Mustervertrag über den Stromverkauf zwischen A.U. S.p.A. und Verteilungsunternehmen zum Ziel der Belieferung von Stromkunden unter dem geschützten Dienst wurde durch Delibera ARG/elt 76/08 geregelt: „Approvazione del contratto tipo di cessione dell’energia elettrica agli esercenti la maggior tutela da parte della società Acquirente Unico S.p.A.“ gebilligt. Dazu siehe auch Del. ARG/elt 208/10: „Disposizioni in materia di contratto di cessione dell’energia elettrica agli esercenti la maggior tutela da parte di Acquirente Unico S.p.A. e modifiche al T.I.V.“

³¹⁴ Delibera n. 156/07, del 27 giugno 2007: „Approvazione del Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas per l’erogazione dei servizi di vendita dell’energia elettrica di maggior tutela e salvaguardia ai clienti finali ai sensi del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73/07“. Geändert durch Del. ARG/elt 208/10.

keinen Anspruch auf den *geschützten Dienst* haben. In den *überwachten Dienst* sind auch Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von mehr als 10 Millionen Euro sowie Endkunden, die kurzzeitig ohne Stromversorger bleiben, übernommen worden. Unternehmen, die den *überwachten Dienst* leisten, werden nach öffentlicher Ausschreibung auf territorialer Basis für einen Zeitraum von 2 Jahren ausgewählt. Das Ausschreibungsverfahren wird durch den *Acquirente Unico S.p.A.* durchgeführt. Bei der Festlegung von Standardbedingungen für den *geschützten Dienst* und für den *überwachten Dienst* muss die Regulierungsbehörde die gemeinschaftlichen Vorgaben bezüglich des Universaldienstes nach Art. 3.3 Richtlinie 2009/72/EG beachten.³¹⁵ Demzufolge muss der Staat allen Haushaltskunden und Kleinunternehmen, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mo. EUR, die Grundversorgung sicherstellen, d.h. eine Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten und nichtdiskriminierenden Preisen.

Mit der Vollendung des Liberalisierungsprozesses durch die Öffnung des freien Markt für alle Haushaltskunden nimmt auch das Lauterkeitsrecht erheblich an Bedeutung zu, weil es wichtig ist, um das Vertrauen von Stromkunden auf dem Markt zu stärken, indem sie über ausführliche und korrekte Informationen verfügen können. Zu diesem Ziel hat die AEEG eine entsprechende Regelung eingeführt, die sich insbesondere auf die Informationspflichten bei Geschäftsangeboten fokussiert. Die Regelung ist in dem *Codice di condotta commerciale*³¹⁶ enthalten: Diese spezielle Regelung soll den Vergleich von kommerziellen Angeboten vereinfachen und dadurch die Mobilität von Kunden auf dem Markt beschleunigen.

Hinsichtlich der Implementierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen aus Art. 3.3 Richtlinie 2009/72/EG kommt auch dem Ministerium für Wirtschaftsentwicklung eine besondere Rolle zu, indem es die Förderung von freiwilligen Vertretungskörpern von Endabnehmern, sowohl Haushaltskunden als auch kleinen

³¹⁵ Art. 1 Abs. 3, Gesetz Nr. 125/07.

³¹⁶ Delibera AEEG vom 30. Mai 2006 Nr. 105/06: „Approvazione del codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti finali e modifiche al Codice di condotta commerciale per la vendita di gas naturale ai clienti finali di cui alla deliberazione 22 luglio 2004, n. 126/04“. Dazu siehe weiter.

oder mittleren Stromabnehmern, vorantreibt, um dadurch ihre Verhandlungsmacht gegenüber Stromhändlern zu verstärken.³¹⁷

4.4 Vom Leistungsstaat zum Regulierungsstaat: Entstehung und Funktionen der AEEG

Die Gründung sektorspezifischer Regulierungsbehörden für strategische Wirtschaftszweige stellte eine der wichtigsten Anforderungen des Gesetzgebers während der Privatisierungswelle der neunziger Jahre dar. Dementsprechend musste nach Art. 1-bis, Gesetzesdekret Nr. 474/94³¹⁸ bereits vor Abschaffung der staatlichen Teilnahme an Unternehmen von besonderer Relevanz für die nationale Wirtschaft, eine entsprechende Behörde gegründet werden, die die Regulierung von Tarifen und Qualitätsstandards sowie die Überwachung des Sektors übernehmen sollte. Zur Ausübung der genannten regulatorischen Funktionen im Energie- und Gassektor wurde die „*Autorità per l'energia elettrica e il gas*“³¹⁹ beauftragt, deren Gründung durch das Gesetz vom 14. November 1995, Nr. 481³²⁰ betreffend allgemeine Vorschriften zur Regulierung öffentlicher Dienstleistungen erfolgte.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 des Gründungsgesetzes besteht die institutionelle Aufgabe der Regulierungsbehörde darin, die Förderung von Wettbewerb, Effizienz, Qualität bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sowie deren Zugänglichkeit und die

³¹⁷ Art. 1, Abs. 2-bis, Gesetz Nr. 125/07.

³¹⁸ Legge vom 30. Juli 1994, Nr. 474: „Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni“.

³¹⁹ Dazu *Roversi Monaco F.A.*, L'autorità per l'energia elettrica e il gas, in: *Bruti Liberati E.- Donati F.* (Hrsgs.), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, 2007, S. 59 ff.; siehe auch *Gentile G.*, *La strada italiana al mercato europeo dell'energia elettrica*, in: *Rass. giur. en. el.*, 1999, S. 116 ff.

³²⁰ Legge 14 novembre 1995, n. 481: „Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità“. Siehe dazu AA. VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, Milano, 1996; *Lombardi R.*, *Prime osservazioni sulle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Dir. econ.* 1996, S. 435 ff.; *Vetrò F.*, *Le autorità indipendenti di regolazione: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2001, S. 453 ff.. Die Gründung der *Autorità per l'energia elettrica e il gas* ging die europäischen Vorgaben voran, denn erst 2003, mit der Beschleunigungsrichtlinie (Art. 23, RiL. 2003/54/EG) entstand für Mitgliedstaaten die Pflicht auf Errichtung von Regulierungs- und Kontrollbehörden. Dazu siehe, *Cameron P. D.*, in: *ders.*, *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, 7, 19 ff.; zu den Aufgaben der AEEG in Italien *Caiazza R.*, ebd., S. 225, 250.

homogene Flächendeckung des Landes zu gewährleisten. Darüber hinaus hat die Behörde ein sicheres und Transparentes Tarifsystem sicherzustellen und den Kundenschutz voranzutreiben. Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten muss die Behörde die gemeinschaftlichen Vorgaben sowie die von der Regierung erlassenen Leitlinien beachten.

Um ihrer institutionellen Aufgabe nachzugehen, verleiht das Gründungsgesetz der *Autorità per l'energia elettrica e il gas* breite Befugnisse. Gegenüber der Regierung übt die AEEG eine Informations- und Beratungsfunktion aus, auch hinsichtlich der Umsetzung gemeinschaftlicher Vorgaben. Darüber hinaus legt die Behörde Vorschläge zur Änderung der Rechtsvorschriften vor, wenn es nach der technologischen Entwicklung, der Wandlung der Marktslage oder des gemeinschaftlichen rechtlichen Rahmens nötig wird (Art. 2 Abs. 12 lit. a) Gesetz Nr. 481/95) und legt den zuständigen Ministern Entwürfe für die Erneuerung oder Abänderung von Konzessionen, Konventionen und Programmverträgen vor (lit. b). Im Rahmen ihrer Überwachungsfunktion des Sektors wacht die Behörde darüber, dass die Zugangsbedingungen für Dienstleister mit Rücksicht auf das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip gesichert werden (lit. c). Sie schlägt Änderung der Klauseln von Konzessionen und Konventionen vor und legt technisch-wirtschaftliche Bedingungen für Netznutzung und -zugang fest (lit. d). Darüber hinaus legt die Behörde, je nach Marktentwicklung, den Basistarif fest sowie alle Parameter und weitere Komponenten für seine Bestimmung: die Tariffierung muss darauf gerichtet sein, wirtschaftliche Interessen von Elektrizitätsunternehmen und allgemeine Ziele der Sozialpolitik und des Umweltschutzes in Einklang zu bringen (lit. e). Die AEEG führt Untersuchungsverfahren durch, holt die dazu notwendigen Unterlagen ein und bestimmt die Höhe der Entschädigung zugunsten des Kunden bei Nichteinhaltung vertraglicher Vereinbarungen oder bei Leistungserbringung von niedriger Qualität (lit. g). Die Behörde erlässt Richtlinien betreffend die Leistungserbringung und bestimmt die allgemeinen und spezifischen Standards: dabei führt sie Anhörungen der Vertretungsorganisationen von Dienstleistern und Verbrauchern durch (lit. h). Sie bekommt Beschwerden, Anforderungen und Meldungen von Kunden betreffend Nichteinhaltung festgelegter Qualitäts- und Tarifs niveaus und beschließt, wenn nötig, die Abänderung des *Regolamento di servizio* (lit. m). Sie prüft Qualität und Effizienz der Leistungen und überprüft, dass die von Dienstleistern getroffenen

Maßnahmen zur Gewährleistung des Gleichbehandlungsgebots und der Regelmäßigkeit der Leistung tatsächlich dazu geeignet sind. Sie trägt zur Vereinfachung von Prozeduren und zur Teilnahme von Nutzern an der Leistungserstellung bei (lit. n). Weiterhin schlägt sie dem zuständigen Minister den Widerruf oder die Aussetzung von Konzessionen vor (lit. o).

Das Gesetz räumt der Behörde breite Befugnisse gegenüber Dienstleistern ein: Nach Art. 2 Abs. 20 Gesetz Nr. 481/95 kann die Behörde bei der Ausübung ihres Dienstes von Energieunternehmen die Übermittlung von Akten und alle sonstige Informationen anfordern, die sie für zweckdienlich hält (lit. a), Kontrollen über die Rücksichtnahme des *Regolamento di servizio* durchführen (lit. b) und Sanktionen bei Nichteinhaltung ihrer Bestimmungen, Nichterfüllung von Anforderungen oder bei fehlenden Informationen oder deren fehlerhaften Übermittlung verhängen (lit. c). Die Behörde ordnet die Unterlassung von gegen die Nutzerrechte stoßenden Handlungen und die Zahlung von Entschädigungen nach Art. 2 Abs 12 lit. g) an (lit. d). Im Rahmen von Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren kann die Behörde vorübergehende Maßnahmen zur Gewährleistung der Regelmäßigkeit der Leistungserbringung oder zur Aufhebung von Misshandlungen treffen (lit. e).

Zur Ausübung ihrer Zuständigkeiten stehen der Behörde folgende Handlungsformen zu Verfügung: *provvedimenti* bzw. *delibere*³²¹, *documenti di consultazione*³²², *pareri*³²³ und *segnalazioni*³²⁴. Vielfach wird die AEEG durch Gesetz oder Verordnung zum Erlass der Ausführungsvorschriften ermächtigt. Für die Vertragspraxis haben insbesondere die *delibere* der Behörde weitreichende Bedeutung, weil aus den Beschlüssen die detaillierte Regelung der Energierechtsverträge zu entnehmen ist.

Um die Regulierungsfunktion des Markts am besten zu erfüllen, genießt die *Autorità per l'energia elettrica e il gas* volle Selbstständigkeit und Unabhängigkeit von politischen Organen.³²⁵ Die Behörde besteht aus einem Präsidenten und vier Mitgliedern, die auf Grundlage höchster Kompetenz und Professionalität im Energiesektor für die Dauer von 7 Jahren gewählt werden. Während dieser Zeit dürfen sie keine weiteren professionellen Aufgaben im Bereich der Energiewirtschaft

³²¹ Beschlüsse.

³²² Weiterführende Dokumente.

³²³ Gutachten.

³²⁴ Stellungnahmen.

³²⁵ Art. 2 Abs. 5 Gesetz Nr. 481/95.

ausüben.³²⁶ Die Behörde wird durch jährliche Beiträge von den Unternehmen des Energiesektors finanziert.³²⁷

Mit der Öffnung des Energiemarkts wächst natürlich auch die Rolle der Wettbewerbsbehörde AGCM³²⁸ (*Autorità Garante della concorrenza e del Mercato*). Die Behörde greift jedes Mal ein, wenn ein Verstoß gegen das Wettbewerbsgesetz stattfindet. Die Zusammenarbeit zwischen AEEG und AGCM ist ausdrücklich im Art. 2 Abs. 33 Gesetz Nr. 481/95 vorgesehen und in dem Bericht aus dem Jahr 2005³²⁹ näher illustriert. Nach Art. 2 Abs. 33 Gesetz Nr. 481/95 muss die Regulierungsbehörde jeden Verstoß gegen das Wettbewerbsgesetz der Wettbewerbsbehörde mitteilen. Der Bericht legt einleuchtend und verständlich die Merkmale kartellrechtlicher Tatbestände auf dem Energiemarkt dar: die marktbeherrschende Stellung des Energieunternehmens wird aus der Unternehmensgröße, der infrastrukturellen Ausstattung und den Standorten der Kraftwerke entnommen. Das eindeutige Zeichen solcher beherrschenden Stellung auf dem Markt besteht darin, dass das Unternehmen dauerhaft und bezüglich einer relevanten Nachfragenquote als zentraler Akteur für die Preisfestsetzung auf dem Stromerzeugungsmarkt agiert. Der Missbrauch ist dagegen darin zu sehen, dass das Unternehmen seine Marktmacht ausnutzt, um die Marktlage zu verfälschen und die Konkurrenz zu vernichten.³³⁰

Nach der gesetzlichen Rollenteilung besteht also die institutionelle Funktion der sektorspezifischen Regulierungsbehörde in der *ex-ante* Feststellung von Vorschriften, die die Verhaltensregulierung ausmachen, die also darauf abzielen, das Verhalten von Marktteilnehmern untereinander zu überwachen und zu führen, während die Abschaffung und Sanktionierung von wettbewerbswidrigen Handlungen der AGCM überlassen ist. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob eine Stärkung der Durchsetzungsmacht der AEEG wünschenswert wäre, um die Effektivität der

³²⁶ Art. 2 Abs. 8 Gesetz Nr. 481/95.

³²⁷ Art. 2 Abs. 38 Gesetz Nr. 481/95, und Delibera AEEG Nr. 143/07: „Modalità di contribuzione agli oneri di funzionamento dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas“. Zu der Finanzierung der Behörde siehe „Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze 21.7.2005, Art. 1“.

³²⁸ Gegründet durch Art. 10, Gesetz vom 10. Oktober 1990 Nr. 287: „Norme per la tutela della concorrenza e del mercato“.

³²⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas: Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione dei settori dell’energia elettrica e il gas, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l’Informazione e l’Editoria, maggio 2005.

³³⁰ Vorbildlich sind die Fälle «Unapace/Enel» in: Bollettino 13-14/1999 und «Enel Trade/clienti idonei» in: Bollettino 48/2003.

Regulierung zu steigern, die Prozeduren zu beschleunigen und potentielle Konflikte mit der AGCM zu vermeiden. Auf die Zusammenarbeit zwischen AEEG und AGCM verweist zuletzt Art. 46 des Legislativdekrets Nr. 93/2011³³¹, der die Richtlinie 2009/72/EG³³² ins nationale Recht umgesetzt hat. Über eine allgemeine und gegenseitige Unterstützung innerhalb der jeweiligen Kompetenzen zum Ziel der effizienten Regulierung der Energiemärkte und des Kundenschutzes sieht die Norm gemeinsame Ermittlungsverfahren, Meldungen und Informationsaustausch vor. Nach Art. 46 Abs. 3, Legislativdekret Nr. 93/2011 muss die Kooperation zwischen den Behörden aufgrund von entsprechenden Absichtserklärungen erfolgen. Darüber hinaus muss die *Autorità per l'energia elettrica e il gas* mit der ACER, mit anderen nationalen Regulierungsbehörden und mit der Europäischen Kommission kooperieren, um die Entwicklung wettbewerblicher, sicherer und umweltverträglicher Energiemärkte voranzutreiben, die effektive Marktöffnung für alle Kunden und Unternehmen zu fördern und das effiziente Netzfunktionieren zu gewährleisten (Art. 46, Abs. 4 Legislativdekret Nr. 93/2011).

4.4.1 Die Preisbildung auf dem regulierten Energiemarkt

Die Universalität der Leistung und der Einheitstarif nach Abnehmerkategorie waren die Gründe, die historisch zur Nationalisierung der Energieversorgung geführt haben. Es wundert also nicht, dass die große Umwandlung der Energiewirtschaft mit dem Wachstum des Pro-Kopf-Einkommens, aber auch mit der technologischen Entwicklung und somit mit der Reduzierung von Erzeugungskosten in enger Verbindung steht.

Mit der Umstellung der Energiewirtschaft wurden neue Formen der Preisregulierung eingeführt, die durch die Kostenbezogenheit der Tarife gekennzeichnet sind und

³³¹ Decreto legislativo del 1 giugno 2011, n. 93: „Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE.“

³³² Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

darauf abzielen, mehr Transparenz auf dem Markt zu schaffen, sowie erschwängliche Preise für sozial schwächere Bevölkerungsschichten zu gewährleisten.³³³ Nach dem alten Preissystem waren die Preise nicht den realen Produktionskosten angepasst, sondern derart strukturiert, dass die wirtschaftliche Ineffizienz des Monopolisten gedeckt sein konnte, um die Stabilität des ganzen Systems zu gewährleisten: dadurch konnten Interessen des Monopolisten geschützt, seine eventuellen Ineffizienzen gedeckt und sonstige Entwicklungsstrategien unterstützt werden, was jedoch nicht selten zu Lasten der Stromabnehmer ging. Erst mit dem Liberalisierungsprozess wurde eine neue Tarifpolitik eingeführt, die durch die kostenbezogene Preisfestsetzung gekennzeichnet ist. Nur diese ermöglicht es, Markteffizienz voranzubringen, Wettbewerb durchzusetzen und gleichzeitig die Rentabilität der Betreiber zu gewährleisten. Dadurch werden auch die Kunden insofern geschützt, als zu den Preisen keine externe Komponenten anfallen, die nicht unmittelbar an die Leistungserbringung gebunden sind.³³⁴

In der Systematik des Gesetzes Nr. 481/95 spielt die Tarifgestaltung³³⁵ eine sehr wichtige Rolle, indem sie als Instrument zur Harmonisierung der Rentabilität der wirtschaftlichen Tätigkeit mit allgemeinen volkswirtschaftlichen Belangen, wie Wettbewerb, Effizienz und Qualität sowie Umweltschutz bei der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen betrachtet wird.³³⁶ Insofern wird die Tarifierung für die Erreichung von politisch bestimmten Zielen instrumentalisiert.

Um dies alles zu erreichen, muss die Tarifierung nach einem System gestaltet werden, das auf im Voraus festgelegten Kriterien basiert und bei dem Sicherheit und Transparenz im Vordergrund stehen. Diesen Bedingungen entspricht die *price cap*-Regulierung – oder Anreizregulierung.³³⁷ Das *price cap* ist ein Mechanismus, nach

³³³ Siehe *Napolitano G.*, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001, S. 307 ff.

³³⁴ Siehe *Cartei G.F.*, *Il servizio universale*, Giuffrè Ed., Milano, 2002, S. 194 ff.

³³⁵ Siehe dazu den Kommentar von *Gola M.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, S. 366 ff.

³³⁶ Art. 1 Abs. 1 Gesetz. Nr. 481/95: «Le disposizioni della seguente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienze nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati „servizi“, nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizione di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi degli utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse.»

³³⁷ Anfang der achtziger Jahren wurde das Regulierungsverfahren des *price cap* aus Unzufriedenheit mit den herkömmlichen Regulierungsmethoden, den so genannten „cost plus“-Methoden, entwickelt. Gegen diese wurde die Kritik erhoben, dass sie ihrer Struktur nach, der Produktivitätsverbesserung

dem die maximale prozentuale Anpassung der Tarife nach Inflationsverlauf und nach der Erfüllung von vorgenommenen Produktivitätszielen bestimmt wird. Dabei gilt als Basistarif der Tarif, der in dem Zeitpunkt, in dem die price cap-Regulierung anfängt, den Ausgleich zwischen Kosten, Gewinnen und der Rendite des eingesetzten Kapitals sichert. Der Basistarif muss also ausgewogen sein, weil andernfalls für das Unternehmen die Leistungserbringung wirtschaftlich unzumutbar wäre. Dadurch gelingt es der price cap-Regulierung, den Preissetzungsspielraum marktmächtiger Unternehmen einzuschränken, da sie die Strompreiserhöhungen der Produktivitätssteigerung unterstellt: der Regulierer begrenzt für einen mehrjährigen Zeitraum die jährliche Erhöhungsrates des Tarifniveaus durch die Einführung einer Obergrenze, die der allgemeinen Kosteninflation, abzüglich eines Produktivitätsfaktors, entspricht. Innerhalb der festgelegten Obergrenze werden den Unternehmen die Tarifsteigerungen automatisch genehmigt. Dieses System schützt die Nutzer vor ungerechtfertigten Erhöhungen des Tarifniveaus und bietet gleichzeitig den Unternehmen Anreize zur Verbesserung des Dienstleistungsangebots. Insofern stellt die price cap-Regulierung ein Tarifsysteem, das effizienter und wenig eingreifend als das *fair rate of return* ist, indem sie Innovation und Effizienz fördert.³³⁸ Die korrekte Anwendung der Anreizregulierung soll es ermöglichen, dass die legitimen Erwartungen von Unternehmen einer rentablen Bewirtschaftung nicht durch Entscheidungen beeinträchtigt werden, die der Erfüllung sozialer Zielsetzungen unterstehen, wie etwa die Sicherstellung einer gewissen Leistungsqualität zu erschwinglichen Preisen und einer möglichst weitgehend flächendeckenden Leistungserbringung.

nicht beitragen können. Die price cap-Regulierung basiert dagegen auf der ex ante Festlegung von Regulierungsbeschränkungen, so dass Unternehmen während der Regulierungsperiode von jeder Effizienzverbesserung unmittelbar profitieren können, indem sie die damit einhergehenden Gewinne behalten dürfen. Diese Anreizformel bewegt Versorgungsunternehmen konkret zur Effizienzsteigerung und zu einer besseren Allokation der Ressourcen. Dies trägt nicht nur zur Erhöhung der Produktivität für einzelne Unternehmen, sondern auch zur Verbesserung der Leistungserbringung zugunsten der Stromabnehmer bei. Ein weiterer Vorteil der price cap – Regulierung besteht darin, dass sie dem Unternehmen einen hohen Grad an Flexibilität bei der Gestaltung der Preisstruktur ermöglicht, indem die Bestimmung der einzelnen Preiskomponenten dem Unternehmen völlig überlassen wird, solange die price cap-Regel erfüllt ist. Diese Flexibilität kann jedoch auch negative Folgen herbeiführen, wie zum Beispiel unerwünschte Verteilungseffekte, denn kleinere Konsumenten müssen relativ höhere Preise im Vergleich zu Großkunden bezahlen. Dadurch entsteht ein Spannungsfeld zwischen Effizienz und Verteilung. Für eine Kritik der price cap-Regulierung und die möglichen Alternativen für die nächste Zukunft siehe *Crea G.*, Price cap tra utilità e paradosso, MCR 2/2003, S. 367 ff.

³³⁸ Siehe dazu *La Spina A.-Majone G.*, Lo Stato regolatore, Bologna, Il Mulino, 2000, S. 71.

Die Einführung der price cap-Regulierung stellt das Ergebnis einer grundlegenden Reform der Tarifierung im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen dar. Anreize zu der Reform in den letzten Jahren gab die Notwendigkeit einer Rationalisierung der staatlichen Ausgaben insbesondere durch die Reduzierung der Kosten für die Deckung von Soziallasten.³³⁹ Die Erfahrung der unternehmerischen Betätigung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch öffentliche Unternehmen unter einem monopolistischen Regime erweist sich als Misserfolg, weil nicht nur aufgrund fehlenden Drucks, sondern auch wegen der hohen Kosten von Gemeinwohlverpflichtungen, diese Unternehmen ineffizient produzierten. Dies hat sich letztendlich infolge der Privatisierungs- und Wettbewerbseinführung geändert. Durch die price cap-Regulierung wird gesichert, dass weder den Unternehmen noch den Bürgern die potentiellen negativen Externalitäten, die aus der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen entstehen, angelastet werden. Diese Kosten werden dagegen von allen Nutzern dadurch getragen, dass die Festsetzung der Tarife auch solche Komponenten berücksichtigt, die nicht leistungsorientiert sind, sondern der Deckung der Wohlfahrtskosten dienen.

Die price cap-Regulierung stellt eine Form von Ex-ante-Regulierung dar: dadurch, dass die Parametern des Regulierungsrahmens – und das durchschnittliche maximale Preisniveau - ex ante festgesetzt sind, wird während der Regulierungsperiode nicht mehr in die Tarife eingegriffen. Dem regulierten Unternehmen ist es erlaubt, die erzielten Gewinne zu behalten, unter der einzigen Voraussetzung, dass es sich an die Regulierungsrestriktion hält. Insofern unterscheidet sie diese Regulierung von anderen Preisregulierungsformen, wie etwa die cost plus-Ansätze, wonach das erlaubte Preisniveau von den realisierten Kosten bestimmt wird, so dass bei Kostensenkungen auch der Preis gesenkt werden muss: dieses Modell entspricht eher einer Form von ex-post-Regulierung.

Nach Art. 3 Abs. 2, Gesetz Nr. 481/95 wird landesweit eine einheitliche Tarifierung nach Abnehmerkategorien eingeführt, die durch die Regulierungsbehörde festgelegt und jährlich nach den Marktbedingungen und der Inflationsrate angepasst werden.³⁴⁰ Die Kriterien für die Festsetzung der Tarife sind im Art. 2 Abs. 17, 18 und 19 des

³³⁹ Der erste Schritt in diese Richtung wurde durch Art. 12 Abs. 4 lit. d), L. 23 dicembre 1992, n. 498: „Interventi urgenti in materia di finanza pubblica“ (Dringende Maßnahmen im Bereich öffentlicher Finanzen), betreffend lokale öffentliche Dienstleistungen geschaff.

³⁴⁰ Art. 2 Abs. 12, l. e), Gesetz Nr. 481/95.

Gesetzes Nr. 481/95 festgelegt: die Energiebehörde ist dafür zuständig, alle maßgeblichen Kriterien festzusetzen und die Bezugsparameter zu typisieren, die für die korrekte Anwendung der price cap-Regulierung notwendig sind. Dazu zählen beispielsweise Qualitätsgewinnung im Vergleich zu den festgelegten Standards, eine Änderung des normativen Rahmens sowie der Gemeinwohlverpflichtungen; Kosten, die aus außergewöhnlichen und unberechenbaren Ereignissen entstehen oder Kosten, die für die Einführung von gezielten Eingriffen zur Nachfragekontrolle und –führung nach allokativer Effizienz entstehen.³⁴¹

Bei der Festsetzung der Tarife sind nach dem genannten Gesetz die wirtschaftlichen Interessen der Energieunternehmen immer zu berücksichtigen: aus diesem Grund sind besondere Maßnahme zur Deckung der Kosten vorgesehen, die aus der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen entstehen.³⁴² Die Behörde prüft die Kosten jeder einzelnen Leistung und führt dabei die Trennung der einzelnen Preiskomponenten durch; daraus ergibt sich eine Disaggregation der Kosten der Leistungserbringung nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, wobei Leistungsart, geografische Lage, Kundenkategorie und Gemeinwohlverpflichtungen berücksichtigt werden. Diese Kosten werden dann auch mit ähnlichen Kosten in anderen Ländern verglichen und die dadurch erhaltenen Daten veröffentlicht.³⁴³

Nach Art. 3 Abs. 4 Gesetz 481/95 nehmen die Energieunternehmen an der jährlichen Änderung der Tarife teil: bis zum 30. September jeden Jahres wird ihr Vorschlag vorgelegt, der von der Autorität evaluiert werden muss; ihre Initiative ist erforderlich, um überhaupt die Anpassungsprozedur einzusetzen. Die Tarifierung wird dann bis zum 31. Dezember geändert und gilt ab 1. Januar des nachfolgenden Jahres. Bei dieser Prozedur haben Unternehmen viel mehr als eine reine „Initiativfunktion“: über die Vorschlagsfunktion hinaus üben sie eine fast programmatische Funktion aus, indem sie quasi über die Kompetitivität ihrer Firmen auf dem Markt wetten, wo realer Wettbewerb fehlt. Aus der Tatsache, dass Unternehmen selbst in die Prozedur der Tariffestsetzung miteinbezogen sind, folgt, dass die Festlegung der Preise als Ergebnis einer verhandelten Prozedur anzusehen ist. Die Effizienz des gesamten Systems basiert auf der korrekten Evaluierung der Parameter, nach denen die Preisobergrenze festgelegt wird, insbesondere betreffend

³⁴¹ Art. 2 Abs. 19, Gesetz Nr. 481/95.

³⁴² Art. 2 Abs. 12 lit. e) und Art 3, Abs. 6, Gesetz Nr. 481/95.

³⁴³ Art. 2 Abs. 12 lit. f), Gesetz Nr. 481/95.

die Leistungserbringung. Dazu werden technisch-wirtschaftliche Kenntnisse benötigt, die manchmal der Behörde fehlen könnten. Aus diesem Grund sind die Informationen, die aus den Energieunternehmen stammen, von höchster Relevanz. Von großer Bedeutung ist auch die Kontrolle von Seiten der Nutzer und Verbraucher, deren aktive Teilnahme (wenn auch nicht ausdrücklich) Teil der Prozedur, einen relevanten Beitrag bei der Festlegungsprozedur leistet.³⁴⁴

Die Anwendung der price cap-Regulierung beschränkt den Ermessungsspielraum der Behörde erheblich, weil die Methode für die Preisfestlegung, wie auch die dazu angewendeten Kriterien, im Voraus gesetzlich bestimmt werden.

Von Bedeutung ist Art. 2 Abs. 12 lit. e) des Gesetzes, wonach die Behörde den Basistarif, die Parameter und die anderen Parameter für die Bestimmung der Tarife nach Abs. 17, 18, 19 sowie die Modalitäten der Kostendeckung von allgemeinen Belastungen festsetzt und erneuert. Mit Bezug auf den Art. 2 Abs. 21 Gesetz Nr. 481/95 fördert die Regierung Maßnahmen, die eine graduelle Senkung der Tarife nach im Voraus festgesetzten Kriterien voranbringen, um dadurch strategische Entscheidungen der Unternehmen zur Erhöhung von Investitionen und Einführung von neuen Technologien in der Perspektive langzeitiger Nachhaltigkeit herbeizuführen.³⁴⁵

Bei der Festsetzung der Tarife sind auch soziale Kriterien zu berücksichtigen; dementsprechend sind spezielle Stromtarife für sozial schwächere Energieverbraucher vorgesehen.³⁴⁶

Der Schutz von sozial schwächeren Haushaltskunden bildet einen zentralen Punkt der Reform der Tarifierung nach Vollendung des Liberalisierungsprozesses des Energiemarktes seit dem 1. Juli 2007. Die Regierung hat dieser Anforderung durch das Ministerialdekret vom 28. Dezember 2007³⁴⁷ und durch Gesetzesdekret 185/08³⁴⁸

³⁴⁴ Art. 2 Abs. 12 litt. d) e) und m) Gesetz Nr. 481/95.

³⁴⁵ Documento di programmazione economico-finanziaria per gli anni 2002-03, p. 35: «a tal fine il modello tariffario dovrà consentire alle imprese di beneficiare di eventuali ulteriori recuperi di efficienza ottenuti all'interno di un determinato periodo regolamentare, mentre il livello tariffario relativo al periodo successivo sarà definito assicurando un'appropriata ripartizione delle maggiori efficienze conseguite fra i consumatori e le imprese stesse.»

³⁴⁶ Siehe Art. 20 del. AEEG 200/1999.

³⁴⁷ Decreto Ministeriale del Ministro per lo sviluppo economico: "Determinazione die criteri per la definizione delle compensazioni della spesa sostenuta per la fornitura di energia elettrica per i clienti economicamente svantaggiati e per i clienti in gravi condizioni di salute", in G.U. vom 18. Februar 2008, Nr. 41. Das Dekret implementiert den Artikel 1 Abs. 375, Gesetz Nr. 266/05 (Haushaltsgesetz 2006), und das durch Art. 1, Gesetz vom 3. August 2007 Nr. 125 umgesetzte Gesetzesdekret vom 18.

Rechnung getragen. Mit dem Dekret wurden die Bedingungen und die Anwendungsmodalitäten der speziellen Tarifierung für sozial schwache und schwer behinderte Kunden festgesetzt.³⁴⁹

Die Kompensationskosten, die aus solcher Maßnahme zugunsten schwächerer Bevölkerungsschichten erfolgen, werden in die allgemeinen Belastungen des Stromsystems aufgenommen. Für die Deckung dieser Kosten führt die AEEG eine entsprechende Tarifkomponente in den Strompreis ein, die der Gesamtheit der Kunden auferlegt wird.

Die allgemeinen Belastungen des Stromsystems bestehen aus den Kosten, die aus den Interventionsmaßnahmen in das System im Interesse der Allgemeinheit der Nutzer folgen. Sie sind von der Regierung bestimmt und die daraus entstehenden Kosten werden dann zwischen Energienutzern im Verhältnis zu ihrem Stromverbrauch verteilt.

Diese allgemeinen Belastungen sind durch Art. 1 Decreto legge 18 febbraio 2003 Nr. 25³⁵⁰ festgesetzt worden und neue Belastungen können nach Art. 2 Abs 5 des Gesetzes, aufgrund eines Dekrets des Ministers für wirtschaftliche Tätigkeiten im Einverständnis mit dem Finanzminister und nach Anhörung der AEEG, festgelegt werden.

Es steht der Energiebehörde zu, die Anwendungsmodalitäten mit Berücksichtigung des Gleichheitsgebots zu bestimmen und womöglich die negativen Auswirkungen auf die anderen Kundenkategorien abzumildern.³⁵¹

Die Prinzipien, die das Gesetz Nr. 481/95 in die Energiewirtschaft eingeführt hat, sind inzwischen so positiv beurteilt worden, dass sie nach herrschender Meinung auf dem ganzen Bereich der öffentlichen Dienstleistungen Anwendung finden sollten.³⁵²

Juni 2007, Nr. 73: „Misure urgenti per l’attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell’energia“.

³⁴⁸ Decreto legge 29. Novembre 2008, Nr. 185: „Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale“, und dessen Umsetzungsgesetz: Gesetz vom 28. Januar 2009, Nr. 2.

³⁴⁹ Schon 2003 hat die AEEG in einem Dokument ihre Vorschläge zur Anpassung von sozialen Stromtarifen veröffentlicht, Dokument vom 20. Februar 2003: „Tariffe di fornitura dell’energia elettrica ai clienti domestici in bassa tensione economicamente disagiati“.

³⁵⁰ Disposizioni urgenti in materia di oneri generali del sistema elettrico e di realizzazione, potenziamento, utilizzazione e ambientalizzazione di impianti termoelettrici, durch Gesetz 17 April 2003, Nr. 83 umgesetzt.

³⁵¹ Siehe Art. 2 Abs. 12 lit. E) Gesetz Nr. 481/95.

³⁵² Wie ausdrücklich in einer Delibera von CIPE erwähnt (deliberazione 24 aprile 2006), die wichtigsten Aspekte dieser Delibera sind einerseits die deklarierten Ziele, die durch diese Tarifierung zu verfolgen sind : insbesondere scheint es wünschenswert, diese Prinzipien auf diejenigen

4.4.2 Kundenschutz auf dem Energiemarkt: Kontroll- und Beschwerdeverfahren nach dem Gesetz Nr. 481/95

Unter dem ehemaligen Monopolregime der Energiewirtschaft fehlte es an einem wirksamen und effizienten Kontrollsystem zur Sicherstellung qualitätsgerechter Leistungserbringung und es gab auch keine Möglichkeit, Kundenansprüche auf Entschädigung bei Nichteinhaltung eingegangener Verpflichtungen seitens des Dienstleisters gerichtlich geltend zu machen. Diese Sachlage änderte sich mit der Verwirklichung des Liberalisierungsprozesses, der eine Stärkung der rechtlichen Stellung von Energieabnehmern gegenüber den Stromversorgern herbeigeführt hat. Erst mit der Umwandlung des Energiemarkts nach wettbewerblichen Prinzipien wurde es möglich, Kontrollmechanismen und Beschwerdeverfahren einzuführen und dadurch Anreize zur Einhaltung festgelegter Qualitätsstandards zu geben.³⁵³

Aus mehreren Gründen fehlten unter dem vorherigen Regime die Voraussetzungen für die Entwicklung eines effektiven Aufsichtssystems: da es um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ging, die durch eine quasi-staatliche Einrichtung erbracht wurde, war das Unternehmen nicht ständiger und kontinuierlicher Überwachung unterworfen und die Kontrollen, die ausschließlich darauf gerichtet waren, die Anhaltung der Verpflichtungen gegenüber der staatlichen Verwaltung zu prüfen, ohne sich auf den Kundenbeziehung zu erstrecken, wurden nicht auf regelmäßiger Basis durchgeführt. Es gab damals keine Notwendigkeit einer externen Überwachung, weil das System der staatlichen Teilnahme schon dafür

Dienstleistungen für die keine entsprechende Regulierungsbehörde vorgesehen ist anzuwenden. Diese Art von Anreizregulierung ermöglicht es allokativen Effizienz zu erreichen und optimale Effizienz des Unternehmens, indem sie den Anreiz zur Kostensenkung und zur Steigerung der Qualitätsstandards gibt. Zu diesem Ziel scheint die price cap-Regulierung besonders geeignet insoweit, dass sie die regulierten Unternehmen zu einer effizienteren marktorientierten Leistungserbringung zwingt. Es handelt sich hierbei um ein Instrument von verhandelter Regulierung <strumento di regolazione contrattata> (die zur Schaffung von Effizienz im Unternehmen beiträgt): wo es keinen Wettbewerb gibt, werden künstlich Wettbewerbsbedingungen geschaffen: das Instrument der price cap dient also dazu, Wettbewerbsbedingungen künstlich zu schaffen. Dadurch erfolgt eine Art von Marktsimulation, dort wo es keine Möglichkeit für den direkten Vergleich zwischen Unternehmen gibt. Diese Simulation geschieht durch die Anwendung von Kompensationskriterien für die Festlegung der Leitungspreise. Zu betonen ist auch, dass das price cap als Schutzinstrument des Verbrauchers begriffen wird, der bei der Nachfrage von Dienstleistungen von öffentlichem Interesse in eine schwächere Lage versetzt wird. Insoweit scheint es, dass die AEEG an der Stelle des schwächeren Vertragspartners an der Verhandlung teilnimmt, indem sie ihre Stärke und Autorität gegen die Anforderungen von Unternehmen ins Spiel bringt (per combattere e bilanciare le richieste degli imprenditori): so *Gola M.*, *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, S. 368.

³⁵³ Siehe dazu *Napolitano G.*, *La tutela dei consumatori e la regolazione pubblica del mercato elettrico*, in *Bruti Liberati E. – Donati F. (Hrsgs)*, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino 2007, S. 247 ff.

sorgen sollte – zumindest theoretisch -, dass die Verfolgung öffentlicher Interessen bei der Betriebsführung immer im Vordergrund stand. Darüber hinaus sorgte das spezielle Regime der Haftungsbeschränkung für eine Freiheitssphäre zugunsten der Dienstleister.

In dem alten Kontrollverfahren war die Teilnahme von Nutzern ausgeschlossen: die Kontrollen waren darauf gerichtet, die Einhaltung von Verpflichtungen gegenüber den öffentlichen Stellen und nicht gegenüber einzelnen Verbrauchern zu prüfen. Dementsprechend erhielten die letzteren auch keinen direkten Vorteil daraus, etwa im Sinne von Entschädigungen, Vergütungen oder Wiedergutmachungen bei Nichteinhaltung eingegangener Verpflichtungen seitens des Dienstleisters. Auch waren sie nicht zur Einführung von Überwachungs- oder Beschwerdeverfahren berechtigt. Es blieb also den Nutzern geringer Spielraum für die aktive Überwachung des Betriebes und die Erhebung von Beschwerden. Für den Fall der Nichteinhaltung der Verpflichtungen stand nur der Weg der Verwaltungsbeschwerde gegen den Dienstleister als Subjekt der öffentlichen Verwaltung offen, eine Prozedur, die jedoch aufgrund der sehr langen und belastenden Vorgangs- und Bearbeitungszeit eine faktische Beschränkung des Kundenschutzes darstellte. Das Einreichen des Verwaltungsrekurses als notwendige Voraussetzung für die Einleitung des Rechtsweges wurde von der *Corte Costituzionale* als widerrechtlich erklärt mit der Begründung, dieses Verfahren wäre nicht zur Verminderung von Rechtsklagen führen, sondern diene nur dazu, den „Einstieg des Richters“ in das Verfahren zu verzögern, obwohl er die passenden Mittel und die reale Zuständigkeit im Fall von nicht sachgerechter Erbringung der Dienstleistungen besitze.³⁵⁴

Mit der Durchsetzung der Privatisierungs- und Liberalisierungspolitik wurden die rechtliche Stellung von Nutzern und der Grad des Kundenschutzes erheblich verstärkt. Die Einführung geeigneter Kontrollverfahren als Bestandteil der Liberalisierungspolitik ermöglicht jetzt die kontinuierliche Überwachung der Dienstleister sowie die Einhaltung von öffentlich-relevanten Verpflichtungen, die mit der Verfolgung der Wirtschaftlichkeit des Betriebs in Konflikt stehen könnten.

Die ersten Schritte in diese Richtung wurden zunächst durch die Einführung einer Dienstleistungscharta oder „*Carta dei servizi*“ und später durch Erlass des Gesetzes Nr. 481/95 geschaffen. Den Kern der gegenwärtigen Regelung bildet das

³⁵⁴ Siehe *Napolitano G.*, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001, S. 329.

kontinuierliche Monitoring der Dienstleister durch die sektorspezifische Behörde. Zur Ergänzung dieses Monitoring sind auch die Erhebung von Beschwerdeverfahren und informelle Meldungen von Verbrauchern vorgesehen. Diese letztere Form von Kontrolle darf wohl als eine Form alternativer Streitbeilegung betrachtet werden.³⁵⁵

Einerseits stellt das Gesetz die Pflicht fest, dass Unternehmen gewisse Prozeduren für interne Kontrolle vorsehen, die auch die Möglichkeit einräumen, Meldungen von Verbrauchern, die ihre Interessen und Ansprüche, zu erhalten. Eine erste Reihe von Pflichten in diese Richtung enthält die „*Direttiva*“ zum Erlass der *Carte dei servizi*: mit der *Direttiva* wurde zum ersten Mal für Dienstleister die Pflicht eingeführt, die angebotenen Leistungen zu bewerten.³⁵⁶ Darüber hinaus müssen die Unternehmen selbst bei der Feststellung von Qualitätsstandards auch die Indikatoren für deren Evaluierung festlegen. Zum Zweck der Erfüllung interner Kontrolle müssen sie dann auf regelmäßiger Basis die von Nutzern ausgeführten Bewertungen der erbrachten Leistungen annehmen. In der *Direttiva* sind aber auch entsprechende Beschwerdeprozeduren für Nutzer vorgesehen, die die Unternehmen bekanntmachen müssen.³⁵⁷ In diesem Regelungsbereich stehen die Leistungsempfänger im Zentrum des Kontrollverfahrens, indem sie zunächst Evaluierungen über die Modalitäten der Leistungserbringung abgeben und *ex post* die Angemessenheit zur Erfüllung der Bedürfnisse der Allgemeinheit beurteilen. Insoweit dient die Teilnahme von einzelnen Nutzern oder auch ihre Gesamtheit an der oben beschriebenen Prozedur und zwar eher zur Korrektur des Unternehmensverhaltens als zur die Durchsetzung subjektiver Ansprüche oder zur Beseitigung von Nichterfüllungen.

Mit Erlass des Gesetzes Nr. 481/95 wurde dieses Aufsichtssystem allerdings geändert: im Zentrum der neuen Regelung steht nun die sektorspezifische Behörde, während die betriebsinterne Prozedur eine geringe Rolle spielt: die Pflicht der Dienstleister, Instrumente für die Durchführung interner Kontrolle und Beschwerdeverfahren vorzuhalten, ist nur in indirekter Weise dem Gesetz zu entnehmen. Die Behörde hat nun <die Angemessenheit der Maßnahmen zur

³⁵⁵ Siehe dazu *Pajno A.*, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in: *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, S. 277, wo der Autor betont, dass solche Konflikte zwischen Dienstleistern und Kunden immer öfter nach informellen Verfahren behandelt werden, so dass nicht gerade die rechtliche Qualifikation des privaten Anspruchs zählt, sondern nur dass sie faktische Anerkennung bei der zuständigen Stelle, der Regulierungsbehörde, finden.

³⁵⁶ Siehe Art. 5, zweiter Teil, d.P.C.M. 27 gennaio 1994.

³⁵⁷ Art. 1 Abs. 1 D.P.C.M.

regelmäßigen Bewertung der Leistungsqualität, auch durch die Annahme von Kundenbewertungen und zur Gewährleistung schneller Antwortzeit für Beanstandungen und Meldungen der Nutzer über die Berücksichtigung von Qualitäts- und Tarifstandards> zu messen.³⁵⁸ Diese Kontrollbefugnis der Behörde, die auch eine quasi-richterliche Funktion einräumt, bildet also den Kern der neuen Regelung zum Schutz der Verbraucherinteressen.

Aus diesem kontinuierlichen Monitoring der Behörde stammen wichtige Informationen, die auch zur Beratung der öffentlichen Stellen dienen und sehr behilflich sein können, wenn es zum Beispiel um das Treffen von wirtschaftspolitischen Entscheidungen, um den Erlass von primären und sekundären Rechtsakten oder um die Verhandlung von Konventionen zur Ergänzung der Konzessionen und Programmverträge geht. Dies soll zunächst ermöglichen, die Energiewirtschaft ständig zu entwickeln und effizienter zu gestalten, und zwar auch durch die Änderung einzelner Regulierungsakte und immer mit Rücksicht auf die legitimen Bedürfnisse von Nutzern, sowie ferner ermöglichen, die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Behörden zu verbessern, mit dem Ziel, die passenden Maßnahmen zur Erreichung der politisch gesetzten Ziele zu bestimmen.

Darüber hinaus übt die Behörde eine „quasi-richterliche“ Funktion aus, indem sie zu prüfen hat, ob das Unternehmen sich an die festgesetzten Vorschriften hält. Diese Form von Kontrolle erstreckt sich nicht nur auf die bilaterale Beziehung zwischen Dienstleister und Behörde, sondern deckt auch das Vertragsverhältnis zu den Kunden ab, indem sie die Prüfung der Einhaltung aufgenommener vertraglicher Pflichten einräumt.

Hierbei erlangen Verbraucher und Nutzer eine aktive Rolle, indem sie mit ihrer Meldungen die Kontrollverfahren einleiten, mit Berichten und Mitteilungen an der Prozedur aktiv teilnehmen und am Ende unmittelbar von dem Ergebnis der Prozedur profitieren können. Die Behörde kann die Prozedur von Amts wegen oder auf Verbraucherantrag wegen Nichterfüllung von Qualitätsstandards oder Verletzung der Tarifordnung einleiten.³⁵⁹ Das Urteil der Behörde betrifft die Pflicht, die für den Dienstleister sowohl aus dem Gesetz als auch aus dem Vertrag, entstehen.³⁶⁰ Die

³⁵⁸ Art. 2, comma 12, lit. n).

³⁵⁹ Art. 2 Abs. 12, lit. m), Gesetz Nr. 481/95.

³⁶⁰ Vgl. dazu *Cassese S.*, Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, S. 235 ff, insbesondere S. 237.

Kontrollen erstrecken sich somit auf zwei Ebenen: die öffentlich-rechtliche Ebene und die vertragsrechtliche Ebene, mit dem deklarierten Ziel, Verletzungen von Kundenrechten – abgesehen von deren Quelle – zu beseitigen. Am Ende der Prozedur bieten sich der Behörde mehrere Eingriffsmöglichkeiten, die sich entweder auf das einzelne Vertragsverhältnis auswirken³⁶¹ (wenn zum Beispiel die Behörde dem Dienstleister die Aufhebung der Verletzung der Kundenrechte anordnet und noch dazu eine Geldstrafe auferlegt³⁶²), oder Folgen für die Allgemeinheit der Nutzer einleiten, wie in dem Fall, dass die Behörde eine Veränderung des „*Regolamento di servizio*“ bestimmt. Dieses Verfahren ermöglicht es, dass Ansprüche, die vor dem Gericht nicht durchsetzbar sind, konkreten Schutz vor der Behörde erlangen. Darüber hinaus kann sich die Behörde bei besonders relevanten Fällen an den zuständigen Minister wenden, um die Rücknahme oder den Verfall der Konzession zu fordern.³⁶³ Die Behörde kann auch nach Art. 2 Abs. 20 lit. c) Gesetz Nr. 481/95 eine Geldstrafe auferlegen oder den Fall an die Wettbewerbsbehörde weiterleiten, falls eine Verletzung des Wettbewerbsgesetzes Nr. 287/90 vorliegt.³⁶⁴

Der Anspruch der Kunden auf Vertragserfüllung und Berücksichtigung der gesetzlich festgelegten Tarifierung und Qualitätsstandards kann auch auf einem zweiten Weg durchgesetzt werden: die Behörde kann die Beseitigung des Missbrauchs und die Zahlung einer Entschädigung an den betroffenen Kunde anordnen. Dagegen kann sich das Unternehmen an den Richter wenden, um die Nichtigkeit der Anordnung erklären zu lassen. Der Spielraum des Schutzes, den die Behörde erreichen kann, ist jedoch beschränkt, weil die Höhe des Schadensersatzes nicht die Höhe der im Voraus festgelegten Entschädigung übersteigen darf, so dass der weitere Schaden nicht gedeckt wird.

Das Verfahren zur Auferlegung von Sanktionsmaßnahmen durch die Behörde wurde per Präsidialdekret vom 9. Mai 2001, Nr. 244/01 geregelt. Obwohl es bereits im AEEG Gründungsgesetz vorgesehen war,³⁶⁵ erfolgte das Dekret erst im Jahr 2001. Vor diesem Erlass folgte die Behörde bei ihren Verfahren die in der Delibera AEEG

³⁶¹ Dabei ist zu merken, dass bei behördlichen Verfahren der Grundsatz „ne ultra petita“ ausfällt, sodass die Behörde wohl über das Beantragte hinausgehen darf.

³⁶² Art. 2 Abs. 20 lit. d), Gesetz Nr. 481/95. Bei Nichterfüllung der Anordnung kann die Behörde dem Dienstleister eine Geldstrafe auferlegen: Art. 2 Abs. 20 lit. c).

³⁶³ Art. 2, 12, o), Gesetz Nr. 481/95.

³⁶⁴ Art. 2 Abs. 33, Gesetz Nr. 481/95.

³⁶⁵ Art. 2, Abs. 24, lit. a), Gesetz Nr. 481/1995.

vom 20. Mai Nr. 61/97 enthaltenen allgemeinen Verfahrensgarantien.³⁶⁶ Die Delibera hatte nur vorläufigen Charakter und wurde demnach durch den Erlass des Präsidialdekrets Nr. 244/01 außer Kraft gesetzt. Die Delibera Nr. 61/97 schrieb vor, dass, ungeachtet der Bestimmungen des Gesetzes Nr. 241/90³⁶⁷ über die neue Regelung des Verwaltungsverfahrens und des Zugangsrechts zu Verwaltungsunterlagen, Unternehmen während des formellen Ermittlungsverfahrens eine abschließende Anhörung vor dem Kollegium fordern konnten,³⁶⁸ und dass die Behörde die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens und das Ergebnis auf möglichst effektive Art und Weise veröffentlichen konnte.

Nach dem Präsidialdekret Nr. 244/01 erfolgte die Eröffnung des Verfahrens per Beschluss des Kollegiums. Der Beschluss, welcher die wesentlichen Umstände des Falles, den Verantwortlichen für das Verfahren, das Amt, bei dem Antrag auf Aktenzugang zu stellen ist und die Frist für die Beendigung des Verfahrens enthält, muss von der Behörde veröffentlicht werden.³⁶⁹ Die Mitteilung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens muss dann innerhalb von fünfzehn Tagen nach Beendigung des Verfahrens erfolgen. Nach Eingang dieser Notifikation dürfen Interessenten die Anhörung vor dem Kollegium fordern.³⁷⁰ Am Ende des Verfahrens trifft das Kollegium die entsprechende Maßnahme, die den Interessenten mitgeteilt und dann veröffentlicht wird.

Für lange Zeit blieb es umstritten, ob bei eindeutigen Pflichtverletzungen das Energieunternehmen ein Verwarnungsgeldangebot einleiten könnte; letztlich hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit aber ausgeschlossen: bei der Umsetzung des Gesetzesdekrets vom 14. März 2005, Nr. 35, hat das Gesetz vom 14. Mai 2005, n. 80 einen Artikel 11-bis eingefügt, der die Möglichkeit des Verwarnungsgeldangebots bei Sanktionen nach Art. 2 Abs. 20 lit. c) des Gesetzes Nr. 481/95 ausgeschlossen hat. Somit wurde den europäischen Vorgaben Rechnung getragen, wonach die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörden in der Lage sind, ihren Verpflichtungen nach den Absätzen 1

³⁶⁶ AEEG-Beschluss vom 20. Mai 1997, Nr. 61/97: „Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’Autorità“.

³⁶⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241: „Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi“.

³⁶⁸ Art. 4, Abs. 3, Beschluss 61/97.

³⁶⁹ Art 4, Präsidialdekret Nr. 244/01.

³⁷⁰ Art. 16, Abs. 1 und 2, Präsidialdekret Nr. 244/01.

bis 5 effizient und zügig nachzukommen.³⁷¹ Aus dieser Perspektive könnte die Abgeltung die Effektivität der Erhebung von Sanktionsmaßnahmen durch den Regulierer beeinträchtigen, weil die Zahlung der auferlegten Sanktion unter anderem dazu dienen soll, Initiativen zum Verbraucherschutz, etwa in Form von Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, zu finanzieren. Dies soll durch die Gründung eines entsprechenden Fonds geschehen, dessen Organisation und Förderung nach Verordnung ex Art. 17 Abs. 1 Gesetz Nr. 400/80 zu bestimmen sind.³⁷²

4.5 Rechtsquellen des Energievertragsrechts

Die Besonderheiten und die Komplexität der Energiewirtschaft spiegeln sich in der einschlägigen Rechtsquellenordnung wider.

Aufgrund der vielfältigen Implikationen der Energiewirtschaft auf transnationaler Ebene und der Anstrengungen der Europäischen Gemeinschaft für die Schaffung eines offenen, integrierten und wettbewerbsfähigen Energiebinnenmarkt, bildet die Materie „Energie“ ein immer aktuelles Thema in der Agenda des gemeinschaftlichen Gesetzgebers. Das Gemeinschaftsrecht bringt damit die nationale Gesetzgebung voran und regt deren Anpassung an die europäischen Vorgaben ständig an. Dies gilt nicht nur für Spezialvorschriften, die ausschließlich für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft erlassen worden sind, wie zum Beispiel die Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 oder die zahlreichen Richtlinien zum Thema Energie (zuletzt die zwei Richtlinien 2009/72/EG für Elektrizitätsbinnenmarkt und die Richtlinie 2009/73/EG für Erdgasbinnenmarkt³⁷³), sondern auch für allgemeine Vorschriften, wie Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV),

³⁷¹ Art. 23, Abs. 7, Richtlinie 54/2003.

³⁷² Vgl. *De Angelis L./Lo Schiavo L.*, L'oblazione nel settore energetico, in: *Mercato concorrenza regole*, 2/2005, S. 413 ff.

³⁷³ Sowohl die Verordnung (EG) 714/2009 als auch die erwähnten Richtlinien gehören zu dem dritten Maßnahmenpaket Energie, das von der Kommission am 13. Juli 2009 verabschiedet wurde.

Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) und 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV), deren Tragweite sich auch auf den Elektrizitätsmarkt erstreckt.

Zu berücksichtigen sind ferner - neben den gemeinschaftlichen Vorgaben und der nationalen Gesetzgebung - auch die Regionalgesetze, die insbesondere für die Regelungsbereich der Anlagengenehmigung, Konzessionsabgabe und Betriebsaufnahmekontrolle maßgeblich sind, schließlich auch die Beschlüsse der sektorspezifischen Regulierungsbehörde, die den echten Kern des Energievertragsrechts bilden. Aus dieser Mehrebenendisziplin folgt die angesprochene Komplexität der Materie „Energierrecht“.

Für ein näheres Verständnis der Rechtsquellenordnung des Energierichts kann eine sinnvolle Trennung zwischen Energiericht im engeren Sinne und Energiericht im weiteren Sinne erfolgen.³⁷⁴ Unter Energiericht „im engeren Sinne“ versteht man all die Vorschriften, die sich auf spezielle energierechtliche Tatbestände beziehen und deren Geltung ausschließlich auf die Energiewirtschaft beschränkt ist. Dieser Bereich erfasst grundsätzlich die speziellen energierechtlichen Tatbestände, die aufgrund der technisch-wirtschaftlichen Eigenschaften der Energieversorgung der Schaffung ihrer besonderen Marktstruktur dienen. Das Energiericht im engeren Sinne umfasst hingegen all die Normen, die diese Struktur arrangieren und ihr Funktionieren gewähren. Diese Normen legen insbesondere wettbewerblich orientierte Spielregeln fest, die für die leitungsgebundene Energieversorgung notwendig sind, wie etwa die Anschluss- und Versorgungspflicht der Energieversorgungsunternehmen, die Regelung der Konzessionierung oder die Staatsaufsicht über die Energieversorgung. Unter Energiericht „im engeren Sinne“ sind dann auch alle Vorschriften zu fassen, die das Verhältnis der Energieversorgungsunternehmen zu ihren Kunden regeln und die, wie schon erwähnt, hauptsächlich von den Beschlüssen der Regulierungsbehörde (AEEG) gebildet werden.

Unter dem Begriff Energiericht „im weiteren Sinne“ sind dagegen alle rechtlichen Vorschriften zu fassen, deren Geltungsbereich sich nicht auf die Energiewirtschaft beschränkt, die jedoch in der Energiewirtschaft eine besondere praktische Bedeutung haben. Es geht um Vorschriften, bei deren Anwendung zugleich energiewirtschaftliche oder energietechnische Fragenstellungen zu berücksichtigen

³⁷⁴ Vgl. *Büdenbender U.*, Zur Dogmatik des Energierichts, in: *Baur J.* (Hrsg.), FS für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln (u.a.) 1992, S. 501 ff.

sind, und die aus diesem Grund in die Befassung mit energierechtlichen Themenstellungen einbezogen werden müssen. Man denke etwa an die rechtlichen Vorgaben des Anlagengenehmigungsrechts, also die Normen, die für die Errichtung neuer Energieanlagen beachtet werden müssen. Energierecht „im weiteren Sinne“ umfasst jedoch auch das Zivilrecht: Hier ist auf die rechtliche Einordnung des Energielieferungsvertrags hinzuweisen, der trotz seiner technisch wirtschaftlichen Gegebenheiten vielfach immer noch als Kaufvertrag und nicht als Rechtsverhältnis eigener Art gewürdigt wird. Der Stromversorgungsvertrag lässt auf den Art. 1559 *Codice civile*³⁷⁵ zurückführen,³⁷⁶ der den Dauerlieferungsvertrag regelt. Die Eigenschaft des Dauerlieferungsvertrags besteht darin, dass der Tatbestand flexibel gestaltet ist und die Ergänzung durch die spezifische Regelung der einzelnen Leistungen ermöglicht, soweit sie mit dem Dauerlieferungsvertrag kompatibel sind. Bei Strombezugsverträgen geht es um den Kaufvertrag nach Art. 1470 c.c.³⁷⁷

Für das Verständnis des Energierechts ist auch zu beachten, dass es eine gemischte Struktur aufzeigt, was die Zuordnung zum öffentlichen Recht und zum Privatrecht angeht. Zum öffentlichen Recht zählen zunächst die Normen über die Staatsaufsicht, wie etwa die Betriebsaufnahmekontrolle, die Investitionskontrolle und die Betriebsuntersagungsbefugnis. Öffentlich-rechtlicher Natur ist das gesamte Anlagenehmigungsrecht, das sowohl Kraftwerke der verschiedenen Typen als auch die Leitungen betrifft.

Was das Zivilrecht angeht, ist das gesamte Verhältnis der Versorgungsunternehmen zu ihren Kunden zivilrechtlicher Natur. Dies gilt für die Anschluss- und Versorgungspflicht ebenso wie für die Festlegung der Vertragsbeziehungen mit Rechtsnormcharakter. Zivilrecht ist auch das Verhältnis der EVU zu den Kommunen im Rahmen der so genannten Konzessionsverträge, die insbesondere das Recht der EVU zur Verlegung von Leitungen in oder über kommunalen Grund und Boden und ggf. die Zahlung von Konzessionsabgaben regeln.

³⁷⁵ Art. 1559 c.c. regelt den Dauerlieferungsvertrag. Der Artikel liest sich wie folgt: «Der Dauerlieferungsvertrag ist ein Vertrag mit welchem eine Partei sich verpflichtet, zugunsten einer anderen Partei regelmäßig wiederkehrende oder dauerhafte Leistungen von Sachen gegen Entgelt zu erbringen».

³⁷⁶ Darüber ist die Doktrin seit dem Urteil des Kassationsgerichtshofs, Cass. 9 luglio 1968, n. 2359 in: *Rass. giur. en. elettr.* 1969, S. 19 einig.

³⁷⁷ Art. 1470 c.c.: «Der Kauf ist der Vertrag, der die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder eines anderen Rechts zum Gegenstand hat».

Diese Analyse zeigt, dass für das Energierecht die klassische eindeutige Zuordnung zum Zivilrecht und zum öffentlichen Recht scheitert, weil Energierecht im engeren Sinne gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Natur ist. Dies hat sich als direkte Folge der Umstrukturierung der Energiewirtschaft nach der Abschaffung der Monopolstrukturen in der Energieversorgung ergeben und wird zutreffend als Hybridisierung der Aufteilung von Zivilrecht und öffentlichem Recht in der Versorgungswirtschaft beschrieben.³⁷⁸ In dieser Hybridisierung ist die echte Besonderheit des Energievertragsrechts zu sehen. Sie begleitet die Umwandlung des Verbrauchers zum einem Bürger/Verbraucher und spiegelt das dreifache Verhältnis vom Nutzer öffentlicher Dienstleistungen zu der Regulierungsbehörde wider.

In der Versorgungswirtschaft wandelt sich das Leitbild des Verbrauchers in etwas Neues um: er wird zu einem Bürger/Verbraucher, wenn es um Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geht. In diesem Bereich der Versorgungswirtschaft bleibt der Staat in der Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen auch nach der Privatisierung bzw. Liberalisierung aktiv einbezogen. Demgegenüber fiel unter dem ehemaligen monopolistischen Regime der öffentlichen Dienstleistungen das Verhältnis zu dem Kunden unter das öffentliche Recht: es gab keine Vertragsfreiheit und auch die Preise waren politisch bestimmt; dies hat sich infolge der Privatisierungs- und Liberalisierungsprozesses grundsätzlich geändert. Das typische bilaterale Verhältnis, welches die privatrechtlichen Beziehungen kennzeichnet, in denen die Parteien frei sind, das vertragliche Verhältnis ganz nach ihren Wünschen innerhalb der Grenze des Zivilrechts zu gestalten, wird nun durch ein trilaterales ersetzt, in welchem die Regulierungsbehörden durch den Erlass von zwingenden Rechtsvorschriften sich einschalten und tatsächlich die Vertragsfreiheit der Parteien verdrängen. Dieser tiefgreifende Eingriff der Behörden wird nun dadurch begründet, dass ein zusätzlicher Schutz zugunsten der Verbraucher zu leisten und dadurch die Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmen und Verbraucher möglichst zu reduzieren ist.³⁷⁹

³⁷⁸ Siehe dazu *Micklitz H.-W.*, *Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law*, in: *Cremona M. (Hrg.)*, *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, S. 63.

³⁷⁹ *Basedow J.*, *Freedom of Contract in the European Union*, *European Review of Private Law* 6-2008, S. 901 ff.

An der Schnittstelle zwischen Energierecht im engeren Sinne und Energierecht im weiteren Sinne liegt das Wettbewerbsrecht. Es ist von besonderer Bedeutung vor allem hinsichtlich der Zugangsrechte, die nicht nur bei der Liberalisierung von Netzwirtschaftszweigen eine wichtige Rolle spielen, sondern immer dann, wenn die Notwendigkeit der Teilung von begrenzten Ressourcen bei der Ausübung einer gewissen wirtschaftlichen Tätigkeit entsteht, die nicht für alle Marktakteure ausreichend ist.³⁸⁰ Das Wettbewerbsrecht dient insofern der Ergänzung der sektorspezifischen Regulierung, wenn diese ihre Ziele verfehlt. Ein Beleg dafür ergibt sich aus dem Wettbewerbsgesetz Nr. 287/90, wonach die sektorspezifische Regulierung der Zugangsrechte zu essentiellen Infrastrukturen kein Hindernis für das Eingreifen der Wettbewerbsbehörde zur Sanktionierung von Missbrauch marktbeherrschender Stellung darstellt.

4.5.1 Die Rechtsetzungskompetenz der Regulierungsbehörde: AEEG-Beschlüsse zum Energievertragsrecht

Die weiten Befugnisse der Regulierungsbehörde hinsichtlich der Vertragsgestaltung auf dem Energiemarkt folgen aus dem AEEG-Gründungsgesetz³⁸¹ und aus dem Legislativdekret Nr. 79/99 (Decreto Bersani). Art. 6 Abs. 1 Decreto Bersani ermächtigt die Regulierungsbehörde dazu, Vertragsklauseln und alle für das gute Funktionieren des Elektrizitätssystems notwendigen technischen Regelungen zu erlassen, die somit automatisch in den Vertrag aufgenommen sind. Insbesondere hat sich die Behörde mit folgenden Aspekten befasst: Energielieferverträge, Netznutzung und –zugang und Dienstleistungsqualität. Der Mechanismus, nach dem diese Vertragsergänzung tatsächlich erfolgt, stellt eine untersuchungsbedürftige Frage dar, denn die delegierte Rechtssetzungsfunktion der Regulierungsbehörde verursacht einige Friktionen mit der zivilrechtlichen Disziplin.

³⁸⁰ Siehe dazu *Conticelli M.*, I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete, in: *Mercato concorrenza regole*, 2001/2, S. 369 ff. Vgl. auch *Grillo M./Scorciarini Coppola L.*, L'apertura alla concorrenza nell'industria dell'energia: riassetto strutturale ed intervento antitrust, in: *Il Mulino*, n. 2, 1999, S. 343 ff.

³⁸¹ Gesetz Nr. 481/95.

Die allgemeine Regelung zur Einbeziehung von gesetzlich vorgeschriebenen Klauseln oder Preisen von Gütern oder Dienstleistungen in den Vertrag enthält Art. 1339 c.c.³⁸² Diese Klauseln gelten als automatisch in den Vertrag aufgenommen und ersetzen die von den Parteien vereinbarten abweichenden Klauseln. Die Norm des Art. 1339 c.c. setzt aber ein Nichtigkeitsurteil der von den Parteien gewollten Klausel voraus, die dann durch die genannte Zwangsvorschrift ersetzt wird. Diese Bestimmung fehlt im Art. 6 D.lgs. 79/99, der keine Nichtigkeit für die abweichenden Klauseln vorsieht. Dies spricht gegen die Anwendung von Art. 1339 c.c. im Fall der von der Regulierungsbehörde erlassenen Klauseln und für die Gleichstellung dieser Klauseln mit den von Parteien vereinbarten Klauseln. Insofern führt die Rechtssetzungsfunktion der Regulierungsbehörde keinen Bruch mit der vom Art. 1322 c.c. anerkannten Vertragsfreiheit herbei.

Zugunsten dieser Auslegung spricht auch Art. 2 des Beschlusses Nr. 78/99, der vorschreibt, dass bilaterale Verträge eine Klausel enthalten müssen, die die automatische Änderung durch AEEG-Klauseln erlaubt. Wenn Art. 1339 c.c. anwendbar wäre, dann wäre diese Vorschrift überflüssig. Die Bestimmungen der Behörde werden also nur durch einen ausdrücklichen Verweis zur Integrationsquelle des Vertrags.³⁸³ Mangels ausdrücklichen Verweises sind die von den Parteien bestimmten Klauseln weiterhin gültig. Demzufolge kann die Behörde sich nur auf die freiwillige Aufnahme durch die Parteien verlassen.

Seit ihrer Gründung hat die Behörde ihre Rechtsetzungskompetenz nicht immer kohärent ausgeübt; während bei bilateralen Verträgen nur die Rücktrittsklausel eingefügt wurde, hat sich die Kontrolle der AEEG bei Bilanzkreisverträgen auf den ganzen Inhalt erstreckt: solche Verträge werden von dem *Gestore della rete si trasmissione nazionale* fertiggestellt und dann der Billigung der Behörde unterworfen. Bei Verträgen über Anschluss an Übertragungs- und Verteilungsnetze hat die AEEG das Vertragsanschlussverfahren festgeschrieben³⁸⁴ und bezüglich des *Tolling agreement*, der auch eine wichtige Rolle in der Energiewirtschaft spielt, hat

³⁸² Art. 1339 c.c., Inserzione automatica di clausole: «Le clausole, i prezzi di beni o servizi imposti dalla legge (o da norme corporative) sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti».

³⁸³ *Orlandi M.*, Autonomia privata e autorità indipendenti, zit., S. 286 ff.; auch *Macario F.*, Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali, in: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, *Gitti G.* (Hrsg.) S. 191 ff.

³⁸⁴ Siehe Del. 50/02, deren Inhalt in den Codice di rete später integriert wurde.

dagegen die AEEG auf jeden Eingriff verzichtet.³⁸⁵ Bei Netznutzung und –zugang hat die Behörde den ganzen Inhalt festgeschrieben: dies entspricht der Tatsache, dass die erste Anforderung bei der Liberalisierung eines Netzwirtschaftszweiges gerade in dem Zugang zu den Infrastrukturen besteht; deshalb sind diese Aspekte von höchster Priorität bei der Marktregulierung.

Der stärkste Eingriff der Behörde in die Parteiautonomie hat sich bei den Haushaltsverträgen ergeben: Vertragsklauseln sowie Informationspflichten³⁸⁶ und mehrere Aspekte der Leistungsqualität und –standards wurden genau festgestellt. Die unabdingbaren Mindestbedingungen für Haushaltsverträge wurden mit Erlass 200/99³⁸⁷ kodifiziert, der bisher den größten Eingriff der Regulierungsbehörde in die Vertragsgestaltung darstellt und durch mangelndes vertragliches Gleichgewicht der Vertragsparteien begründet wird. Mit diesem Erlass zielte die AEEG darauf ab, die Lücke des Zivilgesetzbuchs zu schließen.³⁸⁸

Energielieferungs- und Bezugsverträge entstehen durch den Abschluss eines Bezugsvertrags nach der Regelung der Artt. 1559 ff. c.c., wobei die Voraussetzungen sowie mehrere Aspekte der Unternehmer-Kunden-Beziehung durch eine Reihe von Beschlüssen der Behörde festgestellt werden. Unter dem Monopolregime war die rechtliche Regelung öffentlicher Dienstleistungen durch die privilegierte Stellung des Unternehmens gegenüber ihren Kunden geprägt, z.B. im Sinne von Haftungsbeschränkungen, was Ineffizienz und Missbrauch bei der Leistungserbringung zur Folge hatte. Mit der Umwandlung zum neuen Marktsystem sind Unternehmen dem Leistungswettbewerb unterworfen, so dass sich spontan eine Verbesserung der Bezugskonditionen ergeben sollte. Allerdings besteht die Gefahr, dass Versorgungsunternehmen, die einem festen Tarifregime unterworfen sind, dazu neigen könnten, die Gewinnmaximierung durch die Senkung des Qualitätsniveaus zu erreichen.

Diese Überlegung liegt der Regulierungspolitik der AEEG zugrunde: die in ihren Erlassen festgesetzten Qualitätsstandards sind verbindlich für Unternehmen, sie

³⁸⁵ Zur Motivation siehe Konsultationstext AEEG von 31. Juli 2003.

³⁸⁶ Hierbei sind insbesondere die so genannten „Codici di condotta“ maßgeblich; dazu siehe weiter.

³⁸⁷ Der Erlass befasst sich insbesondere mit folgenden Aspekten: Stromablesen, Zeitabstand der Abrechnung, Zahlungsmodalitäten, Kautions-, Beschwerde. Ähnlich wurden mit Erlass Nr. 229/01 die unabdingbaren Mindestbedingungen für Gaslieferungverträge bestimmt. Zu erwähnen sind auch der Erlass Nr. 158/99 über das Rücktrittsrecht bei Energielieferungsverträgen und der Erlass Nr. 247/04 über die automatische Kundenentschädigung.

³⁸⁸ Anders als bei dem Codice di condotta.

ergänzen den Vertragsinhalt und begründen somit rechtlich geschützte Ansprüche der Kunden.

Vor der Liberalisierung hatten Qualitätsstandards keine Relevanz in der rechtlichen Beziehung zu den Kunden und die allgemeinen Bedingungen für die Leistungserbringung wurden vom Unternehmen selbst festgesetzt.

4.5.2 Die Erfahrung mit der „Carta dei servizi pubblici“ auf dem Energiemarkt

Die *Carte dei servizi pubblici* wurde 1994 im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen eingeführt mit dem erklärten Ziel, Kundenrechte effektiver zu gestalten und ein bestimmtes Qualitätsniveau bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Einführung der *Carte dei servizi pubblici* als Instrument der Marktordnung erfolgte als Ergebnis einer Studie, die - nach ähnlichen Erfahrungen in anderen Mitgliedstaaten³⁸⁹ - in Italien im Jahr 1993 durchgeführt wurde. Ursprünglich vorgesehen in der *Direttiva* des Ministerpräsidenten Ciampi vom 27. Januar 1994³⁹⁰ wurde die Aufnahme der Dienstleistungscharta für Unternehmen im Bereich öffentlicher Dienstleistungen durch Gesetzesdekret vom 12. Mai 1995 Nr. 163³⁹¹ und sein Umsetzungsgesetz³⁹² obligatorisch. Nach der *Direttiva* vom 27. Januar 1994 waren als öffentliche Dienstleistungen³⁹³ diejenige Leistungen zu verstehen, die verfassungsrechtlich garantierte Rechte sichern, wie Gesundheit, Sozialvorsorge, Bildung, Kommunikationsfreiheit, Personenfreiheit ferner die Versorgung mit Elektrizität, Wasser und Gas. Bei der Erbringung dieser Leistungen mussten nach der *Direttiva* sechs Grundprinzipien berücksichtigt werden:

³⁸⁹ Dazu vgl. etwa *Shovelton H.*, The Citizens Charter. The User's Perspective, Riv. trim. dir. pubbl., 1998, S. 462 ff.; *Bovaird T.*, Monitoring and Evaluating the Success of the UK Citizen's Charter, Riv. trim. dir. pubbl., 1998, S. 780 ff.

³⁹⁰ Siehe dazu *Caia G.*, *Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994*, in *Alpa G. e Zatti P.* (Hrsg.), *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, 2. Auflage, Padova, 1995, S. 205-206.

³⁹¹ Decreto legge 12 maggio 1995, n. 163: „Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni“, in G.U. vom 12. Mai 1995, n. 109 und in *Rass. giur. en. el.*, 1995, S. 1004 ff.

³⁹² Gesetz Nr. 273/95, in G.U. vom 11. Juli 1995.

³⁹³ Für eine Darstellung des italienischen Konzepts vom *servizio pubblico*, siehe *Prosser T.*, *The Limits of Competition Law*, 2005, S. 115 ff.

Gleichheit und Gleichbehandlung, vor allem beim Leistungszugang; Unparteilichkeit der Dienstleistung; Regelmäßigkeit; Freiwahl des Dienstleisters; Partizipation der Nutzer; Effizienz und Effektivität.³⁹⁴ Die Richtlinie enthielt ein Muster zur Fertigstellung der Charta, das später durch das sektorspezifische Muster ergänzt werden sollte.³⁹⁵ Das Referenzschema für den Elektrizitätssektor wurde per Dekret des Ministerpräsidenten vom 18. September 1995 erlassen.³⁹⁶ Die *Carta del servizio elettrico* bestand aus drei Teilen. Der erste Teil war den Grundprinzipien gewidmet, in dem zweiten Teil waren die Instrumente zur Verwirklichung der genannten Prinzipien aufgelistet und der dritte Teil befasste sich mit dem Rechtsschutz und der Sicherstellung korrekter Anwendung der in der Charta enthaltenen Bestimmungen. Nach Vorgabe der *Direttiva* waren Dienstleister dazu verpflichtet, die entscheidenden Faktoren der Dienstleistungsqualität herauszuarbeiten und aufgrund dieser entsprechende Qualitätsstandards festzusetzen und vorzulegen, die dann für sie verbindlich wurden. Die *Direttiva* enthielt detaillierte Bestimmungen betreffend Vereinfachung der Prozeduren (Art. 2), Nachfragen von Kunden (Art. 3), Kundenverhältnis (Art. 4), Evaluierung der Leistungsqualität (Art. 5) und Entschädigungsmaßnahmen bei Missachtung festgelegter Standards. Die Standardsetzung war auch in der Richtlinie genau geregelt und erfolgte in drei Phasen. Als Erstes waren Dienstleister dazu aufgefordert, die entscheidenden Faktoren der Dienstleistungsqualität festzustellen und sie bei der Leistungserbringung einzuhalten. Dann mussten die Indikatoren, also die quantitativen, qualitativen und zeitlichen Parameter, für die Messung einzelner Faktoren der Qualität ausgearbeitet werden. Zum Schluss wurden für jeden Indikator

³⁹⁴ Dank des Verweises durch Art. 2 Abs. 2 Gesetz Nr. 273/95 wurden die erwähnten Grundsätze zu allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung im Bereich von öffentlichen Dienstleistungen, die abgesehen von der Annahme der Charta durch einzelne Unternehmen Berücksichtigung beanspruchen. Es handelt sich um Prinzipien, die auf verfassungsrechtlicher Ebene verankert sind, wie das Gleichheitsprinzip (art. 3 Cost.), die Unparteilichkeit (Art. 97 Cost.) und die Grundsätze von Effizienz und Effektivität, die sich auch auf Art. 97 Cost. zurückführen lassen. Siehe zum Thema *Pugliese F.*, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.* 1995, S. 233, 239.

³⁹⁵ Nach Art. 2 des Gesetzesdekrets Nr. 163/95 sollten per Ministerpräsidentenerlass die Referenzschemas für die unterschiedlichen Sektoren erlassen werden. Nach Art. 2 Abs. 2 waren Dienstleister dazu verpflichtet, innerhalb hundertzwanzig Tagen die entsprechende *Carta dei servizi*, mit Rücksicht auf die in der Richtlinie enthaltenen Prinzipien aufzunehmen, und davon, sowohl die Nutzer als auch die Abteilung öffentlicher Angelegenheit, in Kenntnis zu setzen.

³⁹⁶ Siehe dazu *Nardone C.*, *Lo schema generale di riferimento per la predisposizione delle «Carte dei servizi pubblici nel settore elettrico»*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1996, S. 59.

die Standardwerte festgesetzt und die Dienstleister verpflichtet, diese Werte bei der Leistungserbringung immer zu beachten.

Es mussten allgemeine und spezifische Qualitätsstandards festgesetzt werden: spezifische Qualitätsstandards bezogen sich auf einzelne Leistungen und ermöglichten den Nutzern eine unmittelbare Kontrolle über deren Einhaltung, man denke etwa an die Wartezeit für die Inspektion, für den Anschluss an das Netz oder für die Aktivierung der Stromzufuhr. Bei Missachtung von spezifischen Standards sah die Richtlinie einen Anspruch auf automatische Entschädigung vor. Allgemeine Standards bezogen sich dagegen auf die Gesamtheit der Nutzer und setzten zum Beispiel eine Mindestprozentzahl von Kunden fest, denen die geforderte Dienstleistung innerhalb einer bestimmten Zeit garantiert werden musste. Zum Beispiel mindestens 90% Antwortschreiben auf schriftliche Reklamationen innerhalb von 20 Arbeitstagen oder die Gesamtdauer der Unterbrechungen im Jahr. Im Fall der Missachtung von allgemeinen Standards war keine automatische Entschädigung zugunsten der Kunden vorgesehen.

Durch die Überprüfung der Standardeinhaltung durch die Nutzer selbst verwirklichte sich das Gebot der Beteiligung von Kunden an der Leistungserbringung gemäß Art. 5, I Teil der Richtlinie.

Um die Rücksichtnahme der Charta durch Dienstleister zu sichern, sah die Richtlinie ein internes und ein externes Kontrollverfahren³⁹⁷ vor, ferner Sanktionsmaßnahmen im Fall der Verletzung dieser Pflicht.³⁹⁸ Die interne Kontrolle basierte auf einem entsprechenden, vom Unternehmen errichteten Referat, mit dem Ziel, die erreichten Ergebnisse zu evaluieren und Kundenbeschwerden zu bearbeiten. Die externe Kontrolle wurde durch den entsprechenden Ausschuss, *Comitato permanente per l'attuazione della carta dei servizi pubblici*, durchgeführt, zu dessen Aufgaben auch die Lösung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmen und Kunden gehörte.

Was die Bilanz der Erfahrung der Bürgercharta auf dem Energiemarkt angeht, so herrscht insofern keine Einigkeit. Einerseits wird betont, dass die Charta den erwarteten Qualitätssprung nicht erbracht hat, weil die Erfahrung der Bürger-Charta auf dem Energiemarkt unter zwei Gesichtspunkten von Bedeutung ist: die Charta stellte nämlich einen entscheidenden Fortschritt bei der Umstellung der

³⁹⁷ Art. 1 und 2, III Teil der Richtlinie.

³⁹⁸ Art. 3, III Teil der Richtlinie.

Energiewirtschaft nach Marktprinzipien dar und brachte die Entwicklung des Verbraucherstatus in die Richtung der Bürgerperspektive voran. Dieser Aspekt wird auch im neuen *Codice del consumo* betont, wo im Art. 101 Abs. 4, der die Leistungserbringung von öffentlichen Dienstleistungen regelt, die Aufnahme der Bürgercharta für verschiedene Sektoren gefordert wird. Darüber hinaus stellte die *Carta dei servizi* ein Beispiel für die Selbstregulierung auf dem Energiemarkt dar. Die *Carta dei servizi* begründete subjektive Rechte von Nutzern durch die Ergänzung der Bezug- und Lieferungsverträge in Form einer einseitigen Verpflichtung des Dienstleisters zur Berücksichtigung der bekannt gegebenen Standards bei der Leistungserbringung, die den allgemeinen Regelungen des *Codice civile* unterlag. Der Inhalt der Bürgercharta ist als einseitiges Versprechen der Leistung an einen Dritten im Sinne des Art. 1987 c.c. zu verstehen.³⁹⁹ Die Annahme dieser Charta impliziert für den Dienstleister die Pflicht, Vertragswerke fertig zu stellen, die mit der bekanntgegebenen Charta übereinstimmen. Dies gilt, sowohl für einzelne Verträge als auch für die allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁴⁰⁰ Für den Fall, dass der einzelne Vertrag die in der Charta enthaltenen Bestimmungen nicht wiederholt, erfolgt seine Ergänzung gemäß Art. 1374 c.c.⁴⁰¹, weil die in der Charta enthaltenen Bestimmungen normative Krafthaben.⁴⁰² Wenn dagegen der Vertragsinhalt von der Charta abweicht, bleibt die Vertragsbestimmung nur gültig, wenn sie einen höheren Grad an Kundenschutz vorsieht; andernfalls ist sie unwirksam.⁴⁰³ Die von der Charta abweichende Vertragsbestimmung wird dann nach Art. 1339 c.c. ersetzt. Der verbindliche Charakter der Bürgercharta wird durch den Kundenanspruch auf Entschädigung im Fall von Missachtung der Standards und durch die Aufsichtsaufgabe der Regulierungsbehörde gemäß Art 2 Abs. 12 lit. p) Gesetz Nr. 481/95 betont. Nach Art. 481/95 findet im Fall der Verletzung der in der Charta

³⁹⁹ *Sbisà G.*, *Natura e funzioni delle «carte dei servizi»*. La carta del servizio elettrico, in *Rass. Giur. Enel*, 1997, S. 343-345.

⁴⁰⁰ Es besteht natürlich auch die Möglichkeit, dass der Dienstleister den Inhalt der Charta in den allgemeinen Geschäftsbedingungen einräumt: *Napolitano G.*, zit. 319. Über die Ergänzung des Vertragsinhalts durch die Bürger-Charter siehe *Briani R.*, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in *Corpaci A.* (Hrg.), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, 2003, S. 286 ff.

⁴⁰¹ Art. 1374 c.c. sieht eine Art Vertragsergänzung kraft objektiven Rechts vor: «Vertragsergänzung – Der Vertrag verpflichtet die Parteien nicht nur zu dem, was in ihm ausdrücklich erwähnt ist, sondern auch zu allen jenen Rechtsfolgen, die sich daraus nach dem Gesetz oder, wenn dieses keine Bestimmung enthält, nach den Gebräuchen und der Billigkeit ergeben».

⁴⁰² Gemäß Art. 11 D.lgs. Nr. 286/99 und Art. 101 Abs. 4 c.cons.

⁴⁰³ Dazu *Roppo V.*, *Il contratto*, zit., S. 502.

bekanntgegebenen Standards eine automatische Entschädigung statt, deren Höhe durch die Regulierungsbehörde bestimmt wird.⁴⁰⁴

Zusammenfassend kann man sagen, dass die Anwendung der Bürgercharta auf dem Elektrizitätsmarkt im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen, in denen sie auch angewendet wurde, mehrere positive Effekte erzielt hat.⁴⁰⁵ Vor allem dank kontinuierlichen Monitorings durch die Regulierungsbehörde,⁴⁰⁶ das die ständige Verbreitung der Anwendung der *Carta* und die konstante Steigerung von Energieversorgungsunternehmen, die eine Charta aufgenommen haben, ermöglicht hat.⁴⁰⁷ Gleichwohl wurden aber auch die Grenzen dieses Instruments aufgezeigt, das den Kunden unzureichende Garantien bot. Grund dafür war, dass die allgemeinen Referenzschemata nur allgemeine Qualitätsindikatoren festlegten, während die konkrete Standardsetzung den Dienstleister überlassen war, mit der Folge, dass Dienstleister tendenziell vorsichtige Standards angenommen haben. Darüber hinaus waren die Qualitätsstandards sehr unterschiedlich auf dem Nationalgebiet, ohne dass es für eine solche Differenzierung ein angemessener Grund gab.

Ein weiterer Kritikpunkt bestand darin, dass die Festlegung von Prozeduren und die Höhe der Entschädigungen bei Nichteinhaltung der Standards den Dienstleistern überlassen war und sich fast alle Dienstleister für eine Entschädigung auf Kundenantrag entschieden, mit geringem Erfolg im Vergleich zu den automatischen Entschädigungen, die durch das Gesetz Nr. 481/95 eingeführt wurden. Auf diesen Gründen basierte die Kritik, die zu den Dienstleistungschartas als Instrumente der Selbstregulierung auf den regulierten Märkten geäußert wurde. Insbesondere wurde die Heterogenität der Qualitätsstandards stark kritisiert, weil der Anspruch auf öffentliche Dienstleistungen gewisser Qualität zu den neu entstandenen Bürgerrechten gehört, die keinerlei Abweichungen erleiden können, so dass eine Differenzierung unter den Kunden undenkbar wäre. Öffentliche Dienstleistungen sind darauf gerichtet, Bedürfnisse zu erfüllen, die unter die Sphäre der Personenfreiheit und der Bürgerrechte fallen und deren Sicherstellung nur durch eine

⁴⁰⁴ Art. 2 Abs. 12, litt. g), Gesetz Nr. 481/95.

⁴⁰⁵ Siehe dazu *Gigliani F.*, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, 3/2003, S. 405 ff.

⁴⁰⁶ Art. 2 Abs. 12 litt. p), Gesetz Nr. 481/95.

⁴⁰⁷ Vgl. *La carta dei servizi. I settori dell'energia elettrica e del gas*. Ministero per le attività produttive. Direzione Generale per l'Armonizzazione del Mercato e la Tutela dei Consumatori, September 2005, S. 11 ff.

heteronome Regulierung gewährt werden kann.⁴⁰⁸ Demzufolge kann die Regulierung der Leistungsqualität nicht den Dienstleistern durch Ausübung der Selbstregulierung überlassen werden, weil sie unter den Schutz von Art. 117 Abs. 2 lit. m) Cost. fällt, der dem Staat die ausschließliche Kompetenz für die Bestimmung der wesentlichen Leistungsniveaus bezüglich der auf dem gesamten Nationalgebiet zu gewährleistenden Zivil- und Sozialrechte zuweist.

Diese Überlegungen führten dazu, die Bürgerchartas im Elektrizitätssektor durch Beschlüsse der Regulierungsbehörde zu ersetzen.⁴⁰⁹ die Abschaffung des allgemeinen Referenzschemas für den Elektrizitätssektor erfolgte durch Art. 34 des Beschlusses Nr. 201/99^{410 411}. Seitdem ist der regulatorische Eingriff der Behörde zur Festlegung von Standards und zur Prüfung ihrer Beachtung durch Energieversorgungsunternehmen ständig gewachsen. Das Festhalten an den festgelegten Standards wird durch ein System von automatischen Entschädigungen gesichert, nach dem die Nutzer in die Lage versetzt sind, die Berücksichtigung der festgelegten Standards direkt zu verlangen oder sich an die Behörde zu wenden. Der gewöhnliche Rechtsweg zum Gericht bleibt nur eine residuale Option. Die AEEG-Richtlinien betreffen, sowohl die Handelsqualität (mit Bezug auf die allgemeinen Aspekte der Leistungserbringung, wie etwa Vertragsabschluss und -kündigung, Zahlungsmodalität, Voraussetzungen der Leistungsunterbrechung wegen Zahlungsverzugs und Modalitäten der Wiederherstellung der Versorgung, Meldung von Schäden und Störungen) als auch die technische Qualität des Stromdienstes im Sinne der Kontinuität und Qualität der Spannung. Die Handelsqualität bezieht sich auf die Geschwindigkeit bei der Ausführung von angeforderten Dienstleistungen, wie Kostenvoranschlägen, Anschlüssen an das Netz, Dienstaktivierungen, technische Kontrollen, Beantwortung von Reklamationen bezüglich der Ableseverfahren von Energieverbrauch oder der Richtigkeit der Rechnungsangaben. Natürlich können

⁴⁰⁸ *Gigliani F.*, zit., S. 416 ff.

⁴⁰⁹ Art. 11 d.lgs. 286/99.

⁴¹⁰ Delibera 201 del 28 dicembre 1999: "Direttiva concernente la disciplina dei livelli specifici e generali di qualità commerciale dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica ai sensi dell'art. 2, comma 12, lettera g) ed h) della legge 14 novembre 1995 N. 481". Zuletzt geändert durch Delibera Nr. 333/07: "Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di distribuzione, misura e vendita dell'energia elettrica per il periodo 2008-2011".

⁴¹¹ Gegen die Rechtfertigung der Abschaffung des Ministerpräsidentenerlass durch Beschlüsse der sektorspezifischen Behörde wurden Bedenken erhoben: siehe dazu *Napolitano G.*, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, 2001, S. 365, Fn. 187.

Stromlieferanten Qualitätsstandards und Entschädigungen anbieten, die höher sind als jene, die von der Aufsichtsbehörde festgelegt wurden.

4.5.3 Der „Codice di condotta commerciale“

Mit Beschluss Nr. 105/06⁴¹² hat die AEEG den „*codice di condotta commerciale*“ für Energieversorgungsunternehmen erlassen. Der Kodex ist als Schutzinstrument für gebundene Stromabnehmer in der Phase der Vertragsverhandlung mit Versorgungsunternehmen konzipiert und zielt darauf ab, eine transparente und zuverlässige Information bei der Erstellung vertraglicher Angebote zu sichern. An diesem Verhaltenskodex müssen sich alle Versorgungsunternehmen bei Geschäftsverhältnissen mit Stromkunden in niedriger Spannung halten.

Der Verhaltenskodex enthält eine Reihe von Bestimmungen, die sich grundsätzlich auf die vorvertragliche Phase beziehen (Art. 9), ferner auf Lauterkeitsvorschriften und Informationslasten bei der Werbung von geschäftlichen Angeboten (Art. 7), aber auch auf eine genaue Regelung der Modalitäten der Vertragsgestaltung (Art. 10) und auf die einseitige Änderung vertraglicher Bedingungen (Art. 13).

Ziel des Verhaltenskodex ist es, den Kunden eine korrekte Information zu gewähren und ihnen einen Vergleich zwischen unterschiedlichen Angeboten zu ermöglichen, um dadurch die Vorteile des liberalisierten Markts für Verbraucher zu maximieren. Aus diesem Grund sind Unternehmen nicht nur zur korrekten Angabe aller Informationen, die die geschäftlichen Angebote betreffen, verpflichtet, sondern auch zum Zurverfügungstellen der erforderlichen Instrumente, um die Angebote analysieren zu können. Die in dem „*Codice di condotta commerciale*“ enthaltenen Vorschriften beziehen sich insbesondere auf Transparenz von Mitteilungen (Art. 3), von Preisen und Kosten (Artt. 5 und 6), Mindestinhalt von besonderen Angeboten (Art. 7), Klarheit bei der Vertragsgestaltung (Art. 10) und Rücktrittsrecht im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen

⁴¹² Mit dem gleichen Erlass wurde auch der *Codice di condotta* für Gasversorgungsunternehmen geändert, dessen erste Fassung wurde mit Delibera Nr. 126/04 erlassen. Der Codice wurde zuletzt durch Delibera ARG/com 104/10 geändert.

(Art. 12). Bei dem Vertragsabschluss muss das Unternehmen dem Kunden eine Vertragskopie, zusammen mit einem von der AEEG festgestellten Informationsanhang und eine Kostenzusammenfassung aushändigen (Art. 11).

Die erste Fassung des Kodex hatte einen begrenzten Anwendungsbereich: er bezog sich nur auf zusätzliche Leistungen und günstigere Tarifoptionen für gebundene Kunden, so dass nur geringe Aspekte der Kundenbeziehung betroffen waren. Mit der Öffnung des Marktes für alle Haushaltskunden ab dem 1. Juli 2007 hat das Lauterkeitsrecht erheblich an Gewicht gewonnen. Dies hat die AEEG dazu bewogen, den *Codice di condotta* neu zu fassen und seinen Anwendungsbereich zu erweitern, mit dem Ziel, Missbräuche von Versorgungsunternehmen bei der Werbung ihrer geschäftlichen Angebote zu verhindern, und eine vergleichbare Gestaltung der Verträge zu ermöglichen. Dadurch sollte es gelingen, einen gesunden Wettbewerb zwischen den Marktakteuren zu gewähren und die Vorteile des freien Markts für Stromverbraucher zu maximieren. Seiner Natur nach enthält der Verhaltenskodex viele Vorschriften, die schon aus den allgemeinen Regelungen zur unerlaubten und vergleichenden Werbung zu der *bona fide* und in Verhandlungen aus dem *codice civile* oder aus dem *codice del consumo*, zu entnehmen sind. All diese Vorschriften bleiben natürlich unangetastet.

Der „Codice“ schreibt vor, dass Informationen über geschäftliche Angebote nach Kriterien der Transparenz, Umfang und Nichtdiskriminierung übermittelt werden müssen. Verträge müssen mit Klarheit gestaltet werden, damit sie von jedem Kunden verstanden werden können, insbesondere mit Bezug auf die Preisangabe (Art. 6). Über den Preis für die einzelne Leistung hinaus müssen auch die gesamten Kosten, die für den Kunden entstehen, klar mitgeteilt werden (Art. 7). Bei der Werbung für vertragliche Angebote müssen bestimmten Angaben mitgeteilt und die Prinzipien der Lauterkeit gegenüber den Konkurrenten berücksichtigt werden. So ist beispielsweise keine Verletzung ihres Rufes erlaubt (Art. 8). Art. 10 enthält die Angaben, die bei dem Vertragsabschluss mitzuteilen sind, während Art. 12 die Modalität der Vorankündigung im Fall einseitiger Änderung von Vertragsklauseln bestimmt.

Noch zu erörtern bleibt die Frage nach der Durchsetzung des *Codice di condotta commerciale*. Nach Meinung der Behörde soll die in dem *Codice di condotta* enthaltene Regelung die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften ergänzen und nicht völlig ersetzen. Dementsprechend scheint es, dass bei Verletzung des Kodex

die Anwendung des ordentlichen Rechtsweges ausgeschlossen bleiben und jede Verletzung direkt von der Regulierungsbehörde sanktioniert werden soll. Wenn dagegen der ordentliche Rechtsweg eingeräumt werden sollte, würde die Wirkung des Kodex stark reduziert. Der Vertrag kann wohl wegen Irrtum oder arglistiger Täuschung angefochten werden und der Kunde sich infolgedessen auf den Art. 1338 c.c. berufen, wenn der Versorgungsvertrag aufgrund mangelnder, falscher oder unvollständiger Informationen ausgeschlossen wurde.⁴¹³ Nichtsdestoweniger treffen den Kunden schwere Beweislasten, falls der Richter die Verletzung des *Codice* als nicht relevant erklärt: daraus folgt, dass sich das Risiko einer individuellen Klage nicht als Abschreckung für die Vermeidung von Fehlverhalten gegenüber den Kunden auswirkt. Es mag auch sein, dass Unternehmen gegen ihre Konkurrenten die Verletzungen des *Codice* wegen unerlaubten Wettbewerbs erheben. In diesem Fall haben Kunden einen indirekten Vorteil, insoweit dass Unternehmen die Vorschriften über fairen Handel und die Informationspflichten berücksichtigen. Dieses Verfahren kann aber auch verwendet werden, um konkurrierende Unternehmen zu benachteiligen, statt das gute Funktionieren des Marktes zu gewährleisten.

4.5.4 Der „Regolamento di servizio“

Eine weitere Ergänzungsquelle des Vertrages hinsichtlich der Regulierung der Kundenbeziehungen bildet der „*Regolamento di servizio*“ oder Dienstverordnung, welche gemäß Art. 2 Abs. 37 Gesetz Nr. 481/95 jedes Unternehmen aufzunehmen hat.

Dieses *Regolamento* ist ein Akt rechtsgeschäftlicher Natur, bei dessen Konzeption die Grundsätze des Gesetzes Nr. 481/1995 sowie die in der Konzessionsabgabe oder in dem Programmvertrag nach Art. 2 Abs. 36 Gesetz Nr. 481/95 berücksichtigt werden müssen. Die Dienstverordnung wird automatisch durch Beschlüsse der Behörde über Leistungsstandards geändert und ergänzt.

⁴¹³ Siehe die zwei Urteile: Pret. Bologna 8 aprile 1997, in *Foro italiano* 1997, I, S. 3064 und Trib. Terni 6 luglio 2004, in „*Giur. It.*“, 2005, S. 1837. Siehe auch G. pace Avellino, 4 febbraio 2005, in „*Corr. merito*“, 2005, S. 755.

Ihrer Natur nach ist die Dienstverordnung kein verwaltungsrechtlicher Akt, wie etwa die Programmverträge und die Konzessionsakte, die maßgeblich für die Verhältnisse zwischen Energieunternehmen und öffentlichen Behörden sind. Hier sind die Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber staatlichen Institutionen, die Ziele, die bei dem Betrieb verfolgt werden müssen, die Aufsichtsprozeduren und die Sanktionsmaßnahmen, die Prozeduren für die Aktualisierung des Konzessionsakts sowie die Fälle des Widerrufs oder der Verlängerung der Betriebskonzession aufgelistet. Solche Programmverträge oder Abmachungen haben keine direkte Relevanz hinsichtlich der Kundenverhältnisse, solange ihre Bestimmungen in die Dienstverordnung nicht aufgenommen werden.

Genau so wie bei der Dienstleistungscharta handelt es sich hier um eine einseitige Verpflichtung im Hinblick auf die Modalitäten der Leistungserbringung oder die Gewährleistung eines bestimmten Qualitätsniveaus, die das Unternehmen gegenüber seinen Kunden annimmt. Insbesondere werden in der Dienstverordnung, neben den allgemeinen Qualitätsstandards, die allgemeinen Bedingungen der Leistungserbringung festgesetzt, wie etwa die Leistungsinbetriebnahme, die Kosten für den Anschluss, die Beibehaltung der Anlage und Fälle der Leistungsunterbrechung.

Vor dem Gesetz Nr. 481/95 waren die allgemeinen Bedingungen von Verträgen der öffentlichen Dienstleistungen durch verwaltungsrechtliche Verordnungen festgelegt und dementsprechend konnten sie im Fall der Verletzung eines rechtlichen Interesses des Einzelnen vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden.

Nach der heutigen Regelung bildet die Dienstverordnung einen rechtsgeschäftlichen Akt, der ausschließlich der zivilrechtlichen Materie mit allen üblichen Folgen zugeordnet ist.

4.5.5 Weitere Rechtsquelle des Energievertragsrechts: der neue „Codice del consumo“

Bei der Implementierung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben im Bereich Verbraucherschutz hatte sich der italienische Gesetzgeber ursprünglich für die so

genannte „Insellösung“ und damit für den Erlass einzelner Gesetze zur Umsetzung europäischer Richtlinien entschieden. Dann wurden die wichtigsten Verbraucherschutzbestimmungen in das Zivilgesetzbuch nach der „Einheitslösung“ aufgenommen und erst mit dem Erlass des „Codice del consumo“ wurde ein Sondergesetz ausgearbeitet, das eine einheitliche Systematisierung des gesamten Verbraucherrechts schaffen sollte: „Kodifikationslösung“.⁴¹⁴

Das im Jahr 2005 verabschiedete Verbrauchergesetzbuch⁴¹⁵ sollte alle Verbraucherschutznormen in einem koordinierten Text zusammenfassen, mit dem deklarierten Ziel, dem Verbraucherrecht eine systematische Einheit zu verleihen und dadurch den Verbraucherschutz zu erhöhen.⁴¹⁶ Doch wurde dieses Ziel, wie in der Doktrin verbreitet unterstrichen wird, verfehlt, weil es sich um eine reine Kompilation der bereits geltenden Regelungen mit nur wenigen inhaltliche Neuerungen handle.⁴¹⁷

Der „Codice del consumo“ besteht aus sechs Teilen, die jeweils in mehrere Unterteile und Abschnitte untergegliedert sind. Die Gliederung entspricht im Wesentlichen den Phasen der Vertragsverhältnisse von Verbrauchern: nach dem ersten Teil, der allgemeinen Bestimmungen betreffend Zielsetzung und Gegenstand des Gesetzes, Auflistung von Verbrauchergrundrechten⁴¹⁸ und

⁴¹⁴ Zu den erwähnten Implementationslösungen siehe: *Vogel A.*, Verbrauchervertragsrecht im Privatrechtssystem – Zur systematischen Stellung verbrauchervertraglicher Vorschriften im Recht der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, GPR 2005, Heft 4, S. 165 ff. Siehe auch *Sirena P.*, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, *Rivista di diritto civile* 2004, n. 5, S. 787 ff.

⁴¹⁵ Das Verbrauchergesetzbuch wurde per D. lgs. Nr. 206, vom 6. September 2005 erlassen. Dadurch wurde Art. 7, Gesetz Nr. 229, vom 29. Juli 2003 verwirklicht, der die Regierung dazu beauftragte, innerhalb 24 Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes, ein oder mehrere Legislativdekrete zur Neuerung des Verbraucherrechts zu erlassen. Dabei musste die Regierung die im Art. 1, Gesetz Nr. 59 vom 15. März 1997 enthaltenen Leitprinzipien beachten und folgende Kriterien fortsetzen: die Anpassung der bestehenden Regelung an den gemeinschaftlichen Bestimmungen und ihre Erarbeitung zum Ziel der Harmonisierung, um dadurch auch zum Verbraucherschutz auf supranationaler Ebene beizutragen, die Vereinheitlichung der Prozeduren der Rücktrittsrechte für unterschiedliche Vertragsarten und die Koordinierung des Beitritts von Verbraucherschutzverbänden zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung, unter Achtung der gemeinschaftlichen Vorgaben.

⁴¹⁶ Für einen historischen Abriss über die Entwicklung des Verbraucherschutzes in Italien siehe *Alpa G.*, I diritti dei consumatori e il <Codice del consumo> nell'esperienza italiana, in *Contratto Impresa Europa*, 2006, I, S. 6 ff.

⁴¹⁷ *De Nova G.*, La disciplina della vendita dei beni di consumo nel „Codice“ del consumo, I contratti, 2006, S. 392; *De Cristofaro G.*, Il „Codice del consumo“, *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, S. 749.

⁴¹⁸ Art. 2 C. cons. enthält die Auflistung der Grundrechte: diese Grundrechte entsprechen einigermaßen der Formulierung der alten Entschließung des Rates betreffend ein erstes Programm vom 14. April 1975 der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, veröffentlicht in G.U.C.E., C 92, vom 25 April 1975, die später im Art. 1 Gesetz Nr. 281 vom 20. Juli 1998 aufgenommen wurde.

Begriffsbestimmungen (Art. 1-3 C. cons.) gewidmet ist,⁴¹⁹ folgen zunächst die Vorschriften betreffend Aufklärung, Unterrichtung und Werbung,⁴²⁰ und dann die Bestimmungen bezüglich des Verbrauchervertrags⁴²¹ und der Sicherheit und Qualität,⁴²² der Verbraucherverbände sowie des Zugangs zur Rechtspflege.⁴²³ Zuletzt sind in den Schlussbestimmungen (Artt. 142-146 Cod. cons.) die Verhältnisse des „Codice del consumo“ zu den anderen Bestimmungen definiert.⁴²⁴ Von Bedeutung ist insbesondere Art. 142 C. cons., der als Koordinierungsnorm mit der im Codice civile enthaltenen Regelung dient, indem er durch die Einführung eines neuen Art. 1469-bis festlegt, dass die Bestimmungen des Codice Civile über den Vertrag im Allgemeinen auch auf Verbraucherverträge Anwendung finden, es sei denn der Codice del consumo oder weitere Sondergesetze sehen für den Verbraucher günstigere Bestimmungen vor. Umgekehrt fallen alle weitere Aspekte des Verhältnisses zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden, die nicht im Codice del consumo geregelt sind, unter die allgemeinen Bestimmungen des Codice civile. Nach Art. 143 Abs. 1 C. cons. sind die im Codice del consumo erfassten Verbraucherrechte unverzichtbar und die im Widerspruch mit diesen Rechten stehenden Vereinbarungen nichtig (Art. 143, Abs. 2 Cod. cons.). Die Aktualisierung des Codice del consumo soll nach Mechanismen erfolgen, die im Art. 144 Cod. cons. geregelt sind, nach dem alle künftigen gesetzgeberischen Eingriffe in die durch den Codice geregelten Materien durch eine Änderung oder Ergänzung des Codice selbst erfolgen müssen. Mit Inkrafttreten des Verbrauchergesetzbuchs sind ferner die

⁴¹⁹ Siehe *De Cristofaro G.*, Le disposizioni <generali> e <finali> del Codice di consumo: profili problematici, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2006, S. 48 ff. Man fragt sich, ob die im Art. 3 C. cons. enthaltenen Definitionen auch bei der Auslegung von Rechtsnormen außerhalb des Verbrauchergesetzbuches anwendbar sind: dagegen spricht der Gesetzeswortlaut, nach dem die o.g. Definitionen sich ausdrücklich nur auf das Verbrauchergesetzbuch beziehen: dafür *De Cristofaro G.*, zit., S. 52. Gegen diese Auffassung *Gentili*, Codice del consumo ed esprit de géométrie, in *Contratti*, 2006, S. 161: von der Zentralität des Verbrauchergesetzbuches entnimmt er die allgemeine Tragweite dieser Begriffe. In der Tat fehlt noch eine Definition von Verbraucher mit allgemeiner Geltung wie etwa die Definition des § 13 BGB: das gleiche gilt auch für die Definitionen von <Berufstätiger>, <Produkt> und <Hersteller>. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass bei manchen Materien die im Verbrauchergesetzbuch nicht aufgenommen wurden, immer noch spezielle Definitionen von Verbraucher gelten.

⁴²⁰ Zweiter Teil, Artt. 4-32.

⁴²¹ Dritter Teil, Artt. 33-101.

⁴²² Viertel Teil, Artt. 102-135.

⁴²³ Fünfter Teil, Artt. 136-141.

⁴²⁴ Siehe dazu *De Cristofaro G.*, Le disposizioni <generali> e <finali> del Codice di consumo: profili problematici, *Contratto e Impresa/Europa* 2006, S. 43 ff.

älteren Sondergesetze abgeschafft worden, deren Regelungen im Verbrauchergesetzbuch aufgenommen wurden (Art. 146 Cod. cons.).

Es herrscht keine Einigkeit in der Doktrin darüber, ob durch die Schaffung eines Einheitswerks tatsächlich ein höheres Verbraucherschutzniveau gewährleistet wird und dies auch in Anbetracht der, der mit dem Codice del consumo relativ wenigen eingeführten Neuerungen. Dennoch hat der Codice einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung der öffentlichen Dienstleistungen geliefert, indem er die Nutzer öffentlicher Dienstleistungen den Verbrauchern ausdrücklich gleichstellt. Somit wird Nutzern und Verbrauchern der gleiche Rechtsschutz zuerkannt; damit wird ein entscheidender Fortschritt im Bereich der Leistungen der Daseinsvorsorge geschaffen. Darüber hinaus erkennt der Codice den Nutzern von öffentlicher Dienstleistungen einen zusätzlichen Anspruch auf Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen nach Qualitäts- und Effizienzstandards zu (Art. 2, Abs. 2, lit. g) Cod. cons.).

Die Stellung dieser Vorschrift in der Liste von Grundrechten ist von besonderer Bedeutung und muss in Verbindung mit Art. 143 C. cons. gelesen werden, der die Unverzichtbarkeit dieser Rechte vorschreibt (Art. 143 Abs. 1 Cod. cons.) und die Nichtigkeit der diesen Rechten widersprechenden Vereinbarungen festschreibt (Art. 143 Abs. 2 Cod. cons.). Diese letztere Vorschrift begegnet jedoch Bedenken, weil sie unverhältnismäßige Folgen haben könnte, indem die Nichtigkeitserklärung eines Vertrages auch bei Leistungserbringung minderer Qualität, fehlerhafter vorvertraglicher oder unkorrekter Werbung erfolgen könnte, was zu Lasten der Rechtssicherheit gehen würde.⁴²⁵

Art. 101 Cod. cons. ist den öffentlichen Dienstleistungen gewidmet, obwohl die Norm ausschließlich einen Verweis auf bestehende Regelungen enthält: sie schreibt vor, dass Staat und Regionen innerhalb der jeweiligen Kompetenzen die Rechte von Nutzern öffentlicher Dienstleistungen durch die effektive und korrekte Anwendung der Prinzipien gewährleisten müssen, die sich aus der gegenwärtigen Regelung ergeben. Im Wesentlichen entspricht die Norm den bereits geltenden Regelungen und ist insoweit „gehaltlos“.⁴²⁶ Nach Art. 101 Abs. 2 Cod. cons. muss die

⁴²⁵ Dazu *Di Marzio F.*, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, *Contratto e impresa*, 2006, S. 673, insb. S. 676 ff.

⁴²⁶ Dazu *De Cristofaro G.*, *Il „Codice del consumo“: un’occasione perduta?*, in *Studium Iuris*, 2005, S. 1144.

Leistungserbringung unter Beachtung von im Voraus festgelegten und veröffentlichten Qualitätsstandards erfolgen. Den Nutzern wird die Teilnahme durch ihre Vertretungsorganisationen am Verfahren zur Festlegung von Standards gewährleistet (Art. 101 Abs. 3 Cod. cons.) und Art. 101 Abs. 4 Cod. cons. sieht für bestimmte Kategorien von Dienstleistern die Pflicht zur Aufnahme einer *Carta dei servizi* vor.

Nach dieser kurzen inhaltliche Darstellung des *Codice del consumo* bleibt die Frage zu untersuchen, inwieweit das Verbrauchergesetzbuch bei der Umwandlung des Energiemarkts zur Entwicklung der Kundenstellung beigetragen hat.

Die Analyse dieses Normwerks muss also aus der Perspektive des Bürgers als Nutzer von öffentlichen Dienstleistungen ausgehen, um festzustellen, ob ihm der *Codice del consumo* breiteren Schutz als normalen Verbrauchern oder als Nutzern anderer Leistungen verleiht.

Die Liberalisierung hat die Durchsetzung der drei Grundsätze von Wettbewerb, Qualität und Effizienz auf dem Energiemarkt ermöglicht. Die erste Folge der Wettbewerbseinführung besteht im Wandel der Stellung des Bürgers, der vom Leistungsempfänger zum Nutzer⁴²⁷ (tätig auf dem Markt) wird. Bei diesem Wandel ist es erforderlich, dass die Pflichten des Dienstleisters und die Rechte (Ansprüche) der Bürger-Nutzer im Voraus eindeutig geregelt werden, um Konflikte möglichst zu vermeiden. Ein zweiter Effekt der Wettbewerbseinführung besteht auch darin, dass nicht nur die Verbesserung des Verhältnisses von Preis und Leistung sowie die Effizienzsteigerung erfolgen, sondern, und noch wichtiger, eine Rückführung des Rechtsverhältnisses unter das Dach des Privatrechts stattfindet. Unter dem alten Regime der Energiewirtschaft war diese Möglichkeit ausgeschlossen; erst mit der Privatisierungswelle und der Durchsetzung von privatrechtlich organisierten Unternehmen wurde dies möglich.

Unter dem alten monopolistischen Regime der Energiewirtschaft, also als die Energieversorgung durch ein öffentliches Unternehmen erbracht wurde, war der Dienstleister nach einem öffentlich-rechtlichen Muster organisiert, das ihm eine privilegierte Sonderstellung zuwies. Es galt die Vermutung, dass der Schutz der Leistungsempfänger schon allein aus der Tatsache erfolgte, dass die Leistung durch

⁴²⁷ Diese Terminologie verwendet *Cassese S.*, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, S. 237.

ein öffentliches Subjekt unter direkter staatlicher Kontrolle erbracht wurde. Dies sollte das gute Funktionieren und die Erschwinglichkeit der Leistungserbringung gewährleisten. In der Tat erwies sich diese Vermutung als unzutreffend und das daraus resultierende System als ineffizient: das Unternehmen konnte sich einfach den Kontrollen entziehen und aufgrund fehlender Transparenz und Rechtssicherheit in den Kundenverhältnissen gelang es den Leistungsempfängern nicht, ihre Rechte durchzusetzen.⁴²⁸ Infolge der Liberalisierung und Kommerzialisierung öffentlicher Dienstleistungen hat sich die rechtliche Stellung von Nutzern grundsätzlich geändert und Kundenrechte sind ins Zentrum der Regelungsmaterie gerückt. Die Nutzer sind Verbrauchern gleichgestellt und genießen die gleiche rechtliche Behandlung.

Das neue *Codice del consumo* entspricht genau diesem Wandel. Mit dem *Codice del consumo* ist wohl kein neues Recht entstanden, das Verbraucherrecht hat jedoch dadurch eine Einheit und eine kohärente Systematisierung als eigenständiges Rechtsgebiet gewonnen.⁴²⁹ Damit wurde die grundlegende Umwandlung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gefestigt sowie die Grundlage für ihre zukünftige Entwicklung geschaffen.

In der Festlegung von unverzichtbaren Rechten von Verbrauchern und Nutzern ist eine echte *bill of rights* zu sehen⁴³⁰, die den Nutzern subjektive Ansprüche zuerkennt und eine Grenze bei der Vertragsfreiheit darstellt. Als Grundrechte sind anerkannt: a) Schutz der Gesundheit; b) Sicherheit und Qualität von Produkten und Dienstleistungen; c) angemessene Information und korrekte Werbung; c-bis) Ausübung von Geschäftspraktiken nach Treu und Glauben; d) Verbraucherunterrichtung; e) Redlichkeit, Transparenz und Billigkeit in den Vertragsbeziehungen; f) Förderung und Entwicklung der freien, freiwilligen und demokratischen Vereinigung; g) Qualität und Effizienzstandards und entsprechende Versorgung mit öffentlichen Dienstleistungen. Der Codice fördert den Schutz der oben genannten Rechten, sowohl auf nationaler als auch auf lokaler Ebene und ferner durch kollektiven Schutz.

⁴²⁸ Dazu Amato G., Citizen and Public Services. Some General Reflections, in: *Freeland M./Sciarra S.* (Hrsg.), *Public Services and Citizenship in Europe*, Oxford, 1998, S. 154.

⁴²⁹ Über die Möglichkeit der Übertragung des italienischen Modells des Codice del Consumo auf gemeinschaftlicher Ebene, siehe *Lilja A.-J.*, *Der Codice del consumo (2005) – Ein Vorbild für die Europäische Verbrauchergesetzgebung?*, BWV-Berliner Wissenschaftsverlag, 2010.

⁴³⁰ *Benedetti A.M.*, *Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?*, in *Politica del diritto*, 2007, S. 466.

4.6 Vertragsgestaltung auf dem Energiemarkt

4.6.1 Kontrahierungszwang und Gleichbehandlungsgebot in der Elektrizitätswirtschaft

Durch den Kontrahierungszwang wird die grundsätzlich bestehende Abschlussfreiheit von Marktakteuren zum Zwecke der Erreichung von öffentlich relevanten Zielen beschränkt, indem jemandem die Pflicht auferlegt wird mit einem anderen den von diesem gewünschten Vertrag abzuschließen. Insoweit stellen Zwangsverträge ein eindeutiges Beispiel der Instrumentalisierung des Vertragsrechts dar. Wo eine gesicherte Monopolstellung vorliegt, dient die gesetzliche Pflicht zum Vertragsabschluss als Korrektiv der sich auf dem Markt ergebenden Ungleichheiten, trägt zur Wiederherstellung des Gleichgewichts bei den Verhandlungen bei und hilft, möglichen Missbräuchen aufgrund ungleicher Marktverhältnisse entgegenzuwirken.⁴³¹

Das Paradigma des Kontrahierungszwangs findet dann Anwendung, wenn keine zumutbare Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsschluss über wichtige Güter oder Leistungen besteht.⁴³² Dies ist für lange Zeit der Fall der Elektrizitätsversorgung gewesen⁴³³, die historisch einen monopolistischen Markt darstellte, in dem die gesetzliche Anschluss- und Versorgungspflicht des Versorgungsunternehmens gegenüber Stromabnehmern als Korrektiv der wettbewerbslosen Ausgestaltung des Strommarkts diente. Somit war eine flächendeckende Versorgung und eine Belieferung der Bevölkerung mit Elektrizität

⁴³¹ *Visalli N.*, Il contratto imposto, Riv. dir. civ., 1999, S.193. *Baracchini B.*, Obbligo a contrarre del monopolista, condizioni generali di contratto e modalità di conclusione dei contratti di somministrazione di energia elettrica, in Rass. giur. en. el., 1995, S. 853 ss.; *Libertini M./ Sanfilippo P.M.*, voce Obbligo a contrarre in Dig. disc. priv., Sez. civ., XII, Torino, 1995.

⁴³² *Kilian W.*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP, 180, 1980, S. 52.

⁴³³ Ludwig Reiser hat drei Fälle erwähnt, bei denen der Kontrahierungszwang für berechtigt gehalten werden kann: bei plötzlichem Widerspruch zum bisherigen Verhalten und zu genährten Erwartungen; bei willkürlicher und ungerechter Benachteiligung entgegen dem Gleichheitsgebot; bei Gefahr für die Funktionsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Ordnung, *Raiser L.*, Kontrahierungszwang im Monopolrecht, in Institut für Ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht. Bd. II, Karlsruhe, 1961, S. 523 (530 ff.). Der letzte Fall passt zu der Elektrizitätswirtschaft und bildet den dogmatischen Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Kontrahierungszwanges auf dem Energiemarkt.

ohne willkürliche und ungerechte Diskriminierung zwischen Stromabnehmern gewährleistet.⁴³⁴

Nach der gegenwärtigen Rechtslage besteht eine gesetzliche Pflicht zum Vertragsabschluss nur für die Übertragungsnetzbetreiber (Art. 3 Abs. 1 D. lgs. 79/99) und für Energieverteilungsunternehmen (Art. 9 Abs. 1 D.lgs. 79/99). Der Kontrahierungszwang bezieht sich also nur auf die netzgebundenen Ebene der Stromversorgung. Grund dafür ist, dass Stromübertragung und –verteilung aufgrund der Netzgebundenheit ein natürliches Monopol darstellen und von daher nicht wettbewerbsfähig sind; dennoch ist der diskriminierungsfreie Zugang zu den Netzen unabdingbare Bedingung für die wettbewerbliche Gestaltung der anderen Ebenen der Wertschöpfungskette: reale Freiheit bei Stromerzeugung und –vertrieb besteht nur, soweit Netznutzung und –zugang für alle Marktteilnehmer ohne Diskriminierungen gewährleistet sind.⁴³⁵ Hierdurch wird deutlich, wie durch den Abschlusszwang private Akteure gerade als „Funktionäre der Rechtsordnung“⁴³⁶ handeln und was für eine zentrale Rolle das Institut des diktierten Vertrags bei der Umwandlung der Energiewirtschaft spielt.⁴³⁷ Über die Berücksichtigung des Kontrahierungszwangs wacht die Regulierungsbehörde, die bei Verletzungen der Abschlusspflicht zur Verhängung von Sanktionen ermächtigt ist.⁴³⁸

Unter dem ehemaligen Monopolregime galt für den staatlichen Monopolanbieter die allgemeine zivilistische Regelungsmaterie, die der systematischen Auslegung von Art. 1679 c.c. und Art. 2597 c.c. zu entnehmen ist.⁴³⁹ Art. 2597 c.c. schreibt vor, dass

⁴³⁴ *Caruso D.*, *Obbligo di contrattare e parità di trattamento nei contratti di somministrazione di energia elettrica*, *Rass. giur. en. el.*, 1989, S. 625 ff.

⁴³⁵ *De Nova G.*, *Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, 2011, S. 120: «Non vi è libertà di produzione se non vi è libertà di mercato o garanzia di vendita, e certezza di vettoriamento.»

⁴³⁶ *Busche J.*, in *Baur J. (Hrsg.) Die Energiewirtschaft in der Regulierung*, Hrsg. J. Baur, 2004, S. 121: «Der Gesetzgeber nimmt hier die am Gütertausch interessierten Privatsubjekte als „Funktionäre der Rechtsordnung“ in Dienst, um über das Instrument des Vertragsschlusses ein bestimmtes Lenkungsziel zu erreichen, nämlich die Erbringung der in den gesetzlichen Bestimmungen bezeichneten Leistung, konkret also den Netzzugang. Der spezialgesetzliche Kontrahierungszwang ist in diesem Sinne rechtspolitisch immer dann veranlasst, wenn die Selbstregulierung der Parteien mit Hilfe des allgemeinen Vertrags- und Deliktsrechts sozietätsgebundene Steuerungsziele verfehlt.»

⁴³⁷ Für eine Darstellung der Anwendung vom Kontrahierungszwang in der deutschen Elektrizitätswirtschaft siehe *Scholz U.*, *Kontrahierungszwang in der Elektrizitätswirtschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden; vgl. auch *Bydlinski F.*, *Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges*, *AcP*, 180, 1980, S. 1 ff.; *Kilian W.*, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, *AcP*, 180, 1980, S. 47 ff.

⁴³⁸ Art. 2 Abs. 12 lit. d), Gesetz Nr. 481/95.

⁴³⁹ Über das Verhältnis zwischen den zwei Bestimmungen siehe *L. Nivarra*, *Contributo all'esegesi dell'art. 2597 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 75 ff.: Art. 1679 c.c. gilt gegenüber Art. 2597 c.c. als Spezialnorm.

Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit im Monopolregime betreiben, verpflichtet sind, jeden Vertragsantrag anzunehmen und sich dabei an das Gleichbehandlungsgebot zu halten.⁴⁴⁰ Die Norm bezieht sich ausschließlich auf ein legales Monopol.⁴⁴¹ Gleichwohl bleibt die Analyse der allgemeinen Regelung des diktierten Vertrags von großer Bedeutung, denn aus der Auslegung von Art. 1679 c.c. und Art. 2597 c.c. hat die Doktrin ein Modell hergeleitet, das als Paradigma für alle Verträge über die Nutzung von öffentlicher Dienstleistungen, so genannte „*contratti di utenza pubblica*“⁴⁴², gelten soll.⁴⁴³

Historisch betrachtet fand das Institut des diktierten Vertrages zunächst im Bereich des Eisenbahnrechts Anwendung⁴⁴⁴, wurde jedoch bald als deklariertes Instrument des Verbraucherschutzes⁴⁴⁵ auf den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen unter monopolistischem Regime, zum Ziel der Vorbeugung bzw. Ausgleich von Wettbewerbsbeschränkungen und ungleicher Marktverhältnisse übertragen.

Heute wie zuvor wird die Abweichung vom klassischen Paradigma des bilateralen Konsensus beim Vertragsabschluss durch die Beeinträchtigung der Auswahlfreiheit der Verbraucher begründet, die aus der gesetzlichen Privilegierung eines Unternehmens erfolgt. Aus dieser Perspektive hat die Doktrin ein allgemeines Prinzip hergeleitet, nach dem, abgesehen von der monopolistischen Marktstruktur, die gesetzliche Pflicht zum Vertragsabschluss immanent dem Wesen von öffentlichen Dienstleistungen sei und zwar jedes Mal, wenn die Leistungserbringung auf vertraglicher Basis erfolgt, also wenn es um unternehmerisch erbrachte Leistungen geht.⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ Art. 2597 c.c. lautet: «Chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale (1679) ha l'obbligo di contrattare (2932) con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento».

⁴⁴¹ So hat sich die herrschende Rechtsprechung ausgesprochen, der Kontrahierungszwang sei nicht an das faktische Monopol anwendbar. Siehe Cass., sez. I civ., 23 gennaio 1990, n. 355, in Rass. giur. en. el., 1990, 1035 ss.; siehe auch Cass. 3 luglio 1968, n. 2216, in Foro it., 1968, I, 2352. Für die Anwendung von Art. 2597 c.c. auch auf dem faktischen Monopol durch die analogische Anwendung von Art. 1679 c.c. siehe *Montesano L.*, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1979, SS. 508 ff.

⁴⁴² Die Definition stammt von *Alpa G.*, *Contratti di utenza pubblica*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, S. 108 ff.

⁴⁴³ *Nivarra L.* zit., 103 ff.; *L. Mancini* zit., 134 ff.; *Visalli N.* zit., 221.

⁴⁴⁴ Vgl. *Asquini A.*, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1935, S. 7.

⁴⁴⁵ In der *Relazione al codice civile* liest man: «(l'obbligo di contrattare) si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale...va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i trasporti ferroviari) nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno», *Relazione* n. 1046.

⁴⁴⁶ *Stolfi M.*, *L'obbligo legale a contrattare*, *Riv. dir. civ.*, 1932, S. 131.

Es sei - so wird angeführt - mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nicht vereinbar, dass einige Nutzer aufgrund willkürlicher, sachlich unbegründeter Ungleichbehandlung von der Leistungserbringung ausgeschlossen bleiben.⁴⁴⁷ Bei manchen hochwertigen öffentlichen Dienstleistungen, die der Erfüllung von primären Bedürfnissen der Bevölkerung dienen, gilt also der diktierte Vertrag als Paradigma der Leistungserbringung und wird somit zum Kernstück der Regelungsmaterie und zum Instrument der Gewährleistung diskriminierungsfreien Zugangs für alle Nutzer. Demzufolge sei - so wird weiter angeführt - der ganze Rechtsbereich von „*contratti di utenza pubblica*“ auf das Modell des diktierten Vertrags nach Art. 2597 c.c.⁴⁴⁸ bzw. Art. 1679 c.c. im Fall von auf wettbewerblichem Markt betriebenen Leistungen zurückzuführen.⁴⁴⁹ Art. 1679 c.c. richtet sich an Konzessionäre von Linienverkehr für die Personenbeförderung oder den Gütertransport und schreibt ihnen vor, unter der einzigen Voraussetzung der Berücksichtigung der üblichen Mittel des Unternehmens der dem Publikum bekannt gegebenen allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in dem Konzessionsakt festgesetzt sind, alle Vertragsanträge anzunehmen. Dadurch soll ein allgemeiner und diskriminierungsfreier Zugang allen Nutzern gewährleistet werden, was den Grundprinzipien der Gleichbehandlung und Kontinuität bei der Leistungserbringung im Bereich öffentlicher Dienstleistungen Rechnung trägt.

Das im Art. 2597 c.c. enthaltene Prinzip unterliegt jedoch einigen Grenzen, weil diese Pflicht an den geschäftlichen und betrieblichen Angelegenheiten des Unternehmens gemessen wird. Um den konkreten Umfang einer Anschluss- und Versorgungspflicht zu bestimmen, muss man sich auf die Fälle beziehen, bei denen ein subjektiver Anspruch von einer Kundengruppe schon besteht, so dass (wenn die Belieferung an weiteren potentiellen Endkunden, die sich in vergleichbarer sachlicher Lage befinden, verneint werden sollte), sich die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und damit des Kontrahierungszwanges ex Art. 2597 c.c. verwirklicht. Die zwei Gebote aus Art. 2597 c.c. bilden eine systematische Einheit,

⁴⁴⁷ *Stolfi M.*, zit. 129-130: «(...) l'obbligo dello Stato o dei suoi concessionari di soddisfare le richieste di coloro che domandano di valersi del pubblico servizio dipende dalla natura pubblica di esso e non dall'elemento del monopolio, che non è essenziale al concetto di pubblico servizio».

⁴⁴⁸ Für die Anwendbarkeit der Vorschrift vom art. 2597 c.c. auch an öffentliche Unternehmen siehe Cass. Sez. Un., 26 aprile 1977, n. 1547 in Giust. civ. 1977, 1133 ss; Cass. Sez. I civ., 23 gennaio 1998, n. 298 in Giur. it. 1979; I, I, 147 ss.; Cass. Sez. Un. 353/1985 in Giust. civ., 1985, 1042 ss.

⁴⁴⁹ *Mancini L.*, zit. S. 134.

denn das Gleichbehandlungsgebot impliziert notwendigerweise die Pflicht zur Annahme eines Vertragsantrages von Kunden, die sich in vergleichbaren Situationen befinden.

Eine relevante Beschränkung der Kundenansprüche erfolgt jedoch daraus, dass Kundenansprüche am organisatorischen Ermessen des Unternehmens und damit an den aus wirtschaftlichen Gründen bestehenden Unzumutbarkeit scheitern können. Bevor ein rechtlicher Anspruch von Stromabnehmern entsteht, findet eine Programmierungsphase statt, in der sämtliche geschäftliche und betriebliche Angelegenheiten des Unternehmens festgelegt werden, die dann entscheidend für den Umfang der Anschluss- und Versorgungspflicht sind; dabei werden Kundenansprüche an der wirtschaftlichen und betrieblichen Zumutbarkeit des Unternehmens gemessen.⁴⁵⁰ Diese Phase wird jedoch nicht dem Unternehmen ganz überlassen, weil bei der Programmierung der wirtschaftlichen Tätigkeit das Unternehmen die Rahmenvereinbarungen mit der öffentlichen Verwaltung sowie die in den Konzessionen festgelegten Bestimmungen immer berücksichtigen muss.

Der *Decreto Bersani* zur Umsetzung der EU-Richtlinie setzt den Kontrahierungszwang, sowohl für Verteilungsunternehmen als auch für den Übertragungsnetzbetreiber, fest. Art. 9 Abs. 1 des Dekrets richtet sich an Verteilungsunternehmen und schreibt ihnen vor, mit Rücksicht auf die von AEEG festgesetzten technischen und vertraglichen Bedingungen und ohne die Leistungsqualität zu gefährden, jeden Nachfragender an das Netz anzuschließen. Ähnliches bestimmt für den Netzbetreiber Art. 3 Abs. 1 des Dekrets. Über die Einhaltung dieser Pflicht wacht die AEEG im Rahmen ihrer institutionellen Aufsichtsaufgabe der allgemeinen Zugänglichkeit und Kontinuität der Leistungen. Nach Art. 3 Abs. 3 *Decreto Bersani* legt die AEEG die entsprechenden Bestimmungen zur Gewährleistung freien Zugangs unter Bedingungen der

⁴⁵⁰ Cass. 3 luglio 1979, n. 3723, in Rass. 1980 S.662. Vgl. auch den Spruch des Kassationsgerichtshofs vom 11. November 1988 Nr. 6069 in Foro it., Rep. 1988, voce Energia elettrica n. 30: «Qualora il comune, dopo aver realizzato un impianto per l'adduzione di energia elettrica in zone rurali, affidandolo in gestione all'Enel con apposita convenzione, deliberi di non ripristinare una parte della linea che sia stata distrutta da eventi naturali, deve escludersi che il privato, rimasto privo di fornitura di energia possa agire contro il comune davanti al giudice ordinario, per conseguire la riattivazione dell'elettrodotto od il risarcimento del danno, atteso che la suddetta deliberazione integra atto discrezionale dell'amministrazione, cui si correlano posizioni di mero interesse legittimo, tutelabili davanti al giudice amministrativo, e che, inoltre, dall'indicata convenzione, in quanto esclusivamente attinente ai rapporti tra il comune e l'Enel non scaturiscono diritti soggettivi in favore dei beneficiari dell'opera pubblica».

Gleichheit, Impartialität und Neutralität der Leistung an alle Kunden fest. Nach Gesetz Nr. 481/95 verfügt sie über allgemeine Kontrollbefugnisse und ist zur unmittelbaren Sanktionierung von Missbräuchen und zur Erhebung von Entschädigungen zugunsten der Nutzer ermächtigt. Wenn nötig, ist sie auch zur Änderung der Dienstverordnungen von Unternehmen ermächtigt.

Was den konkreten Inhalt des Kontrahierungszwanges und die Schutzmaßnahmen im Fall der Leistungsverweigerung angeht, wurden in der Doktrin unterschiedliche Thesen vertreten, je nachdem ob dieser Pflicht eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur zugewiesen wird. Nach der einen Auffassung bezieht sich die Pflicht zur Annahme eines Vertragsantrages nur auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und der öffentlichen Behörde, die die Konzessionierung erteilt hat. Einzige Folge der Pflichtverletzung in diesem Fall wäre eine verwaltungsrechtliche Maßnahme, wie zum Beispiel die Rücknahme der Konzession. Dementsprechend verliert der subjektive Anspruch des Privatnutzers an Relevanz und bleibt ihm nur die Möglichkeit, sein faktisches Interesse bei der öffentlichen Stelle geltend zu machen und diese zu einer Sanktionsmaßnahme gegen das Unternehmen aufzufordern.⁴⁵¹ Zu einer ganz anderen Lösung gelangt man dagegen, wenn man dem Kontrahierungszwang eine privatrechtliche Natur zuschreibt:⁴⁵² Er begründe in diesem Fall ein subjektives Recht des einzelnen Kunden, das unmittelbar durchsetzbar ist. Wie schon erwähnt, erleidet dieser Grundsatz jedoch eine Abweichung gegenüber dem wirtschaftlichen Ermessen des Unternehmens bei der Ausübung seiner organisatorischen und betrieblichen Macht: der Grundsatz des Kontrahierungszwang wird hier relativiert und dem Wirtschaftlichkeitsbedürfnis angepasst, während dem Nutzer nur ein berechtigtes Interesse zuerkannt wird.⁴⁵³ Auch vor der Liberalisierung war dieses Thema von großer Bedeutung: nach herrschender Meinung fand der Grundsatz des Art. 2597 c.c. keine Anwendung, wenn der Monopolist bei der Ausübung der Leistung über ein echtes organisatorisches Ermessen verfügte, wie es bei Enel der Fall war. In diesem Fall hat die Rechtsprechung die Tragweite der Pflicht ex Art. 2597 c.c. drastisch reduziert und den Pflichtumfang an die Wirtschaftlichkeitsbedürfnisse und die

⁴⁵¹ Vgl. *Ferri G.*, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1991, p. 168; siehe aber auch *Caruso D.*, *Obbligo di contrattare e parità di trattamento nei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. giur. en. el.*, 1989, S. 625 ff.

⁴⁵² *Visalli N.*, zit., S. 193.

⁴⁵³ Cass. 3723/1979; Cass. sez. I civ., 28 dicembre 1990 n. 12196 in *Foro it.*, 1991, I, 853.

organisatorischen Entscheidungen der Unternehmensleitung angepasst. Demzufolge konnte Enel aufgrund mangelnder wirtschaftlicher Rentabilität oder Zweckmäßigkeit die Leistung demjenigen Kunden verweigern, dessen Haushalt sich in einer nicht rentablen Lage befand.⁴⁵⁴

Noch zu untersuchen bleibt die Frage nach der Durchführung der Vertragsabschlusspflicht und insbesondere, ob die Regelung der Zwangsvollstreckung des Vorvertrages auch auf den gesetzlichen Kontrahierungszwang anwendbar ist. Die Frage lautet hier, ob die Regelung des Art. 2932 c.c., wonach der Richter ein konstitutives Urteil erlassen kann, das die Auswirkungen des entsprechenden Vertrages herstellt, nur auf den Fall einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zum Vertragsabschluss anwendbar ist, während im Fall vom gesetzlichen Kontrahierungszwang nur der Weg des Schadensersatzes offen steht.⁴⁵⁵

Die herrschende Meinung in der Doktrin spricht sich für die Erweiterung der Regelung des Art. 2932 c.c. auf den gesetzlichen Kontrahierungszwang aus, wonach die fehlenden Willenserklärungen durch das entsprechende Urteil ersetzt werden, weil ein Schadensersatzanspruch das Kundeninteresse an der Leistungserbringung beseitigt. Aus der Natur dieser Verträge, die auf die Erfüllung von grundlegenden Bedürfnisse der Menschen gerichtet sind, folgt, dass bei solchen Rechtsgeschäften betreffend die Erbringung hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen das Interesse an der Leistungserbringung das Interesse an dem Vertragsabschluss sowie an dem Schadensersatz überwiegt.⁴⁵⁶ Die Besonderheit dieser auf die Erfüllung unverzichtbarer Leistungen gerichteten Verträge führt zu wichtigen Folgen, nämlich zum Abweichen von der klassischen Vertragsrechtsdogmatik, indem die frei abgegebene Willenserklärung als Element der Selbstbestimmung gänzlich aufgehoben wird. Gleichzeitig werden auch das Übereinkommen als Bestandteil des Vertrages beseitigt und dadurch die zum Kontrahierungszwang gezählten Fälle aus der klassischen Vertragsrechtsdogmatik herausgelöst. Der diktierte Vertrag begründet also keine Pflicht zur Abgabe einer Vertragserklärung, sondern gerade eine unmittelbare gesetzliche Pflicht im Hinblick auf eine Sach- oder Dienstleistung.

⁴⁵⁴ Vgl. Cass. N. 3723/1979, und Art. 10 d.m. 12 settembre 1964. Vgl. dazu *Caruso D.*, *Obbligo di contrattare e parità di trattamento nei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1989, S. 625 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. Cass. 23 gennaio 1978, n. 298.

⁴⁵⁶ *Mazzamuto S.*, *L'attuazione coattiva degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 109 ss.

Gegenstand dieser Pflicht ist die finale Leistung und nicht der Vertragsabschluss als solcher.

Daraus folgt der Versuch, die zum Kontrahierungszwang gezählten Fälle von den bilateralen Rechtsgeschäften zu trennen: es handelt sich somit um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das Ausdruck eines Befugnisses sei, das zugleich schuldrechtliche Folgen mit sich bringt. Man will in der Kundennachfrage ein Gestaltungsrecht sehen, woraus die Pflicht zur Leistungserbringung und die dazu zweckmäßige Pflicht zum Vertragsabschluss entstehen. Bei Nichteinhaltung dieser Pflicht folgt ein konstitutives Urteil des beauftragten Richters, und zwar wie im Fall der Begründung von Dienstbarkeiten nach Art. 1032 c.c.

Die Vertragsverhandlung spielt dabei nur eine Nebenrolle, indem sie nur zur Integration eines schon bestehenden Schuldverhältnisses dient.⁴⁵⁷ In dem Fall, dass der verpflichtete Vertragspartner sich dem Vertragsabschluss entzieht, wird der Richter nach Art. 1374 c.c. damit beauftragt. Das Urteil hat dann konstitutive Wirkung, weil es um eine rechtsgestaltende Feststellung geht, die das Schuldverhältnis nicht *ex novo* begründet, sondern seine rechtliche Begründung prüft und erklärt. Der Verweis auf Art. 1374 c.c. leistet dann die dazu notwendige Vertragsergänzung kraft objektiven Rechts.⁴⁵⁸

Wenn die finale Leistung gerade das Objekt der gesetzlich bestimmten Pflicht bildet,⁴⁵⁹ dann steht dem Kunden der Rechtsweg aus Art. 2930 c.c.⁴⁶⁰ und 2931 c.c.⁴⁶¹ offen⁴⁶² (an Stelle des längeren Verfahrens von Art. 2932 c.c.) sowie auch das Schnellverfahren nach Art. 700 c.p.c. Die Doktrin ist sich darüber einig, dass die

⁴⁵⁷ *Montesano L.*, *Obbligo a contrarre*, in *Enciclopedia del diritto* XXIX, 1979, 508, 524, 528. Der Autor fokussiert insbesondere auf den Ausdruck «contrarre» statt «contrattare»: Der erste andeute die Feststellung eines gesetzlich oder rechtsgeschäftlich schon bestehenden Schuldverhältnisses, und nicht den Abschluss *ex novo* eines originären Rechtsgeschäftes.

⁴⁵⁸ Art. 1374 c.c. lautet: «Der Vertrag verpflichtet die Parteien nicht nur zu den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen, sondern auch zu allen Rechtsfolgen, die sich nach den Gebräuchen und der Billigkeit ergeben».

⁴⁵⁹ *Barcellona P.*, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, S. 69.

⁴⁶⁰ Art. 2930 c.c.: «Se non è adempiuto l'obbligo di consegnare una cosa determinata, mobile o immobile, l'avente diritto può ottenere la consegna o il rilascio forzati a norma delle disposizioni del codice di procedura civile».

⁴⁶¹ Art. 2931 c.c.: «Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile».

⁴⁶² *Montesano L.*, voce: «obbligo a contrarre», in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, S. 525; *Carbone V.*, *Provvedimenti cautelari e urgenti in materia di energia: profili civilistici*, in: *Atti del Convegno di Venezia*, 25-27 ottobre, 1990, «I provvedimenti cautelari e urgenti in materia di energia», Milano, 1991, S. 30 ff.; *Nivarra L.*, *Il monopolio*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, S. 113 ff.

Dauer des gerichtlichen Verfahrens durch die Anwendung des dringlichen Sicherheitsverfahrens nach art. 700 c.p.c. verkürzt werden kann,⁴⁶³ da die Voraussetzung der „schwerwiegenden und unbehebaren Beeinträchtigung“ in der Regel als implizit bei der Verweigerung der Energieversorgung anerkannt ist. Im Fall von Haushaltskunden erfolgt dies aufgrund der Qualifikation der Elektrizität als unverzichtbares Gut für das Menschenleben, was u.a. auch impliziert, dass Stromleitungsnetze als primäre Erschließungsarbeiten jeder Wohnbauzone zu klassifizieren sind.⁴⁶⁴ Bei Gewerbekunden wird, auch wenn die Beeinträchtigung des Unternehmensinteresses für nicht relevant gehalten werden sollte, auf das lebenswichtige Interesse der Mitarbeiter am Erhalt des Arbeitsplatzes verwiesen.⁴⁶⁵ Die herrschende Meinung in der Doktrin⁴⁶⁶ vertritt jedoch die These, dass das Objekt der Pflicht in der reinen Abgabe der Willenserklärungen besteht, was für den Kunden nur die Möglichkeit eines Verfahrens nach Art. 2932 c.c. eröffnet.⁴⁶⁷ Vor dem Vertragsabschluss besteht noch keine aktuelle Abschlusspflicht für das Unternehmen und demgemäß kann sein widersprechendes Verhalten nur als

⁴⁶³ Siehe *Mancini L.*, I contratti di utenza pubblica, Dir. Amm., 2002, Nr. 1, S. 136, insbesondere Fn. 66.

⁴⁶⁴ Vgl. Art. 4 Gesetz von 29 September 1964, Nr. 847.

⁴⁶⁵ Auf Grundlage ähnlicher Argumente hatte der Bürgermeister von Rossano Veneto am 14. Mai 1982 Enel angeordnet, die Versorgung mit Elektrizität an ein lokales Unternehmen, trotz ihres Zahlungsverzugs weiterzuführen, um zu verhindern, dass den Beschäftigten ein schwerer und nicht wiederzugutmachender Schaden entstehen könnte. Die Maßnahme wurde jedoch durch richterliche Anweisung des regionalen Verwaltungsgerichts (Tribunale Amministrativo Regionale - T.A.R.) Veneto vom 25. August 1982, gemäß Art. 21 Gesetz Nr. 1034/1971 aufgehoben, weil diese Maßnahme als Verletzung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung betrachtet wurde. Die Entscheidung des Gerichts war im Einklang mit der Rechtssprechung der ordentlichen Gerichte bezüglich des Zahlungsverzugs von Kunden: hierbei findet Art. 1460 c.c. Anwendung, der die Einwendung der Nichterfüllung bei Verträgen mit gegenseitigen Leistungen vorsieht, weil Enel den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften unterliegt. Vgl. dazu: Pret. Teano, 17 febbraio 1984, Rass. 1984 S. 750; Pret. Galatina, 30 ottobre 1985 in: Rassegna 1987, S. 176; Pret. Milano 22 dicembre 1986, ibid. 415. Über die Absetzung des Kontrahierungszwangs durch die Einwendung der Nichterfüllung durch Enel siehe: Pret. Avellino, 13 ottobre 1983, id. 1984, S. 751.

⁴⁶⁶ Siehe für alle *Mancini L.*, zit., S. 136, Fn. 67.

⁴⁶⁷ Dazu *Auletta G./Mangini V.*, Della disciplina della concorrenza, in: Commentario Scialoja-Branca, 3. Ed, Bologna-Roma, 1987, S. 200; *Cataudella A.*, Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali, in Atti del Convegno «I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritti dell'utente» (Porto Conte, 1988), in: Quad. della Rass. giur. en. el., Nr. 5, Milano 1989, S. 30; R. Sacco, in: *Sacco R./De Nova G.*, Il contratto, Tratt. Sacco, Torino, 1993, II, S. 304. Über die Anwendbarkeit des Verfahrens aus Art. 2932 c.c. bei Monopol siehe Cass. 6 dic. 1968, n. 3914 in: Foro it., 1971 I, 3035. Dagegen vgl. Cass. 23 gennaio 1978, n. 298: «l'obbligo di contrarre non comporta in caso di inadempimento che il contratto non stipulato sia fatto sorgere d'ufficio in forza di un provvedimento amministrativo o giurisdizionale. In particolare, la dizione dell'art. 2932 c.c. nel suo richiamo al non adempimento dell'obbligo si riferisce ad un obbligo già assunto di concludere il contratto e non ad un obbligo puramente legale quale è quello discendente dall'art. 2597 c.c. Ne consegue che rispetto al rifiuto di contrarre (...) l'utente deve far valere le sue ragioni nelle forme del risarcimento del danno».

Verschuldenshaftung nach Art. 2043 c.c. geltend gemacht werden. Gegen das rechtswidrige Verhalten des Unternehmens bleibt dem Kunden nur der präventive Schutz durch eine Unterlassungsklage, die zu einer richterlichen Anordnung zur Aufhebung des unerlaubten Verhaltens führt oder zum klassischen Schadenersatzanspruch nach Art. 2043 c.c.

Aus einer anderen Perspektive wird der Kontrahierungszwang auf das Paradigma der einseitigen Auslobung zurückgeführt, weil der Betrieb eines Unternehmens im Monopolregime genüge, um die Pflicht zur Leistungserbringung an alle Nachfragenden zu begründen.⁴⁶⁸

Der wichtigste Beitrag der oben erwähnten ganz von einander abweichenden Theorien besteht darin, dass sie einen effektiven und schnellen Kundenschutz gewährleisten, indem sie die Basis des Nutzeranspruches in einem Gestaltungsrecht sehen.

Die Doktrin hat schon oft das Erfordernis betont, dass Unternehmen, die auf einem monopolistischen Markt tätig sind, bereits beim Marktauftritt, die entsprechenden Mittel bereit stellen müssen, um alle potentielle Nutzer zu befriedigen, und hat sich mit der Frage befasst, wie das Fehlen der Aktualität des Kundeninteresses vor dem Vertragsabschluss zu überwinden sei.⁴⁶⁹ Es geht um die Feststellung von Pflichten in der vorbetrieblichen Phase, wie etwa die Pflicht zur Anpassung der Mittel an die vorhersehbare Kundennachfrage, wobei diese Pflicht, der vertraglichen Haftung im Fall von unbegründeter Verweigerung der Leistungserbringung,⁴⁷⁰ oder der allgemeine Pflicht zur Effizienz für mit öffentlichen Dienstleistungen betrauten Unternehmen⁴⁷¹ zugeordnet wird. Dadurch wird die zivilrechtliche Perspektive von

⁴⁶⁸ *Nivarra L.*, Contributo all'esegesi dell'art. 2597 c.c. in *Rass. crit. dir. priv.*, 1988, S. 107 ff; *Barcellona P.*, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, 1969, Milano, S. 84.

⁴⁶⁹ *Cataudella A.*, *Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali*, nel volume <Energia e servizio pubblico> zit., S. 28: «finchè non sia instaurato alcun rapporto individuale, manca ogni base per ipotizzare diritti soggettivi spettanti al singolo, in quanto utente potenziale nei confronti del soggetto che esercita il pubblico servizio».

⁴⁷⁰ Vgl. etwa *Marchetti P.*, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Bologna, Padova, 1969, p. 431: Hier spricht sich der Autor für ein dynamisches Konzept von "ordentlichen Mitteln" aus, und vertritt damit die Anwendung des Art. 2597 c.c. nach dem Grundsatz der „buona fede oggettiva“, ein Grundsatz des objektiven Rechts der § 242 BGB vergleichbar ist, was dazu führt, die ordentlichen Mittel als die passende Mittel für die Erfüllung des ordentlich vorhersehbaren Bedarfs der Verbraucher zu verstehen.

⁴⁷¹ *Gabrielli G.*, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, S. 196 ff; *Barcellona P.*, zit., SS. 70 ff; *Libertini M.*, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in: *Galvano F.* (Hrg.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La concorrenza e i consorzi*, Padova, 1981, S. 306.

Schulden und Pflichten beseitigt und über die „Funktionalisierung“ des Unternehmens fokussiert, dessen Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, schon bei der Bereitstellung der Mittel in der vorbetrieblichen Phase die Kundenbedürfnisse zu erfüllen.⁴⁷²

Nach den oben durchgeführten Überlegungen wird deutlich, wie die Ratio des Gleichbehandlungsgebotes nicht gerade in der Schaffung eines starken Paradigmas besteht nach dem unternehmerische Entscheidungen evaluiert werden, sondern eher dazu dient, einseitige Änderungen von Vertragsklauseln zu vermeiden, und für den Richter ein Leitprinzip bildet, wenn es um die Anpassung von Vertragsmustern bei der Regelung ähnlicher sachlicher Situationen geht.

Wenn man sich dieser Grenze bewusst wird, ergibt es sich von selbst, dass die Diskussion über den Inhalt des Kontrahierungszwanges mit Rücksicht auf das Gleichbehandlungsgebot und die standardisierten Vertragswerken behandelt wird. Es wird dabei deutlich, dass der Kontrahierungszwang ohne weiteres durch die einseitige Einführung von diskriminatorischen Vertragsklauseln nach Artt. 1341 und 1342 c.c. beseitigt werden kann. Das Thema des Kontrahierungszwangs in der Versorgungswirtschaft ist also mit der Frage der Vertragsgerechtigkeit und der des Gleichbehandlungsgebotes eng verbunden. Die Praxis zeigt, dass trotz formeller Äußerungen der Verpflichtete sich durch Festlegung erschwerender Forderungen der Abschlusspflicht entziehen und den Kundenanspruch illusorisch machen kann. Die zwei Gebote der Gleichbehandlung und der Abschlusspflicht erlauben keine Trennung, sondern entsprechen einer systematischen Einheit, weil das Gleichbehandlungsgebot notwendigerweise die Pflicht alle Nachfragenden impliziert, die sich in vergleichbaren sachlichen Lagen befinden, mit Elektrizität zu beliefern. Die Überlegungen zum Kontrahierungszwang führen somit dazu, die Frage der Vertragsgerechtigkeit in Energieversorgungsverträgen insbesondere mit Rücksicht auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu untersuchen. Unter dem monopolistischen Regime war Enel dazu verpflichtet, die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Billigung durch die öffentlichen Organe zu unterwerfen. Die Doktrin hat diese Prozedur immer für notwendig und obligatorisch gehalten; Enel hat sich jedoch dieser Prozedur ständig entzogen. Auch das Kassationsgericht

⁴⁷² Siehe dazu *Libertini M.*, zit., S. 280; *Barcellona P.*, zit., 63; *Nivarra L.*, zit., S. 96.

hat die allgemeine öffentliche Kontrolle für die gesamte Kategorie der Monopolisten nach Art. 2597 c.c. verneint.

4.6.2 Vertragsinhalt und -Standardisierung

Die Kontrolle nach Artt. 1469-*bis* ff. c.c. dient dazu, die Einbeziehung von unangemessen benachteiligenden Klauseln in Verbraucherverträgen mangels entsprechender *Aushandlung* zu verhindern. Die genannten Artikel wurden als Umsetzung der Richtlinie 93/13 durch Art. 25, Gesetz 6 Februar 1996, Nr. 52 in den *codice civile* eingeführt. Nach Art 1469-*ter* findet die Missbräuchlichkeitsbewertung keine Anwendung auf diejenigen Klauseln, die eine gesetzliche Bestimmung wiedergeben, oder die Bestimmungen und Prinzipien internationaler Übereinkommen umsetzen, denen alle Mitgliedstaaten oder die EU beigetreten sind.⁴⁷³

Wie weit diese Vorschrift auszulegen ist bleibt umstritten. Ob unter dem Ausdruck „gesetzliche Vorschriften“ auch in verwaltungsrechtlichen Verordnungen enthaltenen Bestimmungen zu verstehen sind oder nicht, ist eine Frage von großer Bedeutung, da viele in Haushaltsverträgen enthaltenen Klauseln aus Erlassen der sektorspezifischen Behörde stammen und auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen einem strengen Aufsichtsregime von staatlichen Organen in Form eines Billigungsverfahrens unterstehen⁴⁷⁴ oder durch ein Ministerialdekret erlassen sind. Auch wenn sie formell von dem Unternehmen in der Ausübung seiner Privatautonomie erstellt werden, unterstehen sie dem Kontrollregime der Behörde in Form von Änderung, Aufhebung und Ergänzung.⁴⁷⁵

In der Doktrin wird verbreitet die These vertreten, dass der Gesetzgeber solche Klauseln der Missbräuchlichkeitsbewertung unterworfen haben wollte. Dagegen

⁴⁷³ Vgl. Art. 1.2 der Richtlinie 93/13/EWG.

⁴⁷⁴ Um die Bandbreite der Vorschrift zu definieren, ist es hilfreich einen Blick auf das deutsche AGB-Gesetz, das die Richtlinie inspiriert hat, zu werfen. § 8 des Gesetzes, bei der Feststellung der Schranken der Inhaltskontrolle lautet, dass die Kontrolle nur für diejenigen Bestimmungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart werden.

⁴⁷⁵ Siehe Art. 2 Abs. 37, L. n. 481/95.

vertreten manche Autoren eine weitere Auslegung der Vorschrift ex Art1469-ter, nach der verwaltungsrechtliche Bestimmungen von der Missbräuchlichkeitskontrolle ausgeschlossen sind. Die Rechtsprechung ist sich in diesem Punkt nicht einig: die Tatsache, dass solche Klauseln in ministerialen Verordnungen enthalten sind, soll danach nichts an ihrer geschäftsrechtlichen Natur ändern. In einem weiteren Urteil wird hingegen darauf verwiesen, dass die Billigung der Dienstverordnung von der Verwaltungsbehörde keine Rolle bei ihrer Rechtsnatur spielt: die Behörde prüft nämlich die Angemessenheit der Bestimmungen hinsichtlich gewisser öffentlicher Anforderungen. Diese Diagnose hat mit der Missbräuchlichkeitsbewertung dem vertraglichen Verhältnis aber nichts zu tun.

4.6.3 Der bilaterale Handel

Mit dem Legislativdekret Nr. 79/99 wurden die gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Strommarkt geschaffen. Die vom *Decreto Bersani* geplante Marktstruktur sah einen börsenbasierten Strommarkt vor, auf dem das Stromangebot durch Erzeuger bzw. Händler und die Stromnachfrage von Abnehmern an einen Marktverwalter für die entsprechende Auktion weitergeleitet werden sollten.⁴⁷⁶ Diese zentralisierte Marktstruktur entspricht der Besonderheit der Energie, die nicht speicherfähig ist. Dies macht den Strommarkt weniger „elastisch“, so dass im Fall von Stromüberangebot die Auswirkung auf den Preis viel größer ist, als wenn man Strom speichern könnte.

Bei dieser Marktgestaltung war der bilaterale Handel nur als Instrument der Übergangsphase konzipiert, und zwar bis zur Eröffnung der Strombörse, die am 1. April 2004 den Handel startete. Ab diesem Zeitpunkt sollte der bilaterale Handel nur als Ausnahme in Betracht kommen und wurde insoweit einer Genehmigungsprozedur unterworfen, die aber mit sukzessiven gesetzlichen Änderungen abgeschafft worden ist.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Art. 5 D.lgs. Nr. 79/99.

⁴⁷⁷ So genannter *Decreto salva black out*, Decreto Legge n. 239 del 29 agosto 2003: „Disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica“, umgesetzt in Legge n. 290 del 27 ottobre 2003: „Conversione in legge, con modificazioni,

Im Gegensatz zum börsenbasierten Markt, auf dem standardisierte Produkte gehandelt werden, ermöglicht der bilaterale Handel eine individuelle Vertragsgestaltung, die dank der freien Verhandlung von Vertragsdetails wie etwa Menge, Laufzeit und Sonderklauseln, am besten den Interessen beider Vertragsparteien Rechnung trägt. Die Vertragsverhandlung erfolgt aber immer innerhalb der Grenzen der AEEG-Vorschriften.⁴⁷⁸

Bilaterale Verträge sind die einzige Vertragskategorie, die ausdrücklich im Decreto Bersani vorgesehen ist. Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 9 D. Lgs. 79/99 handelt es sich um Verträge über die Erbringung von Energieleistungen zwischen zwei Marktakteuren. Das Vertragsobjekt bleibt absichtlich sehr weit gefasst, um eine Reihe von Leistungen decken zu können. Bilaterale Verträge können zwischen Netzbetreiber und Stromerzeuger bzw. Großhändler, zwischen zwei Großhändlern untereinander und zwischen Großhändler und Endabnehmer abgeschlossen werden. Unter diese Kategorie fallen auch Verträge über die Stromübertragung.⁴⁷⁹ Dagegen sind die über den Kauf von *Grünen Paper (certificati verdi)* nicht als bilaterale Verträge zu verstehen: solche Verträge werden zwischen zwei Erzeugern abgeschlossen und es fehlt in diesem Fall die Beteiligung eines zugelassenen Kunden. Darüber hinaus ist das Objekt des Vertrages, der Kauf von sogenannten *certificati verdi*, nicht als *servizio elettrico* zu verstehen.⁴⁸⁰ Ein typisches Beispiel von zweiseitigen Verträgen stellen Verträge über den Kauf von Elektrizität wie die *power purchase agreement* und *tolling agreements*⁴⁸¹ dar.

del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica. Deleghe al Governo in materia di remunerazione della capacità produttiva di energia elettrica e di espropriazione per pubblica utilità“, in G. U. n. 251 del 28 ottobre 2003.

⁴⁷⁸ In der Tat hat bisher die AEEG ihren Eingriff nur auf der Rücktrittsklausel beschränkt: siehe Del. AEEG 78/99 und die sukzessiven Änderungen durch Del. AEEG123/03, Art. 18 Del. AEEG n. 212/05 und zuletzt durch Del. ARG/com 79/08 vom 20. Juni 2008.

⁴⁷⁹ Siehe dazu Del. AEEG ARG/elt 199/11: „Disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas per l’erogazione dei servizi di trasmissione, distribuzione e misura dell’energia elettrica per il periodo di regolazione 2012-2015 e disposizioni in materia di condizioni economiche per l’erogazione del servizio di connessione“.

⁴⁸⁰ Zu dem bilateralen Handel (auch OTC-Handel genannt) siehe *Falcione M.*, I contratti del mercato elettrico, Elicònie Editrice, Roma, 2003, S. 29 ff.

⁴⁸¹ Man hat bezweifelt, dass der Tolling Agreement als bilateraler Vertrag nach Art. 6 Decreto Bersani bezeichnet werden kann, weil bei dem Tolling Agreement der Strombezug nicht gerade Grund des Vertrages ist, sondern nur dessen Effekt. Dieszufolge wäre die gesetzliche Regelung aus Art. 6 Decreto Bersani, die eine entsprechende Billigung und eine besondere Regelung für das Rücktrittsrecht vorsieht, nicht anwendbar und der Tolling Agreement sollte als atypischer Vertrag über die Stromerzeugung bezeichnet werden: Siehe dazu *Falcione M.*, I contratti del mercato elettrico, zit., S. 51.

Im Vertrag müssen Energielieferkonditionen und technische Lieferqualität mit Rücksicht auf die Netzstandards sowie die Strommenge geregelt werden. Dieser letzte Punkt ist besonders wichtig: hier wird die Rentabilität des Vertrages bestimmt, weiles sich in der Regel um Take-or-Pay Verträge handelt. Es geht aber darum, die Kosten für die Inanspruchnahme von Erzeugungskapazität zu begrenzen, die *shortfalls* zwischen Energieerzeugung und -abnahme zu verhindern und somit um die Fälligkeit einer Vertragsstrafe.

Im Vertrag sind auch Einnahme- und Entnahmepunkt festgelegt: diese sind für die Risikoübergabe von Erzeuger zum Netzbetreiber und für den Endkunden relevant, ferner für die Messung der *shortfalls* und generell, für die Zulässigkeit des Entnahmepunktes.

Bilaterale Verträge unterstehen einer besonderen Regulierung: Nach Art. 6, D. Lgs. 79/99 ist die Regulierungsbehörde dazu berechtigt, die Vertragsklauseln sowie die notwendigen technischen Regelungen für das reibungslose Funktionieren des elektrischen Systems zu erlassen, die in Energieverträge einzufügen sind. Ursprünglich benötigten bilaterale Verträge eine ausdrückliche Genehmigung von der AEEG, die nur im Fall von Bedrohung des ordnungsgemäßen Funktionierens des Elektrizitätsmarkts, des Bilanzkreises, der Netzsicherheit oder der Effizienz des Netzbetriebes verweigert werden konnte. Hierbei war es umstritten, wie viel Ermessensspielraum die AEEG bei dieser Evaluierung hatte: ob es sich um ein marktwirtschaftliches oder rein technisches Ermessen handelte, war nicht eindeutig.⁴⁸² Die letzte Änderung zum Thema zweiseitiger Verträge wurde durch D. L. Nr. 239/03 (sogenannten Decreto „salva black-out“) eingeführt. Dadurch wurde der Art. 6.1 Decreto Bersani geändert: nach der neuen Fassung braucht man keine Zulassung von der AEEG mehr und die vorherige Pflicht der Abgabe einer Vertragsaufgabe bei der AEEG und dem GRTN wurde durch die Mitteilung von

⁴⁸² Die AEEG hat mehrmals erwähnt, dass bilateraler Handel nur in einem begrenzten Umfang zugelassen sein sollte: nicht über 10% des gesamten Absatzes hinaus. Ziel ist es, die Liquidität der Börse zu schützen. In dem Konsultationsakt vom 31 Juli 2003 hat die AEEG eine neue Stellungnahme bekannt gegeben: bilaterale Verhandlungen sollen im Prinzip frei sein und die Zulassung sollte *ex ante* bestimmt werden, durch die präventive Feststellung der Vertragsbedingungen, die mit Wettbewerbsförderung und Netzsicherheit vereinbar sind. Verträge, die solchen Bedingungen entsprechen, sollen im Prinzip zugelassen sein. Darüber hinaus übt die AEEG ihre Aufsichtsaufgabe durch die Prüfung der tatsächlichen Einhaltung der gegebenen Bedingungen aus. Zweckmäßig zu dieser Prüfung war die Abgabe einer Vertragsaufgabe bei der Behörde und der GRTN. Diese Pflicht wurde später abgeschafft und durch einfache Mitteilung von technischen Daten ersetzt (siehe D. L. Nr. 239/03, so genannter Decreto „salva black-out“).

technischen Daten ersetzt. Aus Sicherheits- sowie Effizienzgründen kann der GRTN die notwendigen Bedingungen ersetzen.

Mit Erlass n. 78/99⁴⁸³ hat die AEEG die unabdingbaren Klauseln für bilaterale Verträge festgelegt.

Rücktrittsklausel: die Kündigungsfrist beträgt ein Jahr für den Lieferanten und sechs Monate für den Abnehmer: die *ratio* der Norm liegt darin, den Lieferantenwechseln für den Kunden zu vereinfachen und damit den Wettbewerb zu erhöhen. Durch die Klausel will man auch verhindern, dass der Lieferant auf ein reguläres Einkommen (Absatz) zählt. Verträge müssen auch eine entsprechende Abmachung über die Verantwortung für den Durchleistungsvertrag und die automatische Vertragskündigung beinhalten, wenn für eine der Parteien die Zulassung an dem Markt zurückgenommen wird: diese Klausel erklärt sich durch die zeitbedingte Öffnung des Markts. Eine weitere Klausel betrifft die automatische Ergänzung der Verträge infolge zukünftiger Erlasse der Behörde. Diese Klausel scheint aber überflüssig, da diese Ergänzung schon nach Art. 1338 c.c. folgt: daraus hat man auch gefolgert, dass die übermäßige Behutsamkeit der Behörde dazu führe, dass mangels ausdrücklicher Bestimmung im Vertrag keine automatische Ergänzung zustande kommt.⁴⁸⁴

Eine sukzessive Änderung erfolgte mit dem Erlass Nr. 123/03: wenn der Abnehmer ein Großhändler ist, findet die Rücktrittsklausel nur Anwendung, wenn „die Parteien sich darüber ausdrücklich geeinigt haben“.

Wichtig für das Thema ist auch Art. 116.1 der “Disciplina del mercato elettrico”, der die aktive Rolle des GME bei der Förderung von standardisierten Verträgen erklärt.

Nach Auffassung des Gesetzgebers sollten bilaterale Verträge nur als Ausnahme im Stromhandel in Betracht kommen⁴⁸⁵, während der größte Teil der Verhandlungen an der Börse stattfinden sollte. Dahinter stand der Gedanke, dass nur ein börsenorientierter Markt Stabilität und Effizienz sowie Transparenz und sinkenden Preistrend gewährleisten könnte.

⁴⁸³ Später, mit Del. 29. Oktober 2003, Nr. 123/03 nach der Veröffentlichung des Dokuments “Proposte per la regolazione dei contratti bilaterali di cui all’art. 6 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79” von 31. Juli 2003, wurde der Art. 1 Del. 78/99 so ergänzt, dass im Fall von Verträgen bei denen eine der Parteien ein Großhändler ist, die Bestimmung über die Rücktrittsklausel nur Anwendung findet, wenn die Parteien sich darüber geeinigt haben.

⁴⁸⁴ Siehe *Falcione M.*, zit., S. 30 ff.

⁴⁸⁵ Die AEEG erklärte, dass um die Liquidität der Börse und dadurch die Marktstabilität zu gewähren, nicht mehr als 10% des gesamten Umsatzes durch bilaterale Verträge zu verhandeln war.

Dagegen basiert der bilaterale Handel auf dem Gedanken, dass ein möglichst freier Markt mit einem hohen Grad an Wettbewerb den besten Weg darstellt, um einen effizienten Elektrizitätsmarkt zu schaffen. In einem bilateral-orientierten Markt hat sowohl der Kunde als auch der Erzeuger die größtmögliche Freiheit: in den physikalisch-bilateralen Verträgen handeln allein die beiden Vertragspartner einen Energieliefervertrag aus. Ein Markt mit vielen Bilateralen ist aber auch durch mangelnde Transparenz gekennzeichnet.

Für Marktakteure bestehen die Vorteile von solchen Verträgen darin, dass langfristige Liefer- und Bezugsverträge ausgehandelt und dadurch Strommenge und –preis für lange Zeit fixiert werden können. Solche Vertragsgestaltung hat aber die Aufmerksamkeit der Kontrollbehörden gewonnen, die kartellrechtliche Bedenken wegen möglicher Marktverschließungseffekte haben.

4.6.4 Wettbewerbsstoßende Vertragspraktiken auf dem Energiemarkt

Gemäß ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde ist die AEEG dafür zuständig, Verstöße gegen nationales und europäisches Wettbewerbsrecht⁴⁸⁶ in der Vertragspraxis zu ermitteln und sie dem Kartellamt mitzuteilen, da sie über eine Anzeigepflicht hinaus keine direkte Kompetenz im Bereich des Kartellrechts hat.⁴⁸⁷ Energieliefer- und Bezugsverträge sind schon seit langem zum Schwerpunkt der kartellrechtlichen Praxis geworden, da solche Verträge ihrer Natur nach dazu geeignet sind, Marktverschließungseffekte zu verwirklichen: es handelt sich um Verträge mit einer Laufzeit von mehreren Jahren, die üblicherweise eine Gesamtbedarfsdeckungs- oder Quasi-Gesamtdeckungsverpflichtung enthalten, so dass Stromabnehmer 80 bis 100

⁴⁸⁶ Einige wichtige Entscheidungen des EuGH zum Thema Wettbewerbsrecht auf dem Energiemarkt sind: Amelo, Sentenza 24 aprile 1994, n. C-393/92, Comune di Amelo e a. c. Energiebedrijf Isselmij, in Racc., 1994, I-1477; ENEL, Sentenza 28 ottobre 1997, n. C-158/94, Commissione c. Italia (ENEL), in Racc., 1997, I-0000; PreussenElektra, Sentenza 13 marzo 2001, n. C-379/98, PreussenElektra AG c. Schleswig AG, in Racc., 2001, I-2099; AEM, Sentenza 14 aprile 2005, n. C-128 e 129/03, AEM e a. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas e a., in Racc., 2005, I-0000; Eneco, Sentenza 7 giugno 2005, n. C-17/02, Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Amsterdam Power Exchange Spotmarket, Eneco c. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie e a., in Racc., 2005, I-0000.

⁴⁸⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 33, Gesetz Nr. 481/95.

Prozent ihres Bedarfs bei demselben Lieferanten decken müssen.⁴⁸⁸ Genau diese Kombination der zwei Elemente der langfristigen und nahezu ausschließlichen Bindung der Kunden an ihre Lieferanten führen zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Aus Sichtpunkt der Energieunternehmen sind diese Bezugskonditionen durch Versorgungssicherheit, langfristige Vertragsbindung gegenüber den Erzeugern auf einer take-or-pay-Basis und Notwendigkeit vertragsspezifischer Investitionen zu erklären, was jedoch nach Auffassung der Kontrollbehörde noch keine sachliche Rechtfertigung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV begründet.

Wie diese Vertragspraxis zu ändern ist, bleibt umstritten, da eine Verkürzung der Laufzeit auf bis zu zwei Jahre, wie auch vom deutschen Bundeskartellamt vorgeschlagen, der Planungssicherheit beider Parteien nicht gerecht würde. Die möglichen Lösungen, um das Risiko der Lieferanten zu reduzieren, liegen vielleicht in einer großzügigeren Gestaltung von take-or-pay Abmachungen, in der Übertragung der in einem Warmjahr bezahlten und nicht angenommene Menge auf das nächste Jahr oder in Nachbestellungsrechten.⁴⁸⁹

Diese Grundbezugskonditionen begegnen schon *per se* wettbewerbsrechtliche Bedenken. Darüber hinaus werden häufig in der Vertragspraxis auch andere Klauseln verwendet, die von der Kontrollbehörde als wettbewerbshindernd abgelehnt wurden: darunter fallen Abmachungen über stillschweigende Verlängerungen und Preisanpassungsabreden, wie die so genannte „englische Klausel“ oder „meet or release clause“. Diese Vereinbarung ermöglicht es dem Energieabnehmer seinem Lieferanten das günstigere Angebot eines Konkurrenten nachzuweisen und ihn zu entsprechender Preisermäßigung aufzufordern und im Fall einer Verweigerung den Vertrag ohne Strafe zu kündigen. Demzufolge sind Konkurrenten nicht dazu bereit, günstigere Bezugskonditionen anzubieten, wenn sie von der Klausel Kenntnis genommen haben: insoweit wirkt die Klausel gegen die Entwicklung des Leistungswettbewerbs und der Preissenkung, die man in einem wettbewerblich orientierten Markt erwartet. Nach der Rechtsprechung stellt die Verwendung solcher Klauseln einen Fall von Missbrauch einer beherrschenden Marktsstellung

⁴⁸⁸ Die AGCM hat sich so ausgesprochen, dass Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung besteht, insoweit die Vertragsbedingungen so gestaltet sind, um den Kunden dazu zu bewegen, seinen Gesamtbedarf ausschließlich bei einem Lieferanten zu decken, auch mangels einer formellen Verpflichtung.

⁴⁸⁹ Siehe zum Thema *Lin, Yi-Tien*, Die sog. „englische Klausel“ in Bezugsbindungsverträgen und ihre Behandlung im europäischen und deutschen Kartellrecht, Dunker & Humblot, 2007.

dar, wenn sie von großen Unternehmen verwendet werden.⁴⁹⁰ Nach der Vorlage der günstigeren Bedingungen kann der Lieferanten sich entweder für die Beibehaltung des ausgemachten Preises mit dem Risiko der Auftragskündigung oder für eine Preisanpassung entscheiden: in beiden Fällen nutzt er seine privilegierte Stellung auf dem Markt aus, indem er sein Verhalten frei, d. h. außerhalb des Rahmens von Wettbewerbsverhältnissen, bestimmen kann. Eine weitere negative Auswirkung der englischen Klausel besteht darin, dass sie eine verfälschte Markttransparenz zulässt: durch die Vorlage der Bezugskonditionen von Konkurrenten, erfahren Energielieferanten wichtige Informationen für die Entwicklung der passenden Marktstrategie.

Genau auf dieser Grundlage wurden Enel-Verträge in den Jahren 1999 und 2003 Objekt eines Untersuchungsverfahrens des Kartellamts.⁴⁹¹

In der ersten Untersuchung (Fall Unapace/Enel)⁴⁹² ging es um eine Änderung von Lieferverträgen mit Gewerbekunden, die ab Februar 1999 an den liberalisierten Markt zugelassen sein konnten.⁴⁹³ Durch die Einführung kurz vor dem Inkrafttreten der Liberalisierung sowie von Verlängerungs- und Preisanpassungsklauseln von einem bis zu drei Jahren in die Verträge, versuchte Enel Kunden an sich zu binden. Vergleichbar wurde Enel eine gesetzwidrige Gestaltung der Verträge mit zugelassenen Kunden für das Jahr 2002 vorgeworfen: langjährige Bindung der Kunden mit Gesamtdeckungsverpflichtung und Preisanpassungsklausel. Auf dieser Basis wurde eine Untersuchung des Kartellamts eröffnet, die im Jahr 2003 mit einer Sanktion von 2,5 Millionen Euro wegen Verletzung des Art. 82 EGV gegen ENEL endete.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Der wettbewerbsmindernde Charakter der Englischen Klausel wurde zum ersten Mal in dem Urteil Hoffman-La Roche erkannt, siehe Hoffman-La Roche c. Commissione C.E, in Racc. 1979 461. Siehe aber auch den Fall Soda – ash – Solvay, in G.U.C.E., 1991 L 152/21. In einem weiteren Fall (accordo transattivo Produttori europei di gas industriale – vedi comunicato stampa 7 giugno 1989, IP 889 426) hat die EG-Kommission die Einführung der englischen Klausel nur nach entsprechender Nachfrage von Kunden erlaubt und unter die Bedingung der absoluten Diskretion über den alternativen Lieferanten gestellt.

⁴⁹¹ Bollettino dell'Autorità garante n. 13-14 del 26 aprile 1999, S. 9-24.

⁴⁹² Siehe dazu *Cammelli F.*, La prima applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento *Unapace/Enel*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2000, S. 379 ff.

⁴⁹³ Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, von 20. November 1998 – A263: Die Untersuchung wurde ex art 86 EGV eingeleitet und endete ohne Sanktionsmaßnahme, da die als wettbewerbsabgelehnten Klauseln spontan von Enel im laufenden Verfahren geändert wurden, um Wettbewerbsstörungen zu verhindern.

⁴⁹⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Provvedimento del 27 novembre 2003, n. 12634, F. Poletini, in *Il diritto industriale*, N. 4/2004, S. 368 ff.

Die englische Klausel zählt zu den so genannten *facilitating practice* durch die sich Unternehmenshandeln ohne formelle Abmachung koordinieren lässt. Zu solchen Klauseln werden auch die *low price guarantee* und das *price matching* gezählt. Die letztere bildet eine entwickelte Form von low price guarantee: sieht der Kunde, dass die Energielieferung bei gleichen Abnahmenverhältnissen und bei gleicher technischer Lieferqualität bei einem anderen Lieferanten günstiger ist und legt er das Angebot vor, so gibt der Vertragspartner Rabatt, um diesen Preis ebenfalls zu halten. Kleinere und mittlere Anbieter, die in erster Linie auf niedrigere Preise abzielen, dürften diesen Preiskampf nicht überleben.

Durch dieses Verhalten führen Lieferanten eine Diskriminierung zwischen ihren Kunden durch: Kunden, die sich informieren, bezahlen den geringeren Preis der *matching offer*, während die anderen noch den teureren Preis entrichten.

4.6.4 Energieverteilung

Die Verteilung stellt die letzte Phase des Energiehandels dar: sie besteht in dem «Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Verteilernetze zum Zwecke der Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung».⁴⁹⁵ Da die Ware Strom ein netzgebundenes Gut ist, sind Verkauf und Verteilung von Strom für lange Zeit als wirtschaftliche Einheit betrachtet worden. Dies hat sich erst mit Inkrafttreten des Decreto Bersani⁴⁹⁶ zur Umsetzung der Elektrizitätsrichtlinie geändert, das die einzelnen Ebenen des Strommarkts für den Wettbewerb geöffnet hat.⁴⁹⁷ Nach Art. 1 Decreto-Bersani können Stromerzeugung sowie -einfuhr und -ausfuhr grundsätzlich frei betätigt werden, solange die Verpflichtungen der Daseinsvorsorge beachtet werden, während die netzgebundenen Tätigkeitsbereiche einem besonderen Konzessionsregime unterworfen sind: Stromübertragung und Bilanzkreisverwaltung sind dem Staat vorbehalten und werden von dem „Gestore della rete di trasporto nazionale“, heute Terna S.p.A.,

⁴⁹⁵ Art. 2, Abs. 1, Ziffer 5, Richtlinie 2009/72/EG.

⁴⁹⁶ Decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79: "Attuazione della Direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica", in Gazzetta Ufficiale n. 75 del 31 marzo 1999 veröffentlicht.

⁴⁹⁷ Art. 1 Abs. 1 D.lgs. 79/99.

aufgrund einer Konzession ausgeübt.⁴⁹⁸ Auch der Betrieb der Energieverteilung ist einem Konzessionsregime unterworfen, wobei es sich jedoch mangels der Voraussetzung der staatlichen Reserve nicht um eine „translative“ Konzession handelt, sondern um eine einfache Genehmigung. Aus Effizienzgründen muss auf Verteilungsebene eine monopolistische Struktur beibehalten werden, das heißt, dass es einen einzigen Verteilnetzbetreiber für jedes Gebiet geben darf, so dass auf Verteilungsebene der *Wettbewerb auf dem Markt* durch den *Wettbewerb für den Markt* ersetzt wird.⁴⁹⁹

Die ersten beträchtlichen Veränderungen im italienischen Energiemarkt haben sich bereits mit der Umwandlung von Enel in eine Aktiengesellschaft durch Art. 15 Gesetzesdekret Nr. 333/92⁵⁰⁰ ergeben. Das Gesetz Nr. 333/92 stellt einen Meilenstein in der italienischen Wirtschaftsgeschichte dar, indem es zum Ziel der Entlastung der staatlichen Finanzen, die Privatisierung von strategischen Staatsunternehmen - die so genannten *enti pubblici economici* - bestimmte, durch die sich der Staat jahrelang wirtschaftlich betätigt hatte.⁵⁰¹ Außer Enel waren durch diese Transformation auch IRI⁵⁰², ENI⁵⁰³ und INA⁵⁰⁴ betroffen. Art. 14 Abs. 1 des oben genannten Gesetzes setzte fest, dass nach der Umwandlung der betroffenen Unternehmen in Aktiengesellschaften, ihre wirtschaftliche Tätigkeit aufgrund von Konzessionen erfolgen sollte, die von dem zuständigen Ministerium zu erlassen waren. Im Fall von Enel war das Industrieministerium für die Konzessionserteilung zuständig. Die Konzessionsvergabe erfolgte durch Ministerialdekret vom 28. Dezember 1995, der die Erteilung der Konzession „für die Ausübung der öffentlichen Leistung der Energieversorgung innerhalb des Hoheitsgebietes“ an Enel formalisiert und die daran

⁴⁹⁸ Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 15.12.2010: „Modifica ed aggiornamento della Convenzione rilasciata alla società Terna per le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica nel territorio nazionale“, in G.U. n. 4 del 7.1.2011.

⁴⁹⁹ Siehe dazu *Di Gaspare G.*, Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il d.lgs. 79/99, in Riv. ita. dir. pubbl. com., 2001, S. 29 ff.

⁵⁰⁰ Gesetzesdekret 11 luglio 1992, n. 333 recante „Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica“, veröffentlicht in Gazzetta Ufficiale Nr. 162 von 11 Juli 1992, convertito in Legge 8 agosto 1992 n. 359, in Gazzetta Ufficiale 13 agosto 1992, n. 190. Das „Sanierungsgesetz“ wurde als Antwort auf die negative Entwicklung des Systems der Staatsbeteiligungen erlassen: der Dekret bestimmte die Entstaatlichung von öffentlichen Unternehmen, die jahrelang die unternehmerische Tätigkeit des Staates ermöglicht hatten. Zu der Entstaatlichungspolitik in Italien siehe *Mayer F.*, Vom Niedergang des unternehmerisch tätigen Staates, 2006, S. 160 ff.

⁵⁰¹ Zu der Erscheinungsformen der öffentlichen wirtschaftlichen Betätigung siehe *S. Cassese*, La nuova costituzione economica, Bari, Laterza, 2000.

⁵⁰² Istituto nazionale per la ricostruzione industriale.

⁵⁰³ Ente nazionale idrocarburi.

⁵⁰⁴ Istituto nazionale assicurazioni.

anschließende Konvention zwischen Enel und der konzessionsvergebende Stelle zur pünktlichen Disziplinierung von Aufgaben und Pflichten des Energieversorgungsunternehmens gebilligt hat.⁵⁰⁵ Somit hat sich ein Bruch in der Energieversorgung ergeben, denn bis zu diesem Zeitpunkt war nach dem Nationalisierungsgesetz⁵⁰⁶ die ganze Energieversorgungskette aufgrund einer staatlichen Reserve, ex Art. 43 Cost., für den staatlichen Monopolist reserviert. Eine einzige Ausnahme zu der Staatsreserve war vom Art. 4, Nr. 5, Gesetz 1643/1962 vorgesehen, nach dem Unternehmen der lokalen Verwaltungen, die so genannten „*aziende municipalizzate*“⁵⁰⁷, nach Genehmigung des Industrieministeriums innerhalb von zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des Gesetzes einen Konzessionsantrag an Enel für die Ausübung der im Art. 1 Abs. 1 genannten Tätigkeiten⁵⁰⁸ einreichen lassen konnten. In der Konzessionserteilung sollten Rechte und Pflichten des Konzessionärs sowie die Fälle von Zurücknahme und Verfall der Konzession aufgelistet werden. Das Lastenheft war von Enel selbst hergestellt und dann vom Industrieministerium gebilligt. Diese Prozedur fand jedoch in der Praxis keine Anwendung und die Koexistenz zwischen Enel und „*aziende municipalizzate*“ hat *de facto* stattgefunden. Der erste Durchbruch des Systems erfolgte mit Art. 21 des Gesetzes Nr. 9/91, der ein vereinfachtes Verfahren eingeführt hat, das auf einer Rahmenkonvention zwischen Enel und *Federelettrica* (die Vertretungsorganisation von lokalen Energieunternehmen) basiert, die als Ausgangspunkt für weitere Abkommen zwischen Enel und den einzelnen Unternehmen dienen sollte. Sowohl die Rahmenkonvention als auch die einzelnen Abkommen unterliegen der Genehmigung des Ministeriums. Bemerkenswert dabei ist, dass Art. 21 L. 9/91 ein Verhandlungsverfahren eingeführt hat, nach dem kleine Energieversorgungsunternehmen zumindest formell Enel gleichgestellt sind, was dem Gleichheitsprinzip Rechnung trägt. Somit ist das Verhältnis zwischen Enel und weiteren Energiedienstleistern ein paritätisches und alle Unternehmen sind in gleicher Weise aufgefordert, bei der Erbringung von Energiedienstleistungen der

⁵⁰⁵ Decreto 28 dicembre 1995: „Attibuzione all’Enel S.p.A., ai sensi dell’art. 14 del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359, della concessione delle attività per l’esercizio del pubblico servizio di fornitura dell’energia elettrica nel territorio nazionale.“

⁵⁰⁶ L. 1643/1962: „Istituzione dell’Ente nazionale energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche“.

⁵⁰⁷ Unternehmen der öffentlichen Daseinsfürsorge mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung.

⁵⁰⁸ Stromerzeugung, -einfuhr, -ausfuhr, -übertragung, -transformation, -verteilung und -vertrieb.

Verfolgung von Zielen von allgemeinem Interesse beizutragen.⁵⁰⁹ Auf die Prozedur nach Art. 21, Gesetz Nr. 9/91 verweist ausdrücklich auch Art. 3 Abs. 8, Gesetz Nr. 481/95, hinsichtlich der Verhältnisse zwischen Enel und Energieversorgungsunternehmen der lokalen Verwaltungen.

Dieser kurze historische Abriss hat gezeigt, dass vor der Liberalisierung das Institut der Dienstleistungskonzession ein wichtiges Instrument der Governance der Energiewirtschaft darstellte, das zur Regelung der Verhältnisse von Energiedienstleistern unter einander und zu der öffentlichen Verwaltung diente.⁵¹⁰

Durch die Konzession und die daran anschließende Konvention waren auch die Verpflichtungen des Universaldienstes sichergestellt. Weiterhin gewährleistet nun dieses Schema unter den mutierten Marktbedingungen die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen.

Die aktuelle Regelung der Stromverteilung ergibt sich aus Art. 9, Legislativdekret Nr. 79/99, nach dem Unternehmen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Dekrets bereits in der Energieverteilung tätig waren, zur Führung des Betriebs weiterhin zugelassen sind, diesmal jedoch aufgrund von Konzessionstiteln mit Ablauf Ende Dezember 2030, die vom Industrieministerium bis 31. März 2001 erlassen werden sollen.⁵¹¹ Nach Ablauf dieser Fristen wird das Ministerium für die wirtschaftliche Entwicklung ein öffentliches Ausschreibungsverfahren für die Erteilung von neuen Konzessionen einleiten. Außer Enel, dessen Konzessionstitel aus Art. 14 Gesetz Nr. 359/92 stammt und Unternehmen von lokalen Gebietskörperschaften, unabhängig

⁵⁰⁹ Art. 21, Abs. 7, Gesetz Nr. 9/91: «Con il rilascio della concessione le imprese elettriche degli enti locali concorrono con Enel, nell'ambito del settore pubblico dell'energia elettrica, al conseguimento dei fini di utilità generale di cui all'art. 1 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, e successive modificazioni».

⁵¹⁰ Art. 2, Abs. 36 Gesetz Nr. 481/95: «L'esercizio del servizio in concessione è disciplinato da convenzioni ed eventuali contratti di programma stipulati tra l'amministrazione concedente e il soggetto esercente il servizio, nei quali sono definiti, in particolare, l'indicazione degli obiettivi generali, degli scopi specifici e degli obblighi reciproci da perseguire nello svolgimento del servizio; le procedure di controllo e le sanzioni in caso di inadempimento; le modalità e le procedure di indennizzo automatico nonché le modalità di aggiornamento di revisione e rinnovo del contratto di programma o della convenzione.»

⁵¹¹ Art. 9 Abs. 1, Satz 2, D. lgs. 79/99. Das entsprechende Ministerialdekret „Rilascio di concessioni e approvazione di convenzioni per l'esercizio della distribuzione elettrica“ wurde in der Gazzetta Ufficiale n. 233 vom 04. Oktober 2002 veröffentlicht. Siehe auch Art. 3, Abs. 8, Gesetz Nr. 481/95: «Le attività elettriche già esercitate dalle imprese elettriche degli enti locali restano affidate in concessione da parte del ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato». Unternehmen, die in der Energieverteilung tätig sind, nach einer transparenten, öffentlichen Ausschreibungsprozedur ausgewählt werden müssen: siehe dazu *B. Mameli*, Concessioni e pubblici servizi, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, S. 63 ff.

von ihrer Rechtsform,⁵¹² beteiligten auch Erzeugungs- und Verteilungsgenossenschaften gemäß Art. 4 Ziffer 8, Gesetz 1643/62⁵¹³ an der Konzessionsausschreibung. Diese letzteren, die auf dem Markt ohne Konzessionstitel bereits tätig waren, wurden zu der öffentlichen Ausschreibung auch ohne formelle Voraussetzung zugelassen. Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, dass sie der Erfüllung des Universaldienstes dienen, indem sie Landgebiete mit niedriger Populationsdichte mit Elektrizität versorgen. Art. 9 Abs. 2, Decreto Bersani bestimmt, dass zum Ziel der Rationalisierung des gesamten Systems eine einzige Konzessionsvergabe für jede Gemeinde erlassen werden kann. Sind mehrere Unternehmen in der selben Gemeinde tätig, so muss eine Unternehmensangliederung stattfinden, die eine Ministerialgenehmigung benötigt.⁵¹⁴ Das Gesetz sieht also für die Verteilungsebene einen pluralistischen Markt vor, in dem weitere Betreiber der Energieverteilung außer Enel tätig sind, deren Verhältnisse untereinander und zu den öffentlichen Behörden durch Konzessionen geregelt sind.

Die Konzessionserteilung an Enel für die Ausübung der Energieverteilung erfolgte durch Dekret des Industrieministers⁵¹⁵ und die daran anschließende Konvention, auf die das Dekret hinsichtlich einer genauen Regelung des Verhältnisses zwischen Enel und der konzessionsvergebenden Verwaltung verweist. Die Konvention stützt sich weitgehend auf die vorherigen Konvention aus dem Jahr 1995 und enthält von daher nur wenige Anpassungsbestimmungen. Das Dekret dient der Genehmigungsfunktion der Konvention, es bestätigt den Konzessionär, setzt die Ziele fest, nach denen die Ausübung Tätigkeit betrieben werden muss, setzt die Dauer der Konzession fest und erlaubt ausdrücklich die Subkonzessionierung der im Dekret beschriebenen Tätigkeiten. Die an das Dekret anschließende Konvention stellt den wesentlichen Bestandteil der Konzession dar, in der die gegenseitigen Rechte und Pflichten

⁵¹² Art. 3 Abs. 8, Gesetz Nr. 481/95: diese Vorschrift hat zur Angleichung von Enel und Unternehmen von lokalen Behörden geführt, indem sie ihnen eine direkte Konzession, statt einer Subkonzession erteilt hat; siehe *Giammaglichella G.*, L'attuazione concreta del decreto Bersani sull'energia elettrica: il punto di vista dell' esercente con particolare riferimento al riassetto delle attività di distribuzione, in *Rass. giur. en. el.*, 1999, S. 764.

⁵¹³ Auf diese Kategorie von Unternehmen bezieht sich der Erlass AEEG Nr. 43/06, über die Regulierung von einigen Leistungen von allgemeinem Interesse.

⁵¹⁴ Siehe dazu *Di Gaspare G.*, Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il D.lgs. 79/99 in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, S. 50 ff.

⁵¹⁵ Decreto 13 ottobre 2003: "Decreto afferente la conferma della concessione ad Enel Distribuzione S.p.A. dell'attività di distribuzione dell'energia elettrica nei comuni di cui agli allegati 1, 2 e 3, già attribuiti all'Enel S.p.A. con decreto del 28 dicembre 1995, e l'adeguamento della convenzione, stipulata il 28 dicembre 1995 tra il Ministero dell'industria, del commercio e dell'Artigianato e l'Enel S.p.A., alle disposizioni di legge emanate dopo tale data."

zwischen Unternehmen und staatlicher Verwaltung, die Hauptbedingungen der Leistungserbringung und insbesondere die zu erfüllenden Gemeinwohlverpflichtungen, sowie die Rolle der Regulierungsbehörde festgelegt sind. Die Leistungserbringung muss, nach Art. 3 der Konvention, zum Wohl der Allgemeinheit und mit Berücksichtigung der in Art. 1 Abs. 1, Gesetz Nr. 481/95 genannten Ziele erbracht werden, nämlich die Förderung von Wettbewerb und Effizienz, die Gewährleistung angemessener Qualitätsniveaus bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Rentabilität, die Sicherstellung der Zugänglichkeit der Leistungen durch die Fertigstellung eines einheitlichen und transparenten Tariffsystems sowie eine homogene Deckung des Hoheitsgebietes und den Schutz von Nutzer- und Verbraucherrechten. Der sukzessive Art. 4 ist den öffentlichen Dienstleistungspflichten gewidmet, wobei sich die Norm auf einen allgemeinen Verweis beschränkt, nach dem die Leistungserbringung in Übereinstimmung mit bestehenden Gesetzschriften und unter Beachtung gesetzlicher und behördlicher Vorgaben erfolgen muss. Art. 5 bezieht sich auf die Universaldienstverpflichtungen und erwähnt ausdrücklich als Verpflichtungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: die Vorgaben für die langfristige Nachfragedeckung, die landesweite Förderung der Leistungserbringung unter Beachtung des Kontrahierungszwanges und Gleichbehandlungsgebots und die von der Regierung im Dokument der wirtschaftlich-finanziellen Planung genannten Entwicklungsziele.⁵¹⁶ Die Leistungserbringung muss nach Sicherheit, Zuverlässigkeit und Kontinuität, unter Beachtung der behördlichen Erlasse erfolgen und es müssen Mittel bereit gestellt werden, um angemessene Bedürfnisse von Nutzern einschließlich älterer und behinderter Menschen zu erfüllen. Hinzu kommen dann auch die Förderung von Anlagen aus erneuerbaren Energiequellen und der Umweltschutz. In dem Verhältnis zwischen Unternehmen und der konzessionsvergebenden Verwaltung spielt auch die Regulierungsbehörde eine wichtige Rolle, indem sie massiv in das Verhältnis eingreifen kann: das resultierende Verhältnis ist somit nicht ein bilaterales zwischen Unternehmen und staatlicher Verwaltung, sondern ein trilaterales. Der Eingriff der Behörde in das Verhältnis ist nicht als externes, eventuelles Element zu betrachten, sondern ein konstitutives Element der Konzessionierung, dessen Effekte sich über

⁵¹⁶ Art. 2, Abs. 21, Gesetz Nr. 481/95.

die ganze Konzessionsdauer erstrecken. Nach Art. 15 der Konvention bleiben die Befugnisse der Behörde aufrechterhalten,⁵¹⁷ die aus ihrem Gründungsgesetz stammen: die Regulierungsbehörde legt dem zuständigen Minister Vorschläge für die Konzessionserneuerung oder -abänderung⁵¹⁸ sowie Suspendierung oder Entzug der Konzession⁵¹⁹ vor, mit Hinblick auf die Marktentwicklung und die Bedürfnisse von Verbrauchern, schlägt die Änderung einzelner Klauseln vor und legt die technisch-wirtschaftlichen Bedingungen für Netznutzung und –zugang fest.⁵²⁰ Die Tätigkeit des Konzessionärs unterliegt der Kontrolle, sowohl durch die Behörde (Art. 20)⁵²¹ als auch durch das Ministerium (Art. 21) für alle Aspekte die unter ihre Zuständigkeit fallen. Die Kontrolle richtet sich grundsätzlich auf die Durchführung der Leistung und auf die Berücksichtigung der behördlichen Erlasse. Nach Art. 9 des Dekrets Nr. 79/99 läuft die Konzession Ende 2030 ab, die Konvention enthält aber auch eine entsprechende Regelung für den Fall des Widerrufs (Art. 24) und Verfalls (Art. 23). Der Widerruf ist für den Fall vorgesehen, dass neue Bedingungen eintreten, nach denen sie nicht länger für die Verfolgung von allgemeinen Zielen geeignet ist, und er darf nur nach der ersten Zeitspanne von zwanzig Jahren erfolgen. Der Verfall dagegen erfolgt bei Nichteinhaltung der Pflichten seitens des Konzessionärs, die in schwerer und verbreiteter Weise die Erbringung der Leistungen beeinträchtigt. Im Gegensatz zu dem Fall des Widerrufs, darf der Verfall jederzeit eintreten, ohne Rücksicht auf die Zeitspanne von zwanzig Jahren⁵²², da er die Reaktion auf ein Verhalten des Unternehmens darstellt, das das öffentliche Interesse beeinträchtigt. Dem Verfall der Konzession folgt die Einlösung der Güter, die dem Betrieb dienen (Art. 25) und die Auszahlung einer entsprechenden Entschädigung an den Konzessionär (Art. 26). Die Konzession wurde in einer Zeit von großen Wandlungen für den Elektrizitätssektor erlassen, kurz vor dem Inkrafttreten der europäischen Richtlinien: Aus diesem Grund enthält sie entsprechende Anpassungsvorschriften, die es ermöglichen sukzessiven gesetzlichen Änderungen sowie Entwicklungen auf nationalem und europäischem Ebene, Rechnung zu tragen: nach Art. 19 kümmern sich die Parteien darum, nach Bedürfnis die Konvention durch Revisionen und

⁵¹⁷ Art. 2, Abs. 12, lit. a), b), d), o) und Art. 2 Abs. 13, Gesetz Nr. 481/95.

⁵¹⁸ Art. 2, Abs. 12, lit. b), Gesetz Nr. 481/95.

⁵¹⁹ Art. 2, Abs. 12, lit. o), Gesetz Nr. 481/95.

⁵²⁰ Art. 2, Abs. 12, lit. d), Gesetz Nr. 481/95.

⁵²¹ Art. 2, Abs. 12, lit. c), d), g), h), m), n), p) und Art. 2, Abs. 20, Gesetz Nr. 481/95.

⁵²² Siehe Art. 2, Abs. 20 Gesetz 481/95.

Anpassungen auf den neuesten Stand zu bringen. Nach dieser Klausel sind die Parteien dazu verpflichtet, neue Verhandlungen zu führen, falls gewisse externe Bedingungen eintreten, die dies erforderlich machen sollten. Dies jedoch immer mit Rücksicht und innerhalb der Grenze vom Art. 1337 c.c., der *bona fide* in den vertraglichen Beziehungen vorschreibt. Änderungen sind beispielsweise im Fall von normativen Änderungen auf europäischer und nationaler Ebene oder aufgrund von Vorschlägen der sektorspezifischen Behörde gemäß Gesetz 481/95 vorgesehen. Ein wichtiges Anpassungsinstrument stellt auch der „Contratto di programma“ dar, ein Rahmenvertrag, den die die Parteien zusätzlich zu der Konvention abschließen, der als Ergänzung der Konvention dienen soll (Art. 7). Der „Contratto di programma“ war bereits im Art. 30 Gesetz Nr. 9/91 vorgesehen, und wird auch im Art. 2 Abs. 36 Gesetz Nr. 481/95 als wichtiges Instrument zur Ergänzung der Konzession berücksichtigt, indem er eine schnelle und vereinfachte Anpassung des Verhältnisses zwischen Konzessionär und Verleihungsbehörde an die rasche Entwicklung des Energiemarkts ermöglicht.

Ein wichtiger Aspekt der Konvention betrifft die Zusammenarbeit zwischen dem Konzessionär und der staatlichen Verwaltung, die die Konzession erteilt hat. Art. 6 Abs 2 bestimmt, mit Bezug auf der im Art. 1 enthaltenen Liste der „allgemeinen Ziele der Konvention“, dass die Verwaltung und der Konzessionär innerhalb der jeweiligen Rolle kooperieren müssen, um die festgelegten Ziele zu erreichen, und zwar unter Berücksichtigung des Bedürfnisses des Unternehmens seine Finanzierungsfähigkeit und um eine angemessene Gewinnerzielung zu gewährleisten. Das heißt, dass die „öffentlichen Interessen“ nur noch in Abhängigkeit von ökonomischer Machbarkeit umgesetzt werden können. Diese ausdrückliche Kooperationspflicht stellt eine Ergänzung des klassischen Grundsatz von Treu und Glauben dar, der Kraft des Verweises in Art. 37 auf die allgemeinen Prinzipien des Zivilrechts auf die Konvention Anwendung finden soll.

Mit öffentlichen Dienstleistungen betraute Unternehmen sind immer noch private Marktakteure, die nach Marktlogik betrieben werden und darauf abzielen, Finanzierungsfähig zu bleiben und Gewinne zu erzielen. Nach dem verfassungsrechtlichen Prinzip der <Freiheit der privatwirtschaftliche Betätigung>⁵²³ wird dem Unternehmen eine Sphäre der „*wirtschaftliche Autonomie*“ gewährt, die

⁵²³ Art. 41 Cost.

unfassbar ist und ohne entsprechende Entschädigung seitens der öffentlichen Verwaltung nicht eingeschränkt werden kann. Der Verwaltung, ihrerseits steht die Überwachung der öffentlichen Interessen zu und ihr wird dementsprechend ein starker Einfluss zuerkannt. Zunächst in dem Sinne der Leitungsfunktion des Markt, die sich durch den Erlass von Richtlinien sowie per Dekret des Industrieministers betreffend der Energieübertragung, der Errichtung von Energieerzeugungsanlagen, der Koordinierung der von anderen Einrichtungen als der des Konzessionärs betriebenen Tätigkeiten (Art. 13 Abs. 5) und im Allgemeinen alle in der Konzession enthaltenen Tätigkeiten gestaltet. Die Macht der staatlichen Verwaltung beeinflusst stark den Betrieb des Konzessionärs, die feste Grenze dieser Macht besteht jedoch darin, dass die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens nicht gefährdet werden darf. Falls die Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse eine Benachteiligung des Konzessionärs am Markt verursachen sollte, steht es dem Unternehmen zu, eine entsprechende Entschädigung zur Deckung der zusätzlichen Kosten zu verlangen.⁵²⁴ Ihrerseits steht der öffentlichen Verwaltung nach Art. 21 der Konvention eine genau umrissene Überwachungsfunktion zu, die sich auf die gesamten in der Konvention vorgesehenen Tätigkeiten erstreckt und darin besteht, zu prüfen, dass das Unternehmen sich an die ihm auferlegten Verpflichtungen zur Erreichung der in Artt. 3 und 6 enthaltenen Ziele hält. Dies impliziert auch die ausdrückliche Verpflichtung des Unternehmens, der Verwaltung alle Informationen mitzuteilen, die zur Verwirklichung dieser Überwachungsfunktion notwendig sind. Darunter fallen auch der „regolamento di servizio“ (Art. 16), die „carta dei servizi“ (Art. 17), die eigene Bilanz sowie die zusätzliche Dokumentation des Finanzstatus, die im Art. 35 enthalten ist, und allgemein jede Information, die notwendig sein sollte (Art. 21 Abs. 2). Art. 35 Abs. 6 sieht vor, dass es der Verwaltung unter Bezug auf die eigene Funktion erlaubt ist, den Sitz des Unternehmens und alle Anlagen zu betreten.

In der Konvention spielt das Thema der Verhältnisse zu den Kunden nur eine geringe Rolle. Die Konvention erwähnt ausdrücklich den Kontrahierungszwang⁵²⁵ und die allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵²⁶, die vom Unternehmen festgelegt werden, aber auch durch Bestimmungen der Regulierungsbehörde geändert werden können. Das

⁵²⁴ Zu dieser Lösung gelingt man nach analoger Anwendung des Art. 23 Abs. 8 der Konvention.

⁵²⁵ Art. 5.2 liest: <obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto del servizio osservando al parità di trattamento nei limiti della legislazione vigente>, und stellt insofern eine Wiederholung des Art. 2597 c.c. dar.

⁵²⁶ Art. 28.3.

gleiche gilt für den „regolamento di servizio“ (Art. 16), in welchem die Modalität der Leistungserbringung pünktlich festgelegt ist und der durch behördliche Erlasse automatisch ergänzt bzw. geändert werden kann.⁵²⁷

4.6.5 Energieverteilung: Qualitätsregulierung

Bei der Energieverteilung stellt die Kontinuität der Leistung einen entscheidenden Qualitätsfaktor dar. Stromabfälle können den Kunden erheblichen Schaden verursachen; dennoch sind Unterbrechungen der Energielieferung aus technischen Gründen nicht hundertprozentig vermeidbar, zum Beispiel wenn technische Arbeiten für die Netzinstandhaltung und –entwicklung durchzuführen sind.

Die Regulierung der Energieverteilung erfolgt durch sukzessive Delibere (Beschlüsse) der Regulierungsbehörde betreffend, sowohl die Leistungsqualität als auch die Handelsqualität: zuletzt Del. AEEG Arg/elt 198/11.⁵²⁸ Die Delibera hat eine bestimmte Prozedur zur Meldung von Unterbrechungen eingeführt, die den Stromabnehmern eine rechtzeitige und pünktliche Information ermöglichen soll.⁵²⁹ Die Ankündigung muss mindestens zwei Werktage vor der Unterbrechung erfolgen und nach Modalitäten, die eine effektive Kenntnisnahme der Kunden ermöglichen. In der Meldung muss die genaue Dauer der Unterbrechung unter Angabe des Beginns und des Endes sowie des Datums der Voranmeldung bekannt gegeben werden. Diese Angaben müssen von dem Dienstleister berücksichtigt werden, wobei jedoch 5 Minuten Toleranz erlaubt sind. Anderes gilt für Unterbrechungen ohne Voranmeldung, die ihrer Dauer nach in lange (mehr als drei Minuten), kurze (zwischen einer Sekunde und drei Minuten) und vorübergehende (weniger als eine Sekunde) Unterbrechungen unterteilt werden. Ziel der Regulierung durch den AEEG-Erlass ist die Verbesserung der Kontinuität der Leistung durch die Minderung der jährlichen Unterbrechungen, die Reduzierung der regionalen Abweichungen der

⁵²⁷ Art. 2 Abs. 37 Gesetz Nr. 481/95.

⁵²⁸ Del. AEEG Arg/elt 198/11: „Testo integrato della qualità dei servizi di distribuzione e misura dell’energia elettrica per il periodo di regolazione 2012/2015“.

⁵²⁹ Art. 49 Del. AEEG ARG/elt 198/11.

Qualität der Netzdienste und die Förderung von Qualitätsverträgen zwischen Netzdienstleistern und Endkunden.⁵³⁰

Die dazu gedachten Instrumente bestehen aus der Durchführung eines Registers der Unterbrechungen, in welchem der Dienstleister alle Unterbrechungen mit und ohne Voranmeldung und die notwendigen Informationen betreffend der örtlichen Angabe, der Dauer, der Zahl der betroffenen Kunden und der Ursache der Unterbrechung auflisten muss. Das Register muss für alle Kunden zugänglich sein. Ein weiteres Instrument zur Verbesserung der Qualität besteht in der den Kunden eingeräumten Möglichkeit, Qualitäts- und Messverträge mit dem Netzbetreiber abzuschließen.⁵³¹ Dadurch erfolgt die vertragliche Festschreibung der Kontinuität und der Qualität der Leistungserbringung über die von der AEEG festgesetzten Standards hinaus. Gegen Zahlung eines bestimmten Preises werden Qualitätsstandards festgelegt und automatische Entschädigungen und Rückvergütungen zugunsten der Endkunden im Fall der Leistungserbringung von niedriger Qualität gewährt. Solche Verträge können sich auch auf kurze und vorübergehende Unterbrechungen sowie Spannungsabfälle oder weitere Parameter der Spannungsqualität beziehen. Der Beschluss der Behörde setzt spezifische und allgemeine Standards fest und sieht automatische Entschädigungen und Rückvergütungen zugunsten des Kunden für den Fall ihrer Missachtung vor.⁵³² Lieferstandards sind für Abnehmer, die in hoch oder mittlerer Spannung bedient werden, unterschiedlich bestimmt und je nachdem, ob sich der Abnahmepunkt in einem Gebiet von hoher, mittlerer oder niedriger Nutzungsdichte befindet. Der Stromlieferant kann auch eigene Standards festsetzen, die jedoch höher als die vom Regulierer festgelegten Standards sein müssen. Bei der Anwendung von selbst gelegten Standards muss das Gleichbehandlungsgebot immer berücksichtigt werden.⁵³³ Der Beschluss enthält auch die entsprechenden Indikatoren für die Kontinuität⁵³⁴ und für die Handelsqualität.⁵³⁵

Sollte für den Kunden ein Schaden wegen einer Unterbrechung entstehen, kann er Schadensersatzanspruch nach Art. 1218 *codice civile* geltend machen.⁵³⁶ Die

⁵³⁰ Art. 2 Del. ARG/elt 198/11.

⁵³¹ Art. 74 ff. Del. ARG/elt 198/11.

⁵³² Art. 104-106 Del. ARG/elt 198/11.

⁵³³ Art. 2.2 Del. ARG/elt 198/11.

⁵³⁴ Artt. 15 ff. Del. ARG/elt 198/11.

⁵³⁵ Art. 80 ff. Del. ARG/elt 198/11.

⁵³⁶ Siehe Beispielsweise das Urteil des Friedensrichters Florenz in der Zivilsache Donvito/Enel Distribuzione S.p.a, Nr. 16979/04 vom 18. Januar 2006, zu dem blackout am 28/09/03. Zum Thema

gerichtliche Zuständigkeit wird gemäß Art 7 codice di procedura civile nach dem Streitwert entschieden. In dem Urteil Donvito/Enel Distribuzione vom 18. Januar 2006 hat der Richter das Schuldverhältnis von Stromlieferungsverträgen deutlich dargelegt: die Eigenschaften dieses Vertragsverhältnisses liegen in der kontinuierlichen Leistungsbereitschaft des Versorgungsunternehmens über einen bestimmten Zeitraum.⁵³⁷ Gegen die Zahlung des vereinbarten Preises erwirbt der Kunde das Recht an seiner Verbrauchsstelle Energie zu entnehmen; dagegen verpflichtet sich der Stromlieferant die Energie zur Deckung von zukünftigen Bedürfnissen des Kunden bereit zu stellen. Zunächst muss er die zur Leistungserbringung notwendigen Anlagen und Anschlüsse einrichten und nimmt dann das Risiko der zukünftigen Lieferungen über die Vertragslaufzeit auf sich: d. h., dass zu dem Stromlieferungsvertrag eine aleatorische Komponente gehört, wie es auch schon immer bei Verträgen über zukünftige Leistungen der Fall ist. Hier besteht die Hauptpflicht in der dauernden Gewährleistung einer gewissen Stromstärke. Für den Fall, dass diese Pflicht nicht erfüllt wird, kann sich der Lieferant vom Schadensersatzanspruch (ex Art. 1218 c.c.) nur befreien, wenn er sein fehlendes Verschulden beweisen kann.⁵³⁸

Zum Thema der Unternehmenshaftung geht die Rechtsprechung schon seit Jahren in Richtung der Abschaffung des Ausnahmesphäre, die für lange Zeit dem Monopolist zugewiesen wurde, obwohl Art 3 des Nationalisierungsgesetzes die Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften auf die Rechtsverhältnisse von Enel erklärte. Dazu hat auch der Verfassungsgerichtshof einen großen Beitrag geleistet, indem er eine innovative Auslegung des Art. 43 Cost. geliefert hat. Demzufolge wurden einige Vorschriften über Haftungsbeschränkungen für Unternehmen, die mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, aufgehoben und Verträge der Energiewirtschaft in die Grenzen des Zivilrechts zurückgeführt.⁵³⁹

Unternehmenshaftung beim blackout siehe auch: *Bellantuono G.*, "La risarcibilità dei danni da blackout". Nota a Trib. S.M. Capua Vetere, sez. dist. Marcianise, 6 febbraio 2006. *Danno e responsabilità: problemi di responsabilità civile e assicurazioni: rivista bimestrale di giurisprudenza e dottrina*, 2006, Vol. 11, n. 5, S. 528, 536.

⁵³⁷ Siehe Kassationsgericht 7604/96; vgl. auch Cass. civ. sez. III, 9.6.97 n. 5144.

⁵³⁸ Kassationsgericht 7604/96. Vgl. auch Cass. Civ. sez. III, 9.6.97, n. 5144.

⁵³⁹ Siehe dazu Corte cost. 28 febbraio 1992, n. 74 in *Foro italiano*, 1992, I, c. 1353 ff.; Corte cost. 30 dicembre 1994 n. 456 in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, S. 533 ff.; Corte cost. 17 marzo 1988 n. 303, in *Foro it.*, 1989, I, c. 56. Siehe dazu auch *Battini S.*, La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, S. 186 ff.

Da Energieverteilung als Leistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse berücksichtigt wird, müssen bei ihrer Ausübung besondere Pflichten erfüllt werden: nach Art. 9 Abs. 1, Legislativdekret 79/99 unterliegen Verteilungsunternehmen dem Kontrahierungszwang, indem sie verpflichtet sind, alle Nachfrager an das Netz anzuschließen,⁵⁴⁰ darüber hinaus ist die Leistungserbringung Objekt einer spezifischen Regulierung, die auf den Kundenschutz sowie auf die Verbesserung der Leistungsqualität abzielt: um ein bestimmtes Niveau zu sichern, hat die AEEG entsprechende Beschlüsse erlassen.

4.6.6 Energiebelieferung an gebundene Kunden

Bis zur Vollendung des Liberalisierungsprozesses waren Energieabnehmer in zwei Kategorien unterteilt: *zugelassene Kunden* konnten Energie auf dem freien Markt beschaffen, d.h. ihren Energieversorger frei wählen und unter Einhaltung der einschlägigen behördlichen Bestimmungen⁵⁴¹ die Vertragsverhandlung selbst durchführen, während *gebundene Kunden*⁵⁴² ausschließlich durch den Alleinabnehmer (*Aquirente Unico S.p.A.*) zu den von der Regulierungsbehörde festgesetzten Bedingungen bedient werden konnten. Diese Unterteilung ist nun mit Vollendung des Liberalisierungsprozesses abgeschafft worden; allerdings spielt der *Acquirente Unico* immer noch eine zentrale Rolle auf dem Energiemarkt, indem er für die Versorgung von Endkunden verantwortlich ist, die unter dem *servizio di maggior tutela* und *servizio di salvaguardia* fallen.⁵⁴³ Nach Art. 4 Abs. 1 D.lgs. 79/99 besteht die Funktion des Alleinabnehmers darin, Verträge über die Beschaffung von Energie zu verhandeln, um die Erzeugungskapazität zur Deckung der Nachfrage von gebundenen Kunden zu sichern und ihnen eine Energieversorgung unter den Bedingungen der Qualität, Sicherheit und Effizienz

⁵⁴⁰ Netzzugangsbedingungen wurden von der AEEG durch Erlass Nr. 39/01 festgestellt.

⁵⁴¹ Del. AEEG n. 78/99.

⁵⁴² Diese Kundenkategorie war durch eine Residualformel identifiziert, nach der jeder Endkunde der nicht zugelassen war, als gebundener Kunde bezeichnet wurde. Dieser konnte ausschliesslich über den Lokalverteiler mit Strom versorgt werden.

⁵⁴³ D.L. 18 giugno 2007, n. 73, umgesetzt durch Legge 3 agosto 2007, n. 125: „Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 18 giugno 2007 n. 73, recante misure urgenti per l’attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell’energia“.

sowie der Gleichbehandlung auch im Hinblick auf die Tarifierung zu gewährleisten. Der von dem Alleinabnehmer beschaffte Strom wird zum Zweck der Belieferung von gebundenen Kunden den lokalen Energieverteilern weitergeleitet. Der Mustervertrag zwischen Alleinabnehmer und Energieverteilern (*Esercenti la maggior tutela*) wurde durch Beschluss AEEG Nr. 78/08⁵⁴⁴ gebilligt.

Die Verträge zur Belieferung der oben genannten Kundenkategorien sind mit Delibera ARG/elt 156/07⁵⁴⁵ diszipliniert worden. Die Delibera übernimmt die Bestimmungen eines vorherigen Erlasses der Behörde, die Delibera Nr. 200/99⁵⁴⁶, die die Mindestbedingungen für Energielieferverträge festgelegt hat. Beide Beschlüsse stützen sich auf Art. 2 Abs 12 lit. h) Gesetz Nr. 481/95, der die Behörde zum Erlass der Bestimmungen bezüglich Erzeugung und Erbringung der Leistungen und insbesondere zur Festlegung der allgemeinen Qualitätsstandards einzelner Leistungen, die dem Kunde zu gewährleisten sind, ermächtigt. Zu diesem Zweck soll die Behörde Vertreter von Dienstleistern und von Verbrauchern und Nutzern anhören. Durch die aus dieser Prozedur entstandenen Bestimmungen ergibt sich eine automatische Anpassung bzw. Ergänzung des „*Regolamento di servizio*“, den jeder Dienstleister fertig zu stellen hat.⁵⁴⁷

Der Beschluss betrifft insbesondere Aspekte von: Stromablesen und Zeitabstand der Stromabrechnung (II. Titel des Beschlusses), Zahlungsmodalitäten der Rechnung⁵⁴⁸ und Kundenverzug, Modalität der Stromunterbrechung (III. Titel), Stromablesung

⁵⁴⁴ Geändert durch Delibera ARG/elt 76/08: „Approvazione del contratto tipo di cessione dell’energia elettrica agli esercenti la maggior tutela da parte della società Acquirente unico S.p.A.“

⁵⁴⁵ Delibera n. 156/07: „Approvazione del Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas per l’erogazione dei servizi di vendita dell’Energia elettrica di maggior tutela e di salvaguardia ai clienti finali ai sensi del decreto legge 18 giugno 2007, n. 73/07“.

⁵⁴⁶ Del. AEEG n. 200/99 vom 28. Dezember 1999: „Direttiva concernente l’erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell’energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell’art. 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481“, durch Beschluss Nr. 148/2006 von 14. Juli 2006 geändert.

⁵⁴⁷ Art. 2, Abs. 37, Gesetz Nr. 481/95.

⁵⁴⁸ Zum Thema der Transparenz der Stromrechnung hat die Regulierungsbehörde einen entsprechenden Beschluss erlassen, der präzise Angaben auf der Rechnung vorschreibt: Delibera vom 30. Dezember 2009, ARG/com 202/09, „Approvazione della Direttiva per l’armonizzazione e la trasparenza dei documenti di fatturazione dei consumi di energia elettrica e di gas distribuito a mezzo di rete urbana“. Nach diesem Beschluss mussten auf der Stromrechnung die möglichen Zahlungsmodalitäten angegeben werden, unter denen mindestens eine für den Kunden kostenlos sein sollte. Mit Beschluss AEEG 21. März 2007 Nr. 66/07 hat die AEEG eine Sanktion in der Höhe von fast 12 Millionen Euro gegen Enel wegen Verletzung dieser Pflicht bestimmt. Der Beschluss wurde dann durch Delibera Nr. 152/06 vom 19. Juli 2006: „Direttiva per la trasparenza dei documenti di fatturazione dei consumi di elettricità“ ersetzt.

bei fehlerhaftem Messgerät (IV. Titel), Fälle der Rateneinteilung der Zahlungen (V. Titel), Kautio (VI. Titel) und Beschwerde (VII. Titel).

Diese Bestimmungen gelten als Mindestbedingungen und sind unabdingbar. Unternehmen können ihren Kunden bessere Bedingungen anbieten, aber immer unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes, d.h. dass die günstigeren Bedingungen für alle Kunden einer gleichen Typologie gelten sollen. Für den Fall, dass die besseren Bedingungen zusätzliche Kosten für die Kunden vorsehen, müssen sie den Kunden innerhalb einer entsprechenden Tarifierungsoption angeboten werden.

Die vertragsrechtlichen Bestimmungen aus den behördlichen Beschlüssen sind nach Art. 1339 C.c. automatisch in die Energielieferverträge eingefügt. Für diese Kundenkategorien hat die AEEG eine einheitliche Tarifierung festgestellt. Für gebundene Nichthaushaltskunden sind die Preise nach Spannungsniveau und nach Verwendungszweck der Lieferung festgelegt: Preise sind von den Versorgungsunternehmen nach von der AEEG erlassenen Festsetzungskriterien bestimmt. Alle Endkunden (gebundene wie auch zugelassene) zahlen ein Entgelt für die Überleitung: das Entgelt wird von jedem Verteiler aufgrund der AEEG-Kriterien bestimmt und von der AEEG selbst gebilligt.

Was die Vertragsform betrifft, verlangt das Gesetz keine schriftliche Form, weder *ad substantiam*, noch *ad probationem*.⁵⁴⁹ Demzufolge wird, mangels schriftlichen Belegs, der beauftragte Richter entscheiden, ob die rechtliche Beziehung zwischen Lieferant und Kunden durch konkludentes Handeln zustande kam. In diesem Sinn stellen die Bezahlung des Beitrags für die nachgefragte Stromstärke oder der Beginn der Arbeiten für den Netzanschluss des Kunden *facta concludentia* dar: obwohl diese letztgenannte Tätigkeit eigentlich fremd im Hinblick auf die Hauptleistung des Schuldverhältnisses ist, besitzt sie Relevanz im Sinne des Art. 1327 c.c.

4.6.7 Netznutzung und -zugang

⁵⁴⁹ Siehe Art. 1325 c.c.

Der Betrieb der Netze stellt einen sensiblen Aspekt bei der Umwandlung des Energiemarkts dar, denn es handelt sich um einen leitungsgebundenen Wirtschaftszweig, bei dem der diskriminierungsfreie Zugang zu der Infrastruktur die erste Voraussetzung für den Marktzutritt neuer Konkurrenten darstellt. Die Komplexität des Netzmanagements stammt aus der physischen Struktur des Übertragungsnetzes, die einen typischen Fall von natürlichem Monopol darstellt. Dies impliziert in erster Linie die Gefahr, dass bei dem Netzbetrieb diskriminierende Entscheidungen einfach unter dem Dach von unabdingbaren organisatorischen oder technischen Maßnahmen versteckt werden. Mit dem Marktauftritt von neuen Konkurrenten, die den Netzzugang benötigen, um überhaupt auf dem Markt tätig zu werden, ist zunehmend ein unausweichlicher Regelungsbedarf deutlich geworden. Darin besteht die echte Herausforderung des Liberalisierungsprozesses des Energiemarkts, denn eine erfolgreiche Liberalisierung erfolgt nicht einfach mit der Öffnung der Nachfrageseite, sondern vielmehr mit der der Angebotsseite, was natürlich impliziert, dass den neuen Konkurrenten ein nichtdiskriminierender Zugang zu der notwendigen Infrastruktur offen steht.

Dies geschieht durch zwei Regulierungsmaßnahmen, die sich zusammen kombinieren lassen: das *Unbundling* und der *Third Party Access (TPA)*. Während das Unbundling eine strukturelle Regulierung darstellt, handelt es sich bei dem TPA um eine Verhaltensregulierung von Netzbetreibern, die darauf abzielt, jedem nachfragenden Unternehmen die Infrastrukturnutzung zu transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zu ermöglichen. Diese Regulierung erfolgt eben durch die Instrumentalisierung des Vertrags.

Das klassische Wettbewerbsrecht mit der Essential Facilities Doctrine geht auch in diese Richtung, indem es das diskriminierende Verhalten der Besitzer einer notwendigen Infrastruktur sanktioniert. Jedoch erfüllt es, seiner Natur nach keine regulatorische Funktion, so dass keine positive technische und wirtschaftliche Standardsetzung aus dieser Quelle erfolgen kann. Die Anwendung des klassischen Wettbewerbsrechts in diesem Bereich zeigt die Grenze der ex-post Maßnahmen auf.⁵⁵⁰ Es hilft schon, wenn es um den Schutz eines schon bestehenden

⁵⁵⁰ Über das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung siehe *Conticelli M.*, I diritti di accesso e interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete, in "Mercato concorrenza regole", 2001/2, S. 369, insbesondere S. 395 ff.; Vgl. auch *Durante*

Wettbewerbsregimes auf dem Markt geht, doch dient es kaum dazu, einen effizienten Wettbewerbsmarkt *ex novo* zu kreieren, wo vorher eine starke Monopolstellung vorlag. Hierzu hilft die sektorspezifische Regulierung durch die Schaffung von Regeln, die darauf aufgerichtet sind, den freien Zugang für jeden Stromversorger und –abnehmer ohne Diskriminierungen und in einem Regime höchster Transparenz zu gewähren. Jedoch zeigt die sektorspezifische Regulierung auch gewisse Grenzen, indem sie eine Wettbewerbszerstörung herbeiführen und damit gegen die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit und gegen das Eigentumsrecht verstoßen kann.

Neben der Wettbewerbsbeförderung, stellt die Gewährung der Sicherheit der Netze ein primäres Ziel der Netzregulierung dar. Dies erfolgt durch die Festsetzung von technischen Standards zur Gewährleistung von Regelmäßigkeit, Qualität und Sicherheit bei dem Netzbetrieb, weil das Stromhandeln vor allem das gute Funktionieren der Netze voraussetzt.⁵⁵¹

Um dies alles zu gewährleisten, wurde 2005 von Terna S.p.A. der *Codice di rete* erlassen. Die Fertigstellung des Kodex zur Regelung des Netzbetriebs wurde durch DPCM vom 11. Mai 2004 gefordert und die Leitlinien dazu erfolgten durch AEEG-Beschluss Nr. 250/04.⁵⁵² Durch die Beschlüsse Nr. 79/05 und Nr. 49/06⁵⁵³ wurde dann der *Codice di rete* von AEEG überprüft und gebilligt. Der *Codice*, der am 1. November 2005 in Kraft trat, enthält Bestimmungen betreffend technischer Regeln und Prozeduren der Netznutzung und –zugang sowie die wirtschaftlichen Bedingungen für den Anschluss an das Netz. Darüber hinaus enthält der *Codice* die Regelungen über Instandhaltung und Entwicklung der Netze, Modalitäten des Netzbetriebs, Gewährleistung von Regelmäßigkeit, Sicherheit und Qualität bei Stromübertragung und –verteilung sowie technische Regeln und Regelzonen für das Bilanzkreismanagement und die Regelung über Leistungsmessung und Informationspflichten des Betreibers.

Jährlich erfolgt aufgrund von in einem entsprechenden Ministerialdekret enthaltenen Informationen ein Erlass der Behörde, in welchem die AEEG die notwendigen

D./Moglia A./Nicita A., La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test, in “Mercato concorrenza regole”, 2/2001, S. 257.

⁵⁵¹ Vgl. Art. 5, Richtlinie 2003/54/EG.

⁵⁵² Delibera n. 250/04: „Direttive alla società Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.A. per l’adozione del codice di trasmissione e di dispacciamento di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004“.

⁵⁵³ Delibera n. 79/05 und Delibera n. 49/06: „Verifica del codice di trasmissione e di dispacciamento di cui al Decreto del Presidente del consiglio dei Ministri 11 maggio 2004“.

Maßnahmen gegen Engpässe bei Stromeinfuhr und –ausfuhr über transnationale Netze an Terna S.p.A. übermittelt.

In den letzten Jahren mussten infolge des Inkrafttretens sukzessiver gemeinschaftlicher Richtlinien die Regelungen für den Netzbetrieb vielfach geändert werden. Zuletzt hat die Richtlinie 2009/72/EG die Neuregelung festgelegt. Nach Art. 12 Richtlinie 2009/72/EG fallen unter die Aufgaben des Netzbetreibers: die langfristige Sicherstellung der Fähigkeit des Netzes eine angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen; die Gewährleistung der zur Erfüllung der Dienstleistungsverpflichtungen erforderlichen Mittel; die Übertragung von Elektrizität durch das Netz unter Berücksichtigung des Austausches mit anderen Verbundnetzen zu regeln; den Betreibern anderer Netze, mit denen sein eigenes Netz verbunden ist, ausreichende Informationen bereitzustellen, um den sicheren und effizienten Betrieb und die Interoperabilität des Verbundnetzes sicherzustellen; den Netznutzern die Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie für den Netzzugang benötigen. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben müssen Netzbetreiber sich an ein Gleichbehandlungsprogramm halten, dessen Ziel es ist, diskriminierende Verhaltensweisen zu verhindern. Das Programm bedarf der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.⁵⁵⁴ Was die Entwicklung der Netze angeht, müssen Übertragungsnetzbetreiber jährlich der Regulierungsbehörde einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorlegen.⁵⁵⁵

Eine relevante Ausnahme zur allgemeinen Gleichbehandlungspflicht bei dem Netzanschluss und bei der Inanspruchnahme von Erzeugungsanlagen, sieht die Richtlinie 2001/77/EG⁵⁵⁶ und das Umsetzungsdekret Nr. 387/2003⁵⁵⁷ vor. Das Dekret führt einen generellen vorrangigen Netzanschluss für Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen ein und trägt dadurch dem Ziel einer umweltverträglichen Energieversorgung Rechnung. Insofern stellt die Regelung zur Förderung von Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen ein klares

⁵⁵⁴ Art. 21 Richtlinie 2009/72/EG.

⁵⁵⁵ Art. 22 Richtlinie 2009/72/EG.

⁵⁵⁶ Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. Nr. L 283 S. 33).

⁵⁵⁷ Decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387: „Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità“, veröffentlicht in Gazzetta Ufficiale n. 25 del 31 gennaio 2004 – Supplemento ordinario n. 17.

Beispiel für die Instrumentalisierung des Vertragsrechts dar. Dies ergibt sich, sowohl durch besondere Preisregelungen als auch durch eine abgesonderte Disziplin der Netznutzung. Während der Netzzugang für Strom aus erneuerbaren Energien der allgemeinen Regelung unterworfen ist, gilt für die Netznutzung eine Sonderregelung, wonach Netzbetreibern dazu verpflichtet sind, Strom aus erneuerbaren Energien, unter Wahrung der Netzsicherheit vorrangig zu übertragen.⁵⁵⁸ Eine ähnliche Bestimmung war bereits im Art. 11 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 Decreto Bersani vorgesehen. Zu dem selben Ziel der Förderung erneuerbarer Energiequellen führte der Decreto Bersani das System der Mengenregelung (*certificati verdi*) ein, wonach alle Stromproduzenten und Stromimporteure verpflichtet sind, einen bestimmten Anteil an Strom aus erneuerbaren Energien, der mit der Zeit steigen soll, zu erzeugen oder eine bestimmte Menge an grünen Zertifikaten zuzukaufen. Dazu sind mit der Zeit weitere alternative Förderungsmaßnahmen entwickelt worden, die für Kleinanlagen und teurere Technologien, wie die Photovoltaik, finanziell interessanter sind, als die Teilnahme am Zertifikatssystem. Dazu zählen Mechanismen wie die Einspeisevergütung für Anlagen unter 1 MW. Photovoltaik wird im Besonderen durch den „conto energia per il solare fotovoltaico“ gefördert. Zusätzlich kann der Strom auf dem freien Markt oder im Rahmen des geregelten „ritiro dedicato“ (Abnahme zu einem festgesetzten Preis durch den Gestore die servizi elettrici) verkauft werden oder unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit des „scambio sul posto“ (Net Metering) in Anspruch genommen werden.

Der vorrangige Netzzugang von Strom aus erneuerbarer Energiequellen wurde zuletzt durch Art. 2 Abs. 164 Haushaltsgesetz 2008⁵⁵⁹ wieder aufgegriffen. Nach dieser Bestimmung schließen alle Netzbetreiber Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Energiequellen erzeugen, ohne Verzögerung und vorrangig vor anderen Anlagen an das Netz an. Hierbei müssen sie sich an die durch die Regulierungsbehörde erlassene Regelung halten. Das Legislativdekret Nr. 387/2003 legt im Art. 14 die allgemeine Regelung über den Netzzugang für Strom aus

⁵⁵⁸ Nach Art. 2 Abs. 1, Nr. 3 der Richtlinie 2009/72/EG versteht man unter Stromübertragung den „Trasport von Elektrizität über ein Hochspannungs- und Hochspannungsverbundnetz zum Zwecke der Belieferung von Endkunden oder Verteilern, jedoch mit Ausnahme der Versorgung“.

⁵⁵⁹ Legge 24 Dicembre 2007, n. 244: „Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)“, veröffentlicht in Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28-12-2007 – Suppl. Ordinario n. 285.

erneuerbaren Energiequellen fest: die Regulierungsbehörde muss innerhalb von drei Monaten nach dem Inkrafttreten des Dekrets entsprechende Richtlinien bezüglich der technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für den Netzzugang von Anlagen aus erneuerbaren Energiequellen zu Mittel- und Hochspannungsnetzen erlassen.

5. Teil: Schlussfolgerungen in Thesen

Die Anbahnung des Liberalisierungsprozesses des Strommarkts hat positive Erwartungen für Wirtschaftsakteure und Konsumenten generiert; gleichwohl hat sie aber auch eine intensive Debatte über die potentiellen Gefahren und realen Folgen der Privatisierung und Kommerzialisierung öffentlicher Dienstleistungen eingeleitet. Mit der Umstellung der Energiewirtschaft nach markt- und betriebswirtschaftlichen Kriterien eröffnen sich Investitionsmöglichkeiten und beachtliche Gewinnchancen für Stromkonzerne, während Konsumenten von Wohlfahrtsvorteilen durch sinkende Endverbrauchspreise und Qualitätssteigerung profitieren können. Dennoch sind nach mehr als zehn Jahren seit der Marktöffnung viele Erwartungen auf Konsumentenseite bei weitem verfehlt worden. Bei der Betrachtung der Marktlage offenbart sich ein Szenario, das immer noch durch oligopolistische Erzeugungsstrukturen gekennzeichnet ist.⁵⁶⁰

Eine mögliche Erklärung dafür besteht darin, dass im Gegensatz zu anderen Wirtschaftssektoren, die auch in den letzten Jahren einen Liberalisierungsprozess durchlaufen haben, wie etwa die Bereiche der Telekommunikation oder der Eisenbahn, die Liberalisierung des Energiemarkts nicht gerade die Auflösung bestehender Monopole verfolgte, sondern eher die Annäherung der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Märkte in den Mitgliedstaaten, die aufgrund der vielfältigen Strukturunterschiede ein Hindernis für die Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts darstellten. Die Umstrukturierung des Energiemarkts war also offensichtlich auf die transnationale Öffnung der Märkte und die Schaffung eines europäischen Energiebinnenmarkts ausgerichtet, wobei die Monopolabschaffung dabei nur eine Nebenbedingung darstellte. Dieser funktionalistische Ansatz hat sich so ausgewirkt, dass es trotz intensiver Bemühungen um mehr Wettbewerb auf dem Energiemarkt bisher noch nicht gelungen ist, die Marktmacht großer Stromproduzenten zu reduzieren. Es herrscht ganz im Gegenteil eine erkennbare Tendenz zur Marktkonzentration und zur Aufteilung der Märkte unter wenigen großen Konzernen, die Oligopole bilden und den Markt dominieren. Hinsichtlich der Marktstruktur hat sich also in Folge der

⁵⁶⁰ Siehe dazu, *C. Scarpa*, Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete. Tanto rumore per cosa?, in: *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2009, S. 37 ff.

Liberalisierung nur wenig geändert, weil sie anscheinend nur vom staatlichen Monopol zum privaten Oligopol geführt hat, in dem der Staat immer noch präsent ist, so dass statt vom Rückzug der staatlichen Präsenz am Strommarkt eher von ihrer Restrukturierung die Rede ist. Auch mit Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Strommarkts verbreitet sich die Meinung, dass das hohe Renditepotential des Energiemarkts zur Rückgewinnung der staatlichen Kontrolle auf dem Energiemarkt, statt zur Liberalisierung im engeren Sinne führen könnte.⁵⁶¹ Darüber hinaus muss konstatiert werden, dass auch auf Verbraucherseite die Liberalisierungseffekte ungewiss bleiben und dass infolge der Kommerzialisierung und Privatisierung der Stromversorgung die soziale Kohäsion der Europäischen Länder stark gefährdet wird. Es gehört dazu, dass mit der Umstellung der Stromwirtschaft auf marktwirtschaftliche Profitlogik auch ein drastischer Wandel der Dimension der „Öffentlichkeit“ einer der wichtigsten Leistungen der Daseinsvorsorge einhergeht. Die „Öffentlichkeit“ bezieht sich nicht nur auf die Bereitstellung der Leistung, die nun durch Privatakteure erfolgt, sondern umfasst drei weitere entscheidende Aspekte und zwar die Öffentlichkeit des Konsums, im Sinne der allgemeinen Verfügbarkeit und Nicht-Ausschließbarkeit einer Leistung; die Öffentlichkeit der Entscheidung, die sich auf die demokratische Kontrolle und auf den Begriff der Accountability beruft; und die Öffentlichkeit der Verteilung, als Chancengleichheit bei Zugang und Nutzung der Leistung. Insofern ist das „Öffentliche“ als normativer Bezugspunkt von dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit geprägt.

Nun hat die Erfahrung des Energiemarkts gezeigt, dass gerade als Antwort auf diese Umwandlung der „Öffentlichkeit“, die Regulierung auf privatrechtliche Institute – und vor allem auf den Vertrag - zurückgreifen muss. Gemeinwirtschaftliche Aspekte bei Privatabkommen gewinnen an Bedeutung und der Vertrag wird zum Abkommen von allgemeinem Interesse, dessen Inhalt durch die Regulierungsbehörde autoritativ bestimmt wird, um überindividuelle Interessen zu verfolgen. Somit rückt die Frage der Vertragsgerechtigkeit immer mehr in den Vordergrund. Der Grundgedanke dabei liegt darin, dass die Folgen der Vertragsvereinbarung sich nicht nur unter den Parteien erstrecken, sondern nach außen wirken und vielfältige Interessen beeinträchtigen können. Bei diesem Prozess hat das europäische Vertragsrecht einen

⁵⁶¹ Vgl. *Erdmann G.*, War die Strommarkt-Liberalisierung in Deutschland bisher ein Flop?, In Zeitschrift für die Energiewirtschaft 3/2008, S. 201.

wichtigen Beitrag geleistet. Doch diese Entwicklung ist nicht linear, sondern verursacht vielfache Spannungen und Auseinandersetzungen.

Seit Beginn des Liberalisierungsprozesses hat sich am Verbraucherkonzept viel geändert und das herkömmliche Leitbild des schutzbedürftigen Verbrauchers ist durch ein neues ersetzt worden: das des konsumierenden Bürgers. Der Bürger/Verbraucher tritt als Kunde am Energiemarkt auf und wird somit vom Objekt der staatlichen Fürsorge zum aktiven Marktpartner. Der Bürger ist Träger berechtigter Ansprüche hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen, wie eben Qualität und Erschwinglichkeit, Kontinuität, Transparenz, die nun gerade als Bürgerrechte zu qualifizieren sind.

Mittlerweile ist der Stromverbraucher auch immer besser informiert und sogar selbst in die Produktion integriert, so dass er zum *Prosumer* geworden ist. Hinsichtlich der Verbraucher-Perspektive ist aber noch viel zu tun, insbesondere bezüglich der Einwirkungsmöglichkeiten, denn parallel zu der Universalisierung der Kundenrolle findet eben auch eine Transformation des Öffentlichen in Richtung einer Entdemokratisierung der Energieversorgung statt. Man will mit diesem Ausdruck die negativen Folgen der Liberalisierungs- und Privatisierungspolitik hinsichtlich Entscheidungsprozesse und demokratischer Kontrolle andeuten.

Hierbei spielt die Regulierungsbehörde eine Schlüsselrolle. Unbestritten gilt, dass unabhängige Regulierungsbehörden unentbehrliche Strukturen der modernen Gesellschaften darstellen. Sie sind wichtige Indikatoren der geänderten Verhältnisse zwischen Parteien und Staatstätigkeit in modernen Demokratien, indem sie die Verlagerung sektorspezifischer staatlicher Zuständigkeiten und der entsprechenden Entscheidungsprozesse «seitwärts» von politischen Organen an Verwaltungsstrukturen ermöglichen, die über Expertise und höchste fachliche Kompetenz verfügen und von daher im Stande sind, am besten wirtschaftliche Kernprobleme zu behandeln. Unerlässliche Bedingung für erfolgreiches Funktionieren dieser Agenturen stellt die Unabhängigkeit von den politischen Organen dar: sie sind nicht in die Delegationskette eingebunden, die in parlamentarischen Demokratien das Verwaltungshandeln legitimiert. Von daher bedingt die Übertragung wichtiger Regulierungszuständigkeiten auf solche Behörden aufgrund der reduzierten demokratischen Kontrolle auch Feindschaft und Misstrauen. Die eingeschränkte Accountability diese Organe wirft

Legitimationsprobleme auf, die durch das Zurückgreifen auf neue Konzepte, wie das Ergebnislegitimität oder die Prozesslegitimität, behandelt werden.

Mittlerweile wird zu den unabhängigen Regulierungsbehörden die Meinung vertreten, dass sie etwas gemeinsam mit öffentlichen Unternehmen haben und zwar, insofern, als über ihre Anzahl und über ihr Handeln weitgehende Unwissenheit besteht. Es herrscht das Gefühl vor, dass nicht alle von ihnen tatsächlich dem Gemeinwohl dienen und dass manche sogar andere Ziele statt der deklarierten institutionellen Ziele verfolgen.⁵⁶²

Während die Rolle der Regulierungsbehörde sowohl bezüglich ihrer Zahl wie auch ihrer Kompetenzen europaweit weiter wächst, wird auch die Debatte über die Notwendigkeit und Opportunität einer Reform ausgelöst.⁵⁶³ Schon Ende der Neunziger Jahre wurde der Eingriff des Gesetzgebers gefordert, um einen einheitlichen rechtlichen Rahmen für derartige Behörden zu schaffen; auf diesen Eingriff wird heute immer noch gewartet.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Liberalisierung des Strommarkts einen unumkehrbaren Wandelprozess eingeleitet hat, dessen Effekte nicht völlig vorhersehbar sind. Nicht alle der angestrebten Ziele sind bisher erreicht worden und noch vieles ist zu tun hinsichtlich des Verbraucherschutzes und des Partizipationsverfahrens. Zusätzlich ist es erforderlich, dass Stromverbraucher öfter als vorher von ihrem Recht zum Anbieterwechsel Gebrauch machen, denn nur durch die Ausübung dieses Rechts können sie ihr Gewicht als Marktpartner verstärken. Die Wechselbereitschaft der Verbraucher auf dem Markt gibt das Ausmaß des Liberalisierungserfolgs an und ist unerlässlich für eine funktionierende Liberalisierung: nur wenn Stromabnehmer wirklich konsequent den günstigen bzw. besten Anbieter für ihre Versorgung wählen, kann auch auf die „großen“ Stromanbieter ein Preisdruck ausgeübt werden. Insofern bestimmt das Verbraucherverhalten den Energiemarkt mit. Auf institutioneller Seite sind auch Maßnahmen zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit des Strommarkts dringend erforderlich. Im Vordergrund stehen die Genehmigungsprozeduren für den Bau neuer Kraftwerke, die infolge der Verfassungsreform aus dem Jahr 2001, die eine neue Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Regionen eingeführt hat, durch die

⁵⁶² Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, S. 9.

⁵⁶³ Pajno A., *Quali prospettive per le autorità indipendenti?* Abrufbar unter: <http://www.astrid.eu/>

Einführung eines mehr-ebenen Entscheidungsprozesses erheblich erschwert worden sind. Reformvorschläge dazu wurden bereits im Parlament vorgelegt, sind aber bisher noch nicht implementiert worden.

LITERATUR

- Abate A./Clò A., La regolazione elettrica in Italia: alcune prime valutazioni, in "L'Industria", 4/2000, S. 709 ff.
- Abbamonte G., L'erogazione dell'energia elettrica come servizio pubblico, in Energia e servizio pubblico, Milano, 1989, S. 3 ff.
- Addis F., Le clausole d'uso nei contratti regolati dalle Autorità indipendenti, Riv. dir. priv., 2/2003, S. 319 ff.
- Alpa G., Autodisciplina e codice di condotta, in Le fonti dell'autodisciplina, a cura di P. Zatti, Padova, 1996, S. 5 ff.
- Alpa G., "Commercial Contracts": Freedom, Practice and Rules in Italian Law, S. 87 ff.
- Alpa G., Contratti di utenza pubblica, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1986, II, S. 107.
- Alpa G., L'autorità per i servizi pubblici e i consumatori, in Rass. giur. en. el., 1996, S. 305 ff.
- Alpa G., La c.d. giustificazione delle logiche dell'economia di mercato, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, S. 725.
- Alpa G., Party Autonomy and Freedom of Contract Today, European Business Law Review 2010, S. 119 ff.
- Amato G./Laudati L., The anticompetitive impact of regulation, Edward Elgar Publishing, Cheltenham UK, 2001.
- Ammannati L. (Hrsg.), Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia, Giuffrè Editore, 2005.
- Ammannati L./Cabiddu M.A./De Carli P. (Hrsg.), Servizi pubblici, concorrenza, diritti, Giuffrè Editore, 2001.
- Arrigoni R., Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza dell'applicazione di principi costituzionali e comunitari, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, S. 91.
- Autorità garante della concorrenza e del mercato, Riunificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale, del 15 aprile 2004 in "Bollettino", n. 15/2004.
- Autorità garante della concorrenza e del mercato – Autorità per l'energia elettrica e il gas, 2005, Indagine conoscitiva sullo stato della liberalizzazione del settore dell'energia elettrica, 9 febbraio 2005.

- Autorità per l'energia elettrica e il gas, Relazione annuale alla Commissione europea sullo stato dei servizi e sulla regolazione dei settori dell'energia elettrica e il gas, 31 luglio 2005.
- Azzaro A.M. (Hrsg.), Contratto e mercato, Torino, Giappichelli, 2004.
- Azzaro A.M., I contratti non negoziati, Ed. Scientifiche Italiane, 2000.
- Baldwin R./Cave M., Understanding Regulation, Oxford University Press, 1999.
- Barcellona M., I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo, Europa e diritto privato, 1/2008, S. 33 ff.
- Basedow J., Freedom of Contract in the European Union, European Review of Private Law 6-2008, S. 901 ff.
- Battini S., La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici, Riv. trim. dir. pubbl., 1998, S. 185 ff.
- Baur, Jürgen F., Art. 90 Abs. 2 EGV und die Binnenmarkttrichtlinien für Strom und Gas, in: Recht der Energiewirtschaft 1999, S. 85 ff.
- Baur, Jürgen F./Müller-Graff, Peter-Christian/Zuleeg, Manfred (Hrsg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht; Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln, Heymann, 1992.
- Beccarello M./Piron F., Mercato elettrico e concorrenza. Analisi giuridico-economica e proposte di completamento del quadro comunitario, Mercato concorrenza regole, 3/2005, S. 503 ff.
- Beccarello M., Profili di rischio nel mercato elettrico liberalizzato, in Riv. scuola sup. econ. e fin., 3, 2005, S. 274 ff.
- Bellantuono G., Comparing Regulatory Decision-Making in the Energy Sector, in Comparative Law Review, 1 (2), 2010.
- Bellantuono G., Contratti e regolazione nei mercati dell'energia, Il Mulino, 2009.
- Bellantuono G., Contratti e regolazione nel settore elettrico. Un confronto tra Italia e Regno Unito, in Mercato, concorrenza, regole, 2006, S. 281 ff.
- Bellantuono G., La regolazione multilivello nel settore dell'energia, in F. Cafaggi (Hrsg.) Corporate governance, networks e innovazione, Padova, Cedam, 2005, S. 37 ff.
- Bellantuono G., La risarcibilità dei danni da *blackout*, in Danno e responsabilità, 5/2006, S. 528 ff.
- Bellantuono G., Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare, in Politica del diritto. 2007, S. 569 ff.
- Benedetti A.M., Utenti e servizi pubblici locali nel codice del consumo: belle proclamazioni e poca effettività?, in Politica del diritto, 2007, S. 463 ff.

- Berti G., Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto, in Riv. dir. priv., 2003, S. 461 ff.
- Blanke B. u.a. (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Aufl., Wiesbaden, 2005.
- Bonini M., L'apertura del mercato nazionale dell'energia elettrica, una nuova tappa nella costruzione di un governo dell'economia comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2002, S. 922 ff.
- Bovaird T., Monitoring and Evaluating the Success of the UK Citizen's Charter, Riv. trim. dir. pubbl., 1998, S. 780 ff.
- Breccia U., Prospettive nel diritto dei contratti, RCDP, 2001, S. 161 ff.
- Brede H. (Hrsg.), Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- Bruti Liberati E., La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale, Milano, Giuffrè, 2006.
- Bruti Liberati E./Donati, Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Giappichelli, Torino 2007.
- Buendia Sierra J.L., Exclusive rights and State monopolies under EC law, Oxford University Press, 1999.
- Bullinger M., Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, Juristenzeitung, 2003, S. 597 ff.
- Bullinger M., Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 2003, S. 1355 ff.
- Burgi M., Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl., 121 (2006), S. 269 ff.
- Butters B., Vertragsgerechtigkeit in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- Buzzacchi C., Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze, Milano, Giuffrè Editore, 2010.
- Cadeddu S., Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra erogatori e utenti di servizi pubblici, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2001/5, S. 717 ff.
- Cafaggi F., Crisi della statualità pluralismo e modelli di autoregolamentazione, Politica del diritto, 4/2001, S. 543 ff.
- Cafaggi F., Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale, Riv. trim. dir. proc. civ., 1/2008, S. 95 ff.
- Cafaggi F. (Hrsgb), Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti? Padova, Cedam, 2003.

- Cafaggi F., Un diritto privato della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi, *Politica del diritto* 2/2004, S. 205 ff.
- Cafaggi F./Iamiceli P., Le dimensioni costituzionali della regolazione privata, in *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di N. Lipari, Ed. Scientifiche Italiane, 2006, S. 315 ff.
- Caiazza R., Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia, in *Rass. giur. en. el.*, 2004, S. 1 ff.
- Cameron P., *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford University Press, 2002.
- Cameron P., *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, Oxford University Press, 2005.
- Cammelli F., La prima applicazione decentrata del diritto europeo della concorrenza da parte dell'Autorità garante: il provvedimento Unapace/Enel, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2/2000, S. 379 ff.
- Canaris C.-W., Schuldvertragsrecht. Tendenzen zu seiner Materialisierung, in *Arch. civ. Prax.*, 2000, S. 273 ff.
- Caponi R., Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza italiana e tedesca a confronto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, S. 1229 ff.
- Caroli Casavola H., Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici, in "Mercato concorrenza regole", 3/2001, S. 469 ff.
- Carrano A., La rete di trasmissione dell'energia italiana: la situazione, i vincoli ed i loro effetti, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 3/2002, S. 39 ff.
- Cartei G.F., *Il servizio universale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- Caruso D., Obbligo di contrattare e parità di trattamento nei contratti di somministrazione di energia, *Rass. giur. en. el.*, 1989, S. 625 ff.
- Cassese S., L'energia elettrica nella l. cost. 3/2001, in *Rass. giur. en. el.*, 2002, S. 497 ff.
- Cassese S., La disciplina del mercato dell'elettricità, in *Rass. giur. en. el.*, 1997/98, S. 234 ff.
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000.
- Cassese S., Le reti come figura organizzativa della collaborazione, in *AA.VV. L'Europa delle reti*, a cura di Predieri A.- Morisi M., Torino, 2001, S. 43 ff.
- Cassese S., Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, S. 386 ff.
- Castronovo V., *Storia dell'industria elettrica in Italia. Dal dopoguerra alla nazionalizzazione*, Bari, Laterza, 1994.

- Cataudella A., Situazioni soggettive di diritto privato dell'utente nei servizi pubblici essenziali, in *Energia e servizio pubblico*, Milano, 1989, S. 27 ff.
- Cazzola C., "La volpe e il coniglio", monopolio e concorrenza nel mercato del gas naturale in Italia, in *MCR*, 2000, S. 331 ff.
- Cervigni G./D'antoni M., *Monopolio naturale, concorrenza e regolamentazione*, Roma, Carocci, 2000.
- Chiazzo R., *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia*, *Rass. giur. en. el.*, 2004, S. 2 ff.
- Chiti M.P., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. Cassese (Hrg.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, tomo IV, Milano, 2000, S. 4735 ff.
- Cian G., *Gli interventi dell'Autorità regolatoria sul contratto*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, S. 327 ff.
- Ciaralli M., *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione, Mercato concorrenza regole*, 1/2008, S. 179 ff.
- Cintioli F., *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, *Dir. amm.*, 2007, S. 293 ff.
- Cirielli P., *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano, Ipsoa, 2005.
- Ciuffetti C., *Il mercato del gas*, in *Rass. giur. en. el.*, 2001, S. 569 ff.
- Clarich M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose, in I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1996, S. 149 ff.
- Clarich M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2003, S. 91 ff.
- Clarich M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Rass. giur. en. el.*, 1998, S. 41 ff.
- Clô A., *La direttiva elettrica europea, fra concorrenza e interesse generale*, in "L'Industria", 1/1999, S. 15 ff.
- Clô A., *Fatti e misfatti/2: dal deficit al blackout elettrico*, in "Energia", 4/2003, S. 2 ff.
- Clô A., *La nuova ondata di fusioni e acquisizioni nell'energia: ragioni, effetti, politiche*, in "Energia", 3/2005, S. 8 ff.
- Clô A./Pastorino D., *Fatti e misfatti del deficit elettrico in Italia*, in "Energia", 3/2003, S. 10 ff.
- Clô A./Goldoni G./Pastorino D., *Di male in peggio*, in *Energia*, 3/2002, S. 2 ff.
- Colangelo G., *Price Matching, il millennium bug dell'antitrust*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 1999, S. 509 ff.

- Colavecchio A., I mercati interni dell'energia elettrica e del gas: profili comunitari, in: *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001, 481 ff.
- Colavecchio A., La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico, Bari, Cacucci ed., 2000.
- Collins H., La giustizia contrattuale in Europa, in: *Rivista critica di diritto privato*, 2003, S. 659 ff.
- Collins H., *The Law of Contract*, 4th ed., London, LexisNexis UK, 2003.
- Comoglio L.P., Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali, *Riv. dir. proc.*, 2000, S. 318 ff.
- Conticelli M., I diritti di accesso e interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete, in "Mercato concorrenza regole", 2001/2, S. 369 ff.
- Corpaci A. (Hrg.), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Il Mulino, Milano 2003.
- Corso C., Attività economica privata e deregulation, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, S. 629 ff.
- Cremona M. (Hrsg.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press 2011.
- Curcio E./Delli Colli S., *La faticosa apertura del mercato elettrico, Testimonianze e pareri a confronto*, Quaderni AIEE, Elicònie Editrice, Roma, 2004.
- D'Alberti M., Intervento introduttivo: parsimonia regolatoria e potenziamento della concorrenza, in *L'industria*, 1/2001, S. 3 ff.
- De Angelis L./Lo Schiavo L., L'oblazione nel settore energetico. Sul pagamento in misura ridotta delle sanzioni pecuniarie amministrative dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Mercato concorrenza regole*, 2/2005, S. 413 ff.
- De Bellis M., La disciplina della borsa elettrica (commento al Decreto del Ministro delle Attività Produttive, 19 dicembre 2003), in *Giorn. dir. amm.*, 2004, S. 831 ff.
- De Cristofaro G., Il „Codice del consumo“, *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, S. 749 ff.
- De Cristofaro G., Le disposizioni <generali> e <finali> del Codice di consumo: profili problematici, *Contratto e Impresa/Europa* 2006, S. 43 ff.
- De Falco V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, Cedam, 2003.
- De Nova G., Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti, *Riv. dir. priv.*, 1/2003, S. 5 ff.

- De Nova G., Libertà e limiti dell'impresa privata nella produzione, nella vendita e nel vettoriamento dell'energia elettrica, in: De Nova G., Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno, Padova, CEDAM, 2011, S. 119 ff.
- De Nova G., Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina del contratto, "Le Società", 2001, S. 519 ff.
- De Nova G., «The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy»: il contratto alieno, in Riv. dir. priv., 2007, S. 15 ff.
- De Paoli L., Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico, in "Mercato Concorrenza Regole", 1/2004, S. 10 ff.
- Del Prato E., Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti, Rivdirpriv, 2001, 515 ff.
- Della Cananea G., L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas, in Riv. It. dir. pubbl. comm., 2004, S. 1385 ff.
- Della Cananea G., La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 2001, S. 737 ff.
- Denozza F., Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti «regolatrici», MCR, 2000, S. 469 ff.
- Dezi L., Il mercato dell'energia elettrica tra profitto e pubblica utilità. L'impresa elettrica verso privatizzazione, liberalizzazione, diversificazione, Padova, CEDAM, 1998.
- Di Gaspare G., Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il D. Lgs. 79/99, in Riv. ita. dir. pubbl. com., 2001, S. 29 ff.
- Di Lieto G.M., Tecnica, Politica e (in)effettività della tutela dell'utente nei servizi di pubblica utilità, Foro amm.: C.D.S., 1/2003, S. 2084 ff.
- Di Maggio F., Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale), Riv. dir. priv., 4/2002, S. 721 ff.
- Di Maio, La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo, a cura di P. Stanzone, Napoli 1999, S. 271 ff.
- Di Porto F., La disciplina delle reti nel diritto dell'economia, in Trattato di diritto dell'economia (a cura di Picozza E./Gabrielli E.), vol. VI, CEDAM, Padova, 2008.
- Di Porto F., Il c.d. "tetto antitrust" alla generazione di energia elettrica. Nuovi poteri all'Autorità garante della concorrenza e del mercato? In "Mercato concorrenza regole", 9/2001, S. 311.
- Di Porto F., Il Decreto Bersani, (d. lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico, in "Mercato concorrenza regole", 8/2000, S. 407 ff.
- Di Porto F., Regolazioni di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano, Mercato concorrenza regole, 2/2003, S. 201 ff.

- Di Porto F./Silva, Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano, Mercato concorrenza regole, 1/2005 S. 11 ff.
- Di Porto F., Riunificazione e privatizzazione della rete di trasmissione dell'energia elettrica: il caso Terna/GRTN, in L. Ammannati, Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia, Giuffrè Editore, 2005, S. 287 ff.
- Di Salvo B., La vendita di elettricità e gas, in I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale – Vendita, vol. II, t.2, Torino, UTET, 2004, S. 841 ff.
- Durante D./Moglia A./Nicita A., La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test, in “Mercato concorrenza regole”, 2/2001, S. 257 ff.
- Erdmann G., War die Strommarkt-Liberalisierung in Deutschland bisher ein Flop?, In Zeitschrift für die Energiewirtschaft 3/2008, S. 201 ff.
- Falcione M., Diritto dell'energia. Fonti rinnovabili e risparmio energetico, Barbera Editore, 2008.
- Falcione M., I contratti del mercato elettrico, Elicònie Editrice, Roma, 2003.
- Ferrara R., Controlli amministrativi e tutela del consumatore nell'ordinamento italiano: aspetti problematici, in Foro it., 1996, V, S. 275 ff.
- Ferrari E. (Hrg.), I servizi a rete in Europa, R. Cortina, Milano, 2000.
- Flore L., La tutela del consumatore nel contratto di fornitura di pubblico servizio, in Studium Iuris, 2001, S. 582 ff.
- Frata L., “Class actions” e “azioni collettive risarcitorie”: un primo confronto, Danno e responsabilità, 5/2008, S. 493 ff.
- Fumagalli E., Managing Quality of Service on the Distribution Grid According to Consumer Preferences, in Econ. fonti energia, n. 2, 2001, S. 87 ff.
- Gabrielli E., Il contratto e l'operazione economica, Riv. dir. civ., 2003, S. 93 ff.
- Gabrielli E., Il contratto e le sue classificazioni, Riv. dir. civ., 1997, S. 705 ff.
- Galbiati R./Vaciago G., Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici, in MCR, 2002, S. 360 ff.
- Galgano F., Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio, in Contr. e impr., 2000, S. 199 ff.
- Gasparri W., Gli istituti alternativi di composizione delle liti, in La tutela degli utenti nei servizi pubblici, (a cura di A. Corsaci), Bologna, Il Mulino, 2003, S. 182 ff.
- Gentile G., Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore (la parabola dell'energia), in Rass. giur. en. el., 1999, S. 289 ff.
- Gentile G., Il rapporto di utenza di energia elettrica, Rass. giur. en. el., 1997, S. 283 ff.

- Gentile G., Il servizio „universale“ nel settore dell’energia elettrica, *Rass. giur. en. el.*, 1998, S. 79 ff.
- Gentile G., *Impresa ed energia. La stagione dello Stato imprenditore*, in “Rassegna giuridica dell’energia elettrica”, 1/2001.
- Gentile G., *La considerazione costituzionale dell’energia (appunti per una relazione)*, testo dattiloscritto al convegno del C.I.S.D.E.N., *L’energia nel rinnovato sistema costituzionale*, Roma, 24 settembre 2004.
- Gentile G., *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell’intervento pubblico*, in *Rass. giur. en. el.*, S. 285 ff.
- Gentile G., *La strada italiana al mercato europeo dell’energia elettrica*, in *Rassegna giur. energia elett.*, 1995, S. 305 ff.
- Gentile G., *Manuale di diritto dell’energia*, Giuffrè Editore, Milano, 1994.
- Gentile G./Nardone C., *La concessione di esercizio delle attività elettriche*, in *Rass. giur. en. el.*, 1999, S. 60 ff.
- Gentile G./Passeggio F., *Influenza sui contratti di pubblica utenza della nuova disciplina sulle «clausole abusive»*, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, S. 857 ff.
- Gentili A., *Sull’accesso alla giustizia dei consumatori*, *Contr. impr.*, 2000, 2, S. 691.
- Giammaglicella G., *L’attuazione concreta del decreto Bersani sull’energia elettrica: il punto di vista dell’ esercente, con particolare riferimento al riassetto delle attività di distribuzione*, in *Rass. giur. en. el.*, 1999, S. 752 ff.
- Giglioni F., *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.
- Giglioni F., *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, 3/2003, S. 405 ff.
- Gitti G., *Appunti sull’«accordo normativo»*, *Riv. dir. priv.*, 2/2002, S. 249 ff.
- Gitti G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2003, S. 255 ff.
- Gitti G., *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Goggiamani, *La doverosità nei servizi pubblici*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001, S. 35 ff.
- Gola M., *L’organizzazione pubblica del mercato elettrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, S. 513 ff.
- Goldoni G., *Il regolatore nel paese della concorrenza*, in *Energia* 1995, S. 513 ff.

- Grillo M./Scorciarini Coppola L., L'apertura alla concorrenza nell'industria dell'energia: riassetto strutturale ed intervento antitrust, in <Il Mulino>, n. 2, 1999, S. 343 ff.
- Grippo E./Manca F., Manuale breve di diritto dell'energia, Padova, Cedam, 2008.
- Guizzi G., Mercato concorrenza e teoria del contratto, in Riv. dir. comm., 1999, S. 101 ff.
- Gulli F., Riforma della regolamentazione e riorganizzazione del settore elettrico in Italia: i primi sette anni dell'autorità per l'energia elettrica e il gas, in "Economia e politica industriale", 4/2005, S. 163 ff.
- Gundel J./Germelmann C.F., Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 21/2009 S. 763 ff.
- Haucap J./Kruse J., Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, in WuW 2004, S. 266 ff.
- Heiderhoff B., Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht, ZEuP 2003, S. 785 ff.
- Hermes G., Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen, 1998.
- Howells G., The Scope of European Consumer Law, ERCL 3/2005, S. 360 ff.
- Hrbek R./Nettesheim M. (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002.
- Iacovone G., Tutela, politica e (in)effettività della tutela dell'utente nei servizi di pubblica utilità, in Foro amm., 2003, II, S. 2085 ff.
- Irti N., La gestione dell'Enel tra pubblico e privato, in L'Enel tra "pubblico" e "privato", Milano, 1987.
- Irti N., Privatizzazione dell'Enel e luoghi dell'interesse pubblico, in Rass. giur. en. el., 1995, S. 289 ff.
- Irti N., Scambi senza accordo, Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, S. 347 ff.
- Jordana G.V., Il concetto di servizio universale nella normativa comunitaria in Rass. giur. en. el., 1998, S. 63 ff.
- Kahl, W., Die Kompetenzen der EU im Bereich Energiepolitik nach Lissabon, in EuR 2009, S. 601ff.
- Kerber M.C., Mehr Wettbewerb durch Entflechtung?, Wirtschaftsdienst 2008, 12, S. 825 ff.
- Keßler J./Micklitz H.-W., Kundenschutz auf liberalisierten Märkten – Energie. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008.

- Knieps G., Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, Berlin (et. al.), Springer-Verlag, 2001.
- König C./Kühling J./Rasbach W., Energierecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt a. M., 2006.
- Kühling J., Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften, C.H. Beck, München, 2004.
- Lanza S./Silva F., I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico, Bologna, Il Mulino, 2005.
- La Spina A./Cavatorto S., Le autorità indipendenti, Bologna, Il Mulino, 2008.
- La Spina A./Majone G., Lo Stato regolatore, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Libertini, Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, 1999.
- Lilja A.-J., Der Codice del consumo (2005) – Ein Vorbild für die Europäische Verbrauchergesetzgebung?, BWV-Berliner Wissenschaftsverlag, 2010.
- Lipari N., La formazione negoziale del diritto, in Riv. dir. civ., 1987, S. 307 ff.
- Lurger B., The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality, ERCL 4/2005, S. 448 ff.
- Macario F., in Riv. dir. priv., 2003, S. 316 ff.
- Macario F., Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali, in Riv. dir. priv., 2/2003, S. 295 ff.
- Macario F., La nuova disciplina tedesco-occidentale dei contratti di fornitura di energia, in Riv. dir. civ., 1985, I, S. 349 ff.
- Majone G. D., From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance, in: Jnl Publ. e Pol., 17, 2, 1997, S. 139 ff.
- Mamelì B., Concessioni e pubblici servizi, Riv. ita. dir. pubbl. com., 2001, S.62 ff.
- Mancini L., I contratti di utenza pubblica, Dir. amm., 1/2002, S. 113 ff.
- Marinucci E., Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori, in Rivista di diritto processuale, 2005, S. 125 ff.
- Martellini M., Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori, Milano, Franco Angeli, 2007.
- Martini M., Normsetzungsdelegation zwischen parlamentarischer Steuerung und legislativer Effizienz – auf dem Weg zu einer dritter Form der Gesetzgebung?, Archiv des öffentlichen Rechts, 133 (2008), S. 159 ff.
- Marzi G., Concorrenza e regolazione nel settore elettrico, Roma, Carocci, 2006.
- Marzi G./Prosperetti L./Putzu E., La regolazione dei servizi infrastrutturali, Bologna, Il mulino, 2001.

- Marzi G./Putzu E., Il ruolo dell'Autorità di regolazione nel settore elettrico in Italia, in "L'Industria", 3/2005, S. 553 ff.
- Masing J., Die US-amerikanische Tradition der «Regulated Industries» und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, in AöR, 128, 2003, S. 558 ff.
- Mazzonis F., La nazionalizzazione elettrica: un'interpretazione storica, in G. Toniolo (Hrsg), "L'industria elettrica dai monopoli nazionali ai mercati globali", Bari, Laterza, 2001.
- Megliani M., L'accesso alle infrastrutture, in AA.VV., Servizi essenziali e diritto comunitario, a cura di L.G. Radicati di Brozolo, Torino, 2001, S. 61 ff.
- Merusi F., Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo, Il Mulino, Contemporanea, Bologna, 2000.
- Mestmäcker E.-J., Über das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, Arch. Für civ. Prax., 168, 1968, S. 235 ff.
- Micklitz H.-W., Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, in: Liber amicorum Norbert Reich, Nomos Verlag, Baden-Baden 1997, S. 245 ff.
- Micklitz H.-W., The Concept of Competitive Contract Law, Penn State International Law Review, 2005, S. 549 ff.
- Molteni A., L'evoluzione in senso giustiziale della regolazione. Il primo procedimento arbitrale amministrato dall'autorità per l'energia elettrica e il gas, in Rass. giur. en. el., 2006, S. 379 ff.
- Monti G., The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective, in ERCL, 3/2007, S. 295 ff.
- Munari F., La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale, Dir. un. eu., 2002, S. 39 ff.
- Napolitano G., Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici, in Danno e responsabilità, 1996, S. 15 ff.
- Napolitano G., L'energia elettrica e il gas, in Cassese S., Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo III, 2003, S. 2189 ff.
- Napolitano G., Le "norme di conflitto", tra discipline generali del mercato e regolamentazioni settoriali: la non vessatorietà delle clausole riproduttive di disposizioni di legge, in Studi in onore di P. Rescigno, III, Diritto Privato 2., Obbligazioni e contratti, Milano, 1998, S. 598 ff.
- Napolitano G., Servizi pubblici e rapporti d'utenza, Padova, CEDAM, 2001.
- Napolitano G., Tutela dei consumatori e equità contrattuale, in Giorn. dir. amm., 1996, S. 321 ff.

- Nettesheim M., Das Energiekapitel im Vertrag von Lissabon, in JZ 2010, 19 ff.
- Nicolai S., Mercato come valore o mercato come regola?, Osservazioni minime su un tema importante, in Giur. cost., 1991, S. 3680 ff.
- Nivarra L., Contributo all'esegesi dell'art. 2597 c.c., in Riv. crit. dir. priv., 1988, S. 67 ff.
- Nizi G., Concorrenza e monopolio nei settori a rete: breve analisi della riforma del settore energetico, in L. Ammannati, Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia, Giuffrè Editore, 2005, S. 231 ff.
- Nuzzo M., Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici, in Vettori, Persona e mercato, Cedam, Padova 2005.
- Omodei-Salè R., Der neue italienische Codice del consumo: Echte Kodifikation, oder reine Komplikation?, in Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 3/2007, S. 785 ff.
- Oricchio A., La somministrazione di energia elettrica, Milano, 2002.
- Orlandi M., Autonomia privata e Autorità indipendenti, in Riv. dir. priv., 2/2003, S. 271 ff.
- Pajno A., Quali prospettive per le autorità indipendenti? Abrufbar unter http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Contributi/Pajno_Ai.pdf
- Pajno A., Servizi pubblici e tutela giurisdizionale, Dir. amm., 1995, S. 551.
- Parisio V., Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo, Giuffrè, Milano, 2003.
- Pedrieri A./Morisi M., L'Europa delle reti, Torino, 2001.
- Pepe V. (Hrsg.), diritto comparato dell'energia. Esperienze europee, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2008.
- Pera A., Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza, Mercato concorrenza regole, 2/2002, S. 329 ff.
- Pera A./Cassinis P., Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive della modernizzazione, in Dir. comm. internaz., 1999, S. 709 ff.
- Perez R., Autorità indipendenti e tutela dei diritti, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, S. 126 ff.
- Perfetti L.R., Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze, Mercato concorrenza regole, 2/2002, S. 576 ff.
- Pielow J.-C., Grundstrukturen der öffentlichen Versorgung, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001.

- Poletti F., Contratti di somministrazione di energia e diritto antitrust: il caso Enel, in *Dir. Ind.*, 2004, S. 368 ff.
- Police A/Giulietti W., Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, S. 831 ff.
- Pollacci C., Stato e mercato, le cosiddette privatizzazioni, in *Dir. eco.*, 1994, S. 476 ff.
- Pollit M., Lo stato delle liberalizzazioni nel settore elettrico europeo. A che punto siamo?, *Mercato concorrenza regole*, 3/2009, S. 497 ff.
- Prosperetti L., I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti, *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, S. 277 ff.
- Prosser T., *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005.
- Raiser L., Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni, Giuffrè, 1990.
- Ramaioli M., La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale, *Dir. amm.*, 2000, S. 383 ff.
- Ranci P., Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione, Per una nuova costituzione economica, a cura di Della Cananea e G. Napolitano, Bologna, 1998.
- Ranci P., Regolazione dei servizi energetici in Italia, in L. Paganetto/G. Tria (Hrsg.), "Istituzioni e governo dell'economia", Bologna, Il mulino, 1999, S. 261 ff.
- Rangone N., Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2003, S. 1089 ff.
- Razzitti L., Principi ed evoluzione della normativa e della politica comunitaria in tema di energia elettrica, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, S. 597 ff.
- Reich N., Der Common Frame of Reference und Sonderprivatrechte im „Europäischem Vertragsrecht“, *Zeup*, 2007, S. 161.
- Rescigno P., Mercato europeo e diritto dell'energia: problemi di diritto privato, in *Rass. giur. en. el.*, 1990, S. 905 ff.
- Roggenkamp M. (Hrsg.), *Energy Law in Europe*, Oxford University Press, 2008.
- Rott P., A New Social Contract Law for Public Services? Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC, in *ERCL* 3/2005, S. 330 ff.
- Rott P., Consumer and services of general interest: Is EC consumer law the future?, in *J. Consum Policy* (2007) 30, S. 49 ff.
- Ruffert M., Regulierung im System der des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, im *AöR*, 124 (1999), S. 237 ff.

- Ruge R., Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, Duncker&Humblot, Berlin, 2004, S. 106 ff.
- Tassone R., Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti, in Dir. amm., 2002, S. 459 ff.
- Roppo V., Giustizia contrattuale e libertà economiche: Verso una revisione della teoria dl contratto? in Politica del Diritto, 2007/3, S. 451 ff.
- Roppo V., Il contratto, a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2001.
- Roppo V., Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma, in Riv. dir. priv., 4/2001, 769 ff.
- Roppo V., Il contratto del 2000, Giappichelli, Torino, 2005.
- Roppo V., Il contratto, e le fonti del diritto, in Contratto e impr., 2001, S. 1083 ff.
- Rott P., Consumers and Services of General Interest: Is EC consumer Law the Future?, in J Consum Policy, 30: 49-60, 2007.
- Ruge R., Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State: Zur veränderte Rolle des Staates nach der Deregulierung der Stromwirtschaft in Deutschland, Großbritannien und der EU, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- Salonico T., Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione, in AA.VV., L'Europa delle reti, a cura di A. Predieri-M. Morisi, Torino, 2001, S. 181 ff.
- Salvati M., I rapporti tra Stato ed economia come rapporti tra regolazione pubblica e privata, in stato ed economia all'inizio del XXI sec., a cura di Franchini C./Paganetto C., 2002.
- Santi S., Diritti esclusivi di importazione e di esportazione di energia elettrica e nozione di servizio di interesse economico generale in una recente sentenza della Corte di Giustizia, in Rass. giur. en. el., 1997, S. 860 ff.
- Sbisà G., Natura e funzione delle «carte dei servizi». La carta del servizio elettrico, in Rass. giur. en. el., 1997, S. 333 ff.
- Sauter W., The Economic Constitution if the European Union, 4 Colum. J. Eur. L., 1998, S. 27 ff.
- Scarpa C., Chi ha paura della concorrenza nel settore elettrico? Note a margine del decreto Bersani, in "Mercato concorrenza regole", 1999, S. 105 ff.
- Scarpa C., Dieci anni di riforme dei grandi settori a rete. Tanto rumore per cosa? Mercato concorrenza regole, 1/2009, S. 37 ff.
- Scarpa C., Dopo il blackout, in "Energia", 4/2003, S. 16 ff.
- Scarpa C., Opportunità e forme di concorrenza nel settore dell'energia elettrica, in Economia e politica industriale, 1997, Nr. 95, S. 203 ff.

- Scarpa C., Titolo V e politica energetica. Per favore riformiamo la riforma, *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, S. 389 ff.
- Schlesinger P., *La pluralità delle fonti nella somministrazione di energia elettrica*, *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, S. 309 ff.
- Schneider J.-P., *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999.
- Shovelton H., *The Citizens Charter. The User's Perspective*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, S. 462 ff.
- Schulze R. (Hrsg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München, Sellier, 2008.
- Schwarze J., *Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts*, in *EuZW*, 11/2001, S. 334 ff.
- Scotti E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003.
- Silva F., *I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Silva F., *La riforma italiana del servizio elettrico: un caso di policy failure*, in "Economia e politica industriale", 2004, S. 41 ff.
- Sirena, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, in *Associazione italiana professori di diritto amministrativo*, *Annuario 2002*, Milano, 2003, S. 239 ff.
- Somma A., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, S. 263 ff.
- Tassone A.R., *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle Autorità indipendenti*, *Dir. Amm.*, 2002, S. 459 ff.
- Tavormina L., *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2008, S. 201 ff.
- Telese G., *Il mercato dell'energia elettrica in Italia dalla nazionalizzazione alla graduale apertura alla concorrenza*, in L. Ammannati (Hgb), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè Editore, 2005, S. 3.
- Tesauro G./D'Alberti M. (Hrsg.), *Regolazione e concorrenza*, *Atti del convegno organizzato dall'AEEG a Roma, 22 novembre 1999*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Termini V., *Perché serve la borsa elettrica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, S. 397 ff.
- Torriti J./Lo Schiavo L./ Fumagalli E., *L'AIR nella pratica di una Autorità indipendente, L'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2009, S. 283 ff.

- Valentin F., Strom aus erneuerbaren Energiequellen im italienischen Recht. Eine Untersuchung unter Einbeziehung europarechtlicher und rechtsvergleichender Aspekte, Nomos, Baden Baden, 2009.
- Valle, Giudizio di vessatorietà e clausole riprodottrive di disposizioni di legge, in Contratto e impresa, 2000, S. 772 ff.
- Vaquer A. (Hrsg.), European Private Law Beyond the Common Frame of Reference, Groningen, Europa, 2008.
- Vassalli F., L'autorità di regolazione dei servizi pubblici nei rapporti con le altre autorità indipendenti, in Rass. giur. en. el., 1996, S. 297 ff.
- Vassalli N., Il contratto imposto, in Riv. dir. civ., 1999, S. 193 ff.
- Versperini G., L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia, in Riv. trim. dir. pubbl., 1998, S. 173 ff.
- Vetrò F., La regolazione pubblica del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, S. 811 ff.
- Vetrò F., Le autorità indipendenti di regolazione: l'autorità per l'energia elettrica e il gas, in Rass. giur. en. el., 2001, S. 453 ff.
- Vettori G., Autonomia privata e contratto giusto, in Riv. dir. priv., 2001, S. 21 ff.
- Violati F., Il sistema elettrico in Italia prima e dopo la riforma, in "Energia", 2/2001.
- Vincent-Jones P., The New Public Contracting, Oxford University Press, 2006.
- Vogel A., Verbrauchervertragsrecht im Privatrechtssystem – Zur systematischen Stellung verbrauchervertraglicher Vorschriften im Recht der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, GPR 2005, Heft 4, S. 165 ff.
- Volpe F., La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti, in Riv. dir. priv., 2/2002, S. 303 ff.
- Wilhelmsson T., Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts, EBLR 2006, S. 49 ff.
- Williamson B., Incentives for Service Quality: Getting the Framework Right, in Electricity J., 14(5), 2001, S. 62 ff.
- Zatti P., Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente, Padova, CEDAM 1996.
- Zavattoni G., Il decreto Letta sulla direttiva gas: profili antitrust e commerciali, in Rass. giur. en. el., 2000, S. 377 ff.
- Zenke I./Schäfer R. (Hrsg.), Energiehandel in Europa, München, Beck, 2005.
- Zorzoli G.B., Strano mercato quello elettrico, Lorenzo Barbera Editore 2008.