

Defizitäres Entflechtungsregime?

Eine kritische Analyse der Entflechtungsvorschriften in dem Entwurf des dritten Liberalisierungspakets der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

von Prof. Dr. Christian Koenig, Kristina Schreiber und Kristin Spiekermann

Es war nur eine Frage der Zeit, bis die Kommission der Europäischen Gemeinschaften den in ihrem Abschlussbericht der Sektorenuntersuchung vom 10. Januar 2007 adressierten Missständen im europäischen Elektrizitäts- und Gasmarkt legislative Maßnahmen folgen lassen würde. Am 19. September 2007 hat sie das sog. dritte Liberalisierungspaket zur weiteren Öffnung des europäischen Binnenmarktes für Energie verabschiedet. Ein „Herzstück“ des Liberalisierungspakets bilden die in den Richtlinienentwürfen enthaltenen Bestimmungen zur vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung und zum Modell des unabhängigen Netzbetreibers. Der vorliegende Beitrag untersucht kritisch, ob eine solche weitergehende Auflösung der vertikalen Integration von Energieversorgungsunternehmen die von der Kommission angeführten Defizite beheben kann. Dazu werden zunächst die Ziele (I.) und die Richtlinienvorschläge der Kommission vorgestellt (II.), bevor in einem nächsten Schritt (III.) die Bedeutung des Art. 295 EG für eine Einführung der eigentumsrechtlichen Entflechtung beleuchtet wird. Im Folgenden (IV. und V.) wird die Effektivität des „Unabhängiger Netzbetreiber“-Systems im Hinblick auf die von der Kommission verfolgten Ziele „mehr Wettbewerb“ und „mehr Investitionen“ untersucht und einer abschließenden Bewertung unterzogen (VI.).

I. Ziele der Kommission

Bereits durch die im Jahre 2003 verabschiedeten Energiebinnenmarkttrichtlinien¹ hat die Kommission mit dem Erfordernis der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung, ergänzt durch Vorgaben zur organisatorischen und informatorischen Trennung, eine weitreichende Herauslösung des Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetriebs und des Verteilernetzbetriebs aus den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zur Herstellung und Förderung von Wettbewerb bewirkt. In ihrem Abschlussbericht der Sektorenuntersuchung vom 10. Januar 2007² hat die Kommission eine Vielzahl an Defiziten auf dem europäischen Energiebinnenmarkt angemahnt (u. a. fehlende Marktintegration, ungenügende Investitionen und vertikale Marktabschottung, die sich insbesondere in der mangelnden Versorgerwechselbereitschaft manifestieren). Als Ursache für die meisten dieser Probleme sieht die Kommission im Wesentlichen einen Grund: die Existenz von vertikal integrierten Unternehmen, die nicht nur die Energieversorgungsnetze kontrollieren, sondern zugleich über beträchtliche Marktmacht auf den Großhandels- und Vertriebsmärkten verfügen.³ Hintergrund der nun in den Richtlinienentwürfen⁴ verankerten eigentumsrechtlichen Entflechtung ist die Auffassung der Kommission, die bisherigen Maßnahmen hätten nicht zu einer tatsächlichen Entflechtung der Netzbetreiber geführt.⁵ Die Ziele der Kommission lassen sich mit den Schlagwörtern „mehr

Wettbewerb durch Ausschluss von Diskriminierungen“ und „mehr Investitionen“ grob umreißen.⁶ Als geeignete Maßnahme beabsichtigt sie, die Mitgliedstaaten zur Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung zu verpflichten, um den „internen Interessenkonflikt“ vertikal integrierter Unternehmen aufzulösen.

Grundlage der Kommissionsvorschläge sind die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung.⁷ Diese basiert im Wesentlichen auf Datenmaterial aus den Jahren 2003 bis 2005, vereinzelt aus dem Jahr 2006.⁸ Die Umsetzungsfrist der Energiebinnenmarkttrichtlinien endete zum 1. Juli 2004. Deutschland hat die Vorgaben der Richtlinien erst mit der Novellierung des EnWG im Sommer 2005 umgesetzt. Der Vollzug der Entflechtungsvorgaben begann erst deutlich nach diesem Zeitpunkt. Im Zeitraum der Datenerhebung durch die Kommission waren die Entflechtungsvorgaben daher zunächst nicht umgesetzt, später noch nicht vollzogen. Erst in jüngster Zeit beginnen die Entflechtungsvorgaben⁹ sowie die mit diesen als komplementäre Regulierungsinstrumente¹⁰ verbundenen verschärften Netzzugangs- und Netzentgeltvorgaben zu wirken. Der Rückschluss der Kommission aus den Untersuchungsergebnissen, das bisher etablierte Entflechtungsregime führe nicht zu der gewünschten Wirkung,¹¹ ist mangels tragfähigen Datenmaterials daher methodisch äußerst zweifelhaft.

II. Optionen der Richtlinienvorschläge

Mit ihrem Richtlinienpaket unterbreitet die Kommission den Mitgliedstaaten zwei Optionen zur Umsetzung der eigentumsrechtlichen Entflechtung, wobei sie sich klar für die erste Umsetzungsvariante einer vollständigen eigentumsrechtlichen

1 Richtlinien 2003/54/EG u. 2003/55/EG.

2 Kommission, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren (Abschlussbericht), KOM (2006) 851 endg.

3 Vgl. Kommission, Impact Assessment, SEC (2007) 1179, 14.

4 Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie, KOM (2007) 528 endg. (im Folgenden: EltRL-E), und Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie, KOM (2007) 529 endg. (im Folgenden: GasRL-E).

5 Erwägungsgrund 6 EltRL-E/GasRL-E.

6 Erwägungsgrund 7 EltRL-E/GasRL-E.

7 Herangezogen wird ferner z. B. das Impact Assessment (Fn. 3), SEC (2007) 1179.

8 Vgl. Kommission, DG Competition report on energy sector inquiry, SEC (2006) 1724, die als empirische Grundlage für die „vertikale Abschottung“ herangezogenen Daten aus dem Jahr 2004 in Abbildung („Figure“) 11, 12, 13, 17 (S. 50 ff.); ohne Angabe des genauen Erhebungszeitraumes Abbildung („Figure“) 52, 53 (S. 153 f.); Daten aus dem Jahr 2004 in Abbildung („Figure“) 56 (S. 157).

9 Siehe Stelzner/Müller, et 11/2007, 68, wonach die Bundesnetzagentur die Einhaltung des Gleichbehandlungsprogramms zunehmend überwacht.

10 Hierzu Koenig/Rasbach, DÖV 2004, 733.

11 Siehe nur Kommission, Abschlussbericht (Fn. 2), KOM (2006) 851 endg., Rn. 54.

Entflechtung ausspricht.¹² Beide Varianten der eigentumsrechtlichen Entflechtung bezwecken ein größtmögliches Maß an Unabhängigkeit des Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetreibers von den anderen Wertschöpfungsstufen der Energiegewinnung bzw. -erzeugung und des Energievertriebs.

Die Kommission behält sich durch die Zertifizierungspflicht eine Kontrolle (auch) der Wirksamkeit der Entflechtung im Einzelfall gem. Art. 8b Abs. 7-10, Art. 10 Abs. 3-4 EltRL-E, Art. 7b Abs. 7-10, Art. 9 Abs. 3-4 GasRL-E vor.

1. Organisatorische Ausgestaltung einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung

Die erste Variante einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung des Netzbetreibers ist in Art. 8 EltRL-E, Art. 7 GasRL-E¹³ normiert. Gefordert wird die Heraustrennung von Netzeigentum und Netzbetrieb aus dem vertikal integrierten Unternehmen und die Überführung in eine getrennte Gesellschaft.

Nach Art. 8 EltRL-E, Art. 7 GasRL-E müssen die Eigentümer von Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzen zugleich als Netzbetreiber agieren. Ein und dieselbe Person darf nicht zugleich zum einen die Kontrolle¹⁴ über ein Unternehmen, das die Funktionen Erzeugung bzw. Gewinnung und Vertrieb wahrnimmt, und zum anderen die Kontrolle über einen Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber ausüben. Ebenso wenig darf eine Person zugleich eine Beteiligung an einem Erzeugungs-/Gewinnungs- und Vertriebsunternehmen und an einem Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber oder ein Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetz halten oder Rechte hieran ausüben. Unklar ist, ob eine Minderheitsbeteiligung möglich bleibt. Nach Art. 8 Abs. 2 lit. d EltRL-E, Art. 7 Abs. 2 lit. d GasRL-E ist dies dem Wortlaut nach verboten, da bereits eine solche Beteiligung Ansprüche auf Dividenden auslöst. Dagegen soll nach der Begründung der Kommission¹⁵ und implizit nach Erwägungsgrund 7 der Richtlinienentwürfe eine solche Minderheitsbeteiligung möglich sein, soweit sie nicht zu einer Sperrminorität führt.

2. Organisatorische Ausgestaltung eines „Unabhängiger Netzbetreiber“-Modells

Als Ausnahme zu der vollständigen Trennung des Netzeigentums und Netzbetriebs von den Tätigkeiten der Erzeugung bzw. Gewinnung und des Vertriebs sieht die Kommission die Heraustrennung lediglich des *Netzbetriebs* aus dem vertikal integrierten Unternehmen vor, wobei das Netzeigentum weiterhin bei dem vertikal integrierten Unternehmen verbleibt. Diese Lösung wird als das „Unabhängiger Netzbetreiber“-Modell bezeichnet. Die rechtliche Grundlage hierfür ist in Art. 10, 10a EltRL-E und Art. 9, 9a GasRL-E verankert. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen müssen zumindest den Betrieb des Netzes anderen Unternehmen oder Stellen übertragen, die von ihnen unabhängig sind. Insoweit sehen Art. 10 EltRL-E und Art. 9 GasRL-E vor, dass die Mitgliedstaaten den vertikal integrierten Unternehmen Ausnahmen von Art. 8 Abs. 1 EltRL-E bzw. Art. 7 Abs. 1 GasRL-E gewähren können, sofern ein unabhängiger Netzbetreiber benannt und diese Benennung von der Kommission genehmigt wird.

Art. 10 EltRL-E, Art. 9 GasRL-E gestalten das Modell des unabhängigen Netzbetreibers organisatorisch detailliert aus.

Art. 10 Abs. 6 lit. a EltRL-E, Art. 9 Abs. 6 lit. a GasRL-E verpflichten den Netzeigentümer zur Kooperation mit dem unabhängigen Netzbetreiber. Der Netzeigentümer muss den unabhängigen Netzbetreiber unterstützen und ihm alle relevanten Informationen zukommen lassen. Diese Informationspflicht erfordert einen kooperativen Datenaustausch, der die Einhaltung der informatorischen Entflechtung in Frage stellt. Eine gezielte Informationsabfrage durch den unabhängigen Netzbetreiber erfordert die zumindest indirekte Informationsbereitstellung durch den Netzbetreiber an den vertikal integrierten Netzeigentümer, der so Kenntnis über wirtschaftlich sensible Daten zugunsten der mit ihm verbundenen Unternehmen erhalten könnte. Art. 10 Abs. 6 lit. b-d EltRL-E, Art. 9 Abs. 6 lit. b-d GasRL-E regeln darüber hinaus die Finanzierung von Netzinvestitionen sowie die Absicherung von Haftungsrisiken. Beide Aufgaben obliegen dem Netzeigentümer. Vom Netzbetreiber beschlossene Investitionen unterliegen der Genehmigung der Regulierungsbehörde, um die Finanzierungsverpflichtung des Netzeigentümers auszulösen. Nach Art. 10 Abs. 7 EltRL-E, Art. 9 Abs. 7 GasRL-E überwacht die nationale Wettbewerbsbehörde in enger Zusammenarbeit mit der Regulierungsbehörde die Einhaltung dieser Pflichten. Die Pflichten des Netzbetreibers ergeben sich aus dem jeweiligen Absatz 5 dieser Vorschriften.

Das Modell des unabhängigen Netzbetreibers kann auf der Grundlage eines Pachtverhältnisses umgesetzt werden. Diskriminierungspotential könnte bei dieser Ausgestaltung die Höhe der Pacht eröffnen, weil diese einen entscheidenden Einflussparameter für die Höhe der Netzkosten darstellt. Kann die Pacht von dem vertikal integrierten Netzanlageneigentümer als Ausdruck seiner eigentumsrechtlichen Gewinnziehungs- und Verwertungsbefugnis festgelegt werden, so hat dieser die Möglichkeit, hierüber die Netzkostenbasis zu erhöhen, welche wiederum der Ausgangspunkt für die Höhe der Netznutzungsentgelte ist.

Zusätzlich enthalten die Richtlinienbestimmungen detaillierte Vorgaben zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der vertikal integrierten Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzeigentümer von den Tätigkeiten, die nicht mit der Übertragung bzw. Fernleitung zusammenhängen (Art. 10a EltRL-E und Art. 9a GasRL-E).¹⁶ Diese Unabhängigkeitsanforderungen entsprechen im Wesentlichen den schon in den Energiebinnenmarkttrichtlinien 2003 normierten Anforderungen an Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt des Netzbetreibers. In Zukunft soll die Kommission über verbindliche

12 Dem Wortlaut der Richtlinienbestimmungen ist klar zu entnehmen, dass es sich bei der letztgenannten Variante des unabhängigen Netzbetreibers um eine „Ausnahme“ handelt, die von den Mitgliedstaaten gewährt werden kann, vgl. Art. 10 Abs. 1 EltRL-E u. Art. 9 Abs. 1 GasRL-E.

13 Zur Vereinfachung wird im Folgenden auf die unter dem jeweiligen Art. 1 der Richtlinienentwürfe (Fn. 4) aufgeführten und zu ändernden bzw. einzufügenden Artikel verwiesen.

14 Der Begriff der „Kontrolle“ umfasst die direkte und die indirekte Kontrolle und wird durch eine Ergänzung von Art. 2 EltRL-E präzisiert. In Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004, ABl. EU 2004 L 24, 1, fallen hierunter „Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen oder rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben, insbesondere durch a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens; b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.“

15 Kommission, Impact Assessment, SEC (2007) 1179, 6, unter 1.2.

16 Art. 9a GasRL-E adressiert auch Speicheranlagenbetreiber, die Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind.

Leitlinien nach Art. 10a Abs. 2 EitRL-E, Art. 9a Abs. 2 GasRL-E sicherstellen können, dass diese Vorgaben in vollem Umfang und wirksam verwirklicht werden. Weiterhin werden die Vorgaben zur informatorischen Entflechtung fortgeschrieben und maßgeblich verschärft, indem die Nutzung gemeinsamer Dienste durch den Netzeigentümer und die anderen Teile des Unternehmens untersagt wird – mit Ausnahme von Diensten, die rein administrativer Natur sind.¹⁷

III. Art. 295 EG als Harmonisierungs-kompetenzsperre gegenüber Art. 95 EG

Aufgrund der möglichen Auswirkungen auf die nationale Eigentumsordnung stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit der Gemeinschaftsgesetzgeber der in Art. 295 EG verankerten Harmonisierungskompetenzsperre unterliegt.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat gemäß Art. 95 Abs. 1 EG die Befugnis, Maßnahmen zu treffen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Zwar besteht schon heute eine Disparität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, weil einzelne Mitgliedstaaten schon frühzeitig aufgrund nationaler Gesetzgebung eine eigentumsrechtliche Entflechtung eingeführt haben,¹⁸ wohingegen andere Staaten eine richtlinienkonforme gesellschaftsrechtliche Trennung umgesetzt haben. Die Gemeinschaft muss allerdings im Rahmen der Rechtsangleichung darüber hinaus das Ziel verfolgen, durch die Rechtsvorschriften die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu forcieren und damit Wettbewerbsverzerrungen oder Hindernisse eines freien Wettbewerbs zu beseitigen.¹⁹ Dass diese Wettbewerbsverzerrungen tatsächlich und nachweislich vorliegen müssen oder dass die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung bereits spürbar sein muss, ist wohl nach der neueren Rechtsprechung des EuGH keine Voraussetzung mehr.²⁰ In seinen Tabakverbots-Urteilen²¹ hat der EuGH die noch in seiner Rechtsprechung zur Tabakwerberichtlinie²² aufgestellten Darlegungsanforderungen an die Spürbarkeit der Wettbewerbsverzerrungen auf eine bloße Wahrscheinlichkeitsprognose einer heterogenen Entwicklung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften reduziert.²³ Diese Prognose kann auch hier angestellt werden, weil jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass unterschiedliche regulatorische Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten zu Wettbewerbshindernissen auf dem europäischen Energiebinnenmarkt führen können. Vor diesem Hintergrund ist nach überwiegender Ansicht Art. 95 EG als zulässige Rechtsgrundlage für die Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung anerkannt.²⁴

Eine Kompetenzgrundlage ist damit dem Grunde nach gegeben. Möglicherweise sperrt jedoch Art. 295 EG diese Kompetenz für die aufgrund Gemeinschaftsrechts einzuführende eigentumsrechtliche Entflechtung. Gemäß Art. 295 EG lässt der EG-Vertrag „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“. Inhalt und Reichweite dieser Norm sind nicht eindeutig definiert. In ihrer Kürze und „Schlichtheit“ tritt das hierin angelegte Spannungsfeld zwischen der Harmonisierung des Binnenmarktes und dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Gewährung und Ausübung ihrer Gestaltungsfreiheit zutage.²⁵ Der Erlass von Gemeinschaftsrechtsvorschriften, die eine eigentumsrechtliche Entflechtung vorschreiben, kann nur dann auf die Kompetenzgrundlage des Art. 95 EG gestützt werden, wenn sie die Zu-

ständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung ihrer Eigentumsordnung unberührt lässt.

1. Eigentumsordnung i. S. d. Art. 295 EG

Der Begriff „Eigentumsordnung“ in Art. 295 EG, „system of property ownership“ in der englischen und „le régime de la propriété“ in der französischen Sprachfassung, ist als Teil des Primärrechts gemeinschaftsrechtlich autonom auszulegen. Eine Analyse des Wortlautes liefert erste Anhaltspunkte: „Eigentumsordnung“ spricht ebenso wie „system of property ownership“ und „le régime de la propriété“ für ein übergeordnetes Verständnis. Die Begriffe „Ordnung“, „system“, „régime“ werden im allgemeinen Sprachgebrauch für die Beschreibung der Organisation einer Einheit als Ganzes verwendet. Gemeint ist damit nicht die detailgenaue Ausgestaltung insbesondere der Nutzungsbefugnisse des Eigentums, sondern vielmehr die grundsätzliche nationale Entscheidung für die Einordnung von Wirtschaftswerten in ein eigentumsrechtliches Grundsystem. Deutlich zu unterscheiden sind damit Regelungen der Eigentumsausübung (insbesondere die Ausgestaltung der – individuellen – Nutzungsbefugnis) von jenen der Eigentumszuordnung (Bestand des Eigentums und wem dieses zusteht).

Dieses Ergebnis stimmt auch mit einer Analyse des Art. 295 EG anhand seiner Entstehungsgeschichte überein. Die Norm ist Ausdruck der Besorgnis der Gründungsmitglieder der Gemeinschaft, dass die Gründung einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Änderung der Eigentumszuordnung auf nationaler Ebene führen könnte.²⁶ Art. 295 EG sollte insoweit die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für Privatisierungen und Sozialisierungen schützen.²⁷

Weitere Anhaltspunkte für die Reichweite von Art. 295 EG können aus der Systematik des EG-Vertrags gewonnen werden. Das Primärrecht sieht in anderen Vertragsbestimmungen sowohl unmittelbare eigentumsrechtliche Eingriffskompetenzen (z. B. Art. 44 Abs. 2 lit. e EG) als auch mittelbare Beeinträchtigungen vor, wie z. B. Zugangsrechte zu wesentlichen Einrichtungen („essential facilities“) aus Art. 82 EG.²⁸ Mit diesen Bestimmungen in Einklang zu bringen ist nur ein enges Verständnis des Begriffes „Eigentumsordnung“. Denn bei einem weiten, auch die Eigentumsausübung umfassenden Ver-

17 Diese gemeinsamen Dienste („shared services“) sind unter dem derzeitigen Entflechtungsregime nicht ausdrücklich untersagt. Unter Einhaltung der Anforderungen an die informatorische Entflechtung unterliegen sie jedoch bereits heute gewissen Restriktionen, vgl. zur Umsetzung in der Praxis Koenig/Stelzner/Spiekermann, et 4/2006, 36, 39 f.

18 Prominente Beispiele hierfür sind Großbritannien, Schweden und die Niederlande.

19 Vgl. Kahl, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 2. A., 2002, Art. 95 EGV Rn. 10.

20 Baur/Pritzsch/Klauer, Ownership Unbundling, 2006, S. 57 ff.

21 EuGH, Slg. 2004, I-11893 (Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-210/03) – *Sweedish Match*; Slg. 2004, I-11825 (Urt. v. 14.12.2004 – Rs. C-434/02) – *Arnold Andrea*.

22 EuGH, Slg. 2000, I-8419, 8524 ff. Rn. 85 ff. (Urt. v. 15.10.2000 – Rs. C-376/98) – *Deutschland/Parlament und Rat*.

23 Zu der möglichen Konsequenz dieser Entscheidungen für zukünftige Rechtssetzungsakte vgl. Baur, in: Baur/Pritzsch/Simon, Unbundling in der Energiewirtschaft, 2006, Kapitel 1 Rn. 57.

24 Vgl. statt vieler Baur/Pritzsch/Klauer (Fn. 20), S. 57 ff.

25 Callies, et 11/2007, 92, 93.

26 Wichard, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. A., 2007, Art. 295 EGV Rn. 2.

27 Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 295 EGV Rn. 4.

28 Koenig/Kühling (Fn. 27), Art. 295 EGV Rn. 12.

ständnis entstünde ein nicht auflösbarer Widerspruch zu diesen spezifischen eigentumsrechtlichen Eingriffskompetenzen.

Mit teleologischem Blick auf das übergeordnete Vertragsziel der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes ist der Begriff „Eigentumsordnung“ so auszulegen, dass Art. 295 EG die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes nicht behindert: Die Gestaltung der Eigentumsausübung steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Integration innerhalb der Gemeinschaft.²⁹ Im Ergebnis schließt eine systematische und teleologische Analyse damit ein weites Verständnis aus. „Eigentumsordnung“ ist im Sinne von Eigentumszuordnung zu verstehen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber darf nicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Regelung des Bestandes und der Zuordnung von Eigentum eingreifen.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH. Hier nach ist die Kompetenz zum Erlass gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen nicht von Art. 295 EG gesperrt, wenn diese ausschließlich die Ausübung des Eigentums und nicht dessen Bestand betreffen.³⁰

Eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung nach den Vorschlägen der Art. 8 EltRL-E, Art. 7 GasRL-E verpflichtet vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zur Veräußerung des Netzbetriebs oder der Sparten Gewinnung/Erzeugung und Vertrieb. Berührt wird damit die Zuordnung des Eigentums, sein Bestand „in einer individuellen Hand“. Befindet sich das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen in privater Hand, wird das vertikal integrierte Versorgungsunternehmen zur Veräußerung an einen Dritten gezwungen. Ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen in staatlicher Hand soll nach Erwägungsgrund 12 der EltRL-E/GasRL-E hingegen nicht zur Veräußerung gezwungen werden: Ausreichend sei die Aufteilung auf zwei voneinander unabhängige staatliche Einrichtungen, wenn Einflussnahmen zwischen den Einrichtungen ausgeschlossen sind. Jedenfalls im Hinblick auf private vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen regeln Art. 8 EltRL-E, Art. 9 GasRL-E damit die Zuordnung des Eigentums. Art. 295 EG sperrt die gemeinschaftsrechtliche Kompetenz für eine solche Regelung.

Anders ist hingegen der Vorschlag eines „Unabhängiger Netzbetreiber“-Modells zu beurteilen. Die Regelungen der Art. 10, 10a EltRL-E, Art. 9, 9a GasRL-E berühren ausschließlich die Eigentumsausübung. Zwar werden die Nutzungsbefugnisse dem Netzeigentümer weitestgehend entzogen. Es verbleiben jedoch Verfügungs- und insbesondere Verwertungsbefugnisse einschließlich der Gewinnziehungsbefugnis. Diese Befugnisse stellen Kernelemente des Eigentumsbestandes dar. Als Regelung der Eigentumsausgestaltung kann die Gemeinschaft daher Vorgaben zum unabhängigen Netzbetreiber treffen.

2. Verletzung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

Art. 295 EG normiert, dass die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten *unberührt* bleibt. Dies bedeutet, dass die Regelung der Eigentumsordnung in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt. Beeinflusst eine gemeinschaftsrechtliche Regelung die Eigentumsordnung eines Mitgliedstaates, führt dies noch nicht zwingend zu einer Zuständigkeitsverletzung. Denn die Mitgliedstaaten sind bei der Regelung ihrer Eigentumsordnung nicht von den Grundprinzipien des Vertra-

ges entbunden.³¹ In der Rechtsprechung des EuGH kommt Art. 295 EG daher eine geringe Wirkungskraft³² zu. In seiner jüngeren Rechtsprechung zu den sog. „Goldenen Aktien“ hat der EuGH eine mitgliedstaatliche Eigentumszuordnung wegen einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten auch nicht im Hinblick auf Art. 295 EG als gerechtfertigt angesehen.³³ Im Umkehrschluss bedeutet dies für die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung, dass diese als gemeinschaftsrechtliche Regelung der Eigentumszuordnung dann nicht von Art. 295 EG gesperrt ist, wenn sie aufgrund der für alle Mitgliedstaaten bindenden Grundprinzipien des Vertrages zwingend ist. Sie ist kompetenzziell zulässig, wenn dies die einzige Möglichkeit ist, eine mitgliedstaatliche Regelung der Eigentumszuordnung zu erreichen, die den Grundprinzipien des EG-Vertrags entspricht.

Eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung könnte in Anbetracht der von der Kommission festgestellten Defizite auf dem europäischen Energiebinnenmarkt zwingend aus Art. 82 EG folgen. Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 sieht in Konkretisierung des Art. 82 EG explizit Maßnahmen struktureller Art, also auch Verpflichtungen zur Entflechtung, vor.³⁴

Allerdings ist zum einen bereits fraglich, ob eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung zwingend aus Art. 82 EG, konkretisiert durch Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 folgen kann. Voraussetzung ist, dass *nur* eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung unterbinden könnte. Wie unten (unter IV. und V.) dargestellt wird, ist dies jedoch nicht der Fall. Zudem sieht die Kommission selbst in ihren Richtlinienvorschlägen alternativ das Modell eines unabhängigen Netzbetreibers vor. Zum anderen hat die Kommission ausdrücklich Art. 95 EG als Kompetenzgrundlage für die Einführung einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung herangezogen. Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 würde überdies ausschließlich zu Einzelfallmaßnahmen ermächtigen und nicht zu konzeptionellen Maßnahmen abstrakt-genereller Art, wie sie in den Richtlinienvorschlägen enthalten sind.

Es spricht damit vieles dafür, dass dem EG-Gesetzgeber bereits die Kompetenz zur Regelung einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung fehlt.

29 *Wichard* (Fn. 26), Art. 295 EGV Rn. 3.

30 Siehe EuGH, Slg. 1966, 321, 394 (Urt. v. 13.7.1966 – verb. Rs. 56/64 u. 58/64) – *Consten und Grundig*; Slg. 2002, I-11453, 11597 Rn. 147 f. (Urt. v. 10.12.2002 – Rs. C-491/01) – *British American Tobacco*.

31 Deutlich EuGH, Slg. 1984, 3677, 3685 Rn. 7 (Urt. v. 6.11.1984 – Rs. 182/83) – *Fearon*, und Slg. 1999, I-3099, 3134 Rn. 38 (Urt. v. 1.6.1999 – Rs. C-302/97) – *Konle*, wonach die Mitgliedstaaten auch bei Regelungen der Eigentumszuordnung nicht von den Bestimmungen des EG-Vertrages entbunden sind. Vgl. auch EuGH, Slg. 2002, I-4731, 4774 Rn. 48 (Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-367/98) – *Kommission/Portugal*; Generalanwalt *Geelhoed*, Slg. 2003, I-9743, 9766 Rn. 82 (Schlussanträge v. 10.4.2003 – Rs. C-452/01) – *Ospelt*.

32 *Koenig/Kühling* (Fn. 27), Art. 295 EGV Rn. 7.

33 EuGH, Slg. 2002, I-4731, 4774 Rn. 47 f. (Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-367/98) – *Kommission/Portugal*; Slg. 2002, I-4781, 4803 Rn. 43 f. (Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-483/99) – *Kommission/Frankreich*; Slg. 2002, I-4809, 4832 Rn. 43 f. (Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-503/99) – *Kommission/Belgien*. Der Gerichtshof ist nicht den Begründungen des Generalanwalts *Colomer* gefolgt, der nicht diskriminierende Regelungen als Eigentumszuordnung als von Art. 295 EG geschützt ansah, Slg. 2002, I-4731, 4741 (Schlussanträge v. 3.7.2001 – verb. Rs. C-367/98, C-483/99 u. C-503/99) – *Kommission/Portugal*.

34 Wettbewerbskommissarin *Kroes* hat angekündigt, eine eigentumsrechtliche Entflechtung auf Basis von Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 im Einzelfall durchzusetzen, sollte keine sekundärrechtliche Verpflichtung geschaffen werden, vgl. nur *Klees/Hausser*, WuW 2007, 596.

3. Gleichbehandlungsgrundsatz

Nach Erwägungsgrund 12 EltRL-E und GasRL-E sollte bei der Entflechtung dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen öffentlichem und privatem Sektor Rechnung getragen werden. Ein und dieselbe Person soll nicht die Möglichkeit haben, Einfluss auszuüben auf den Netzbetrieb einerseits und die Gewinnungs-/Erzeugungs-/Vertriebsparte andererseits. Allerdings besteht nach Satz 3 der Erwägungsgründe die Möglichkeit, dass „zwei voneinander getrennte öffentliche Einrichtungen Kontrolle“ über die Gewinnungs-/Erzeugungs- und Vertriebsaktivitäten einerseits und die Übertragungs-/Fernleitungsaktivitäten andererseits ausüben. Diese „Konzession an französische Verhältnisse“ führt zu einer Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen. Art. 295 EG zielt auf ein Gleichbehandlungsgebot zwischen öffentlichem und privatem Eigentum.³⁵ Darüber hinaus wird der allgemeine Gleichheitssatz in ständiger Rechtsprechung des EuGH als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt.³⁶ Ohne dass eine sachliche Rechtfertigung ersichtlich ist, führt die Möglichkeit nach Satz 3 in Erwägungsgrund 12 EltRL-E/GasRL-E zu einer Ungleichbehandlung öffentlicher und privater integrierter Energieversorgungsunternehmen. Denn nur ein öffentliches integriertes Energieversorgungsunternehmen kann als Ganzes in der Hand des Staates verbleiben, wenn dieser zwei unabhängige Einrichtungen benennt. Einem privatrechtlichen Energieversorgungsunternehmen steht diese Möglichkeit weder bei einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung noch bei dem Modell eines unabhängigen Netzbetreibers zu.

IV. Diskriminierungsanreize

Die Kompetenz zur Einführung eines „Unabhängiger Netzbetreiber“-Modells kommt dem EG-Gesetzgeber dagegen zu. Es stellt sich jedoch die Frage, ob mit dieser Lösung die Anreize zur Diskriminierung von Wettbewerbern tatsächlich beseitigt werden können.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass mit einem unabhängigen Netzbetreiber nicht die Eigenschaft der Transportnetzinfrastruktur als natürliches Monopol aufgebrochen wird. Die dynamischen Probleme eines Monopols, wie etwa die Neigung zu Ineffizienzen und Innovationsschwäche sowie die dem natürlichen Monopol inhärenten Diskriminierungspotentiale, bleiben bestehen – auch nach einer eigentumsrechtlichen Entflechtung.³⁷

Die Kommission betont, dass vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen geneigt seien, ihre konzerneigenen Tochter- und Schwesterunternehmen besser zu behandeln als Dritte, weil sie sich in einem internen Interessenkonflikt befänden.³⁸ In der Tat kann diesem Interessenkonflikt auf der Netzvertriebsebene durch einen unabhängigen Netzbetrieb begegnet werden. Es ist nicht zu erwarten, dass ein unabhängiger Netzbetreiber „kundenspezifisch“ durch eine unterschiedliche Netzentgeltsetzung diskriminiert. Diese diskriminierenden Preisdifferenzierungen werden bereits heute durch die in § 21 Abs. 1 EnWG normierten Transparenz- und Gleichbehandlungsvorschriften wirksam verhindert.³⁹ Die Tarife für die Netznutzung sind auf den WWW-Seiten eines jeden Netzbetreibers veröffentlicht.

Entscheidend für die Möglichkeit des Marktzugangs neuer Energieversorgungsunternehmen und damit für wirksamen

Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten ist die Höhe der Netznutzungsentgelte. Ausgangspunkt hierfür ist bei kostenorientierten Entgelten die Netzkostenbasis. Der grundsätzliche Anreiz auch eines unabhängigen Netzbetreibers, seine Kostenbasis „künstlich“ zu erhöhen mit dem Ziel, hohe Entgelte bei seinen Netzkunden in Rechnung zu stellen, wird durch eine eigentumsrechtliche Entflechtung nicht zerstört.⁴⁰ Die Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs ist vielmehr Ausdruck der Monopolstruktur des Energieversorgungsnetzes und knüpft nicht an die Eigentümer- oder Betreiberstruktur an.

Auch einer „operativen Diskriminierung“ beim Netzzugang, d. h. einer Nicht- oder nicht wettbewerbsanalogen Gewährung des Netzzugangs, wird durch eine eigentumsrechtliche Entflechtung nicht effizienter entgegengewirkt, als dies bereits unter dem derzeit gültigen Entflechtungs- und Netzzugangsregime der Fall ist. Aufgrund der in § 20 Abs. 2 EnWG enthaltenen Begründungspflicht kann der Netzzugang nicht verdeckt zugunsten des konzernverbundenen Energievertriebs verweigert werden. Der Netzbetreiber kann zwar anführen, dass ihm die Gewährung des Netzzugangs nicht möglich oder nicht zumutbar sei. Insoweit kann er sich jedoch lediglich auf betriebsbedingte oder sonstige wirtschaftliche oder technische Gründe berufen. Insbesondere ist die Verweigerung des Netzzugangs nicht mit dem Hinweis darauf möglich, dass der Netzzugangspetent nicht zum eigenen Konzern gehöre. Die Begründung muss in formeller Hinsicht so informations- und substanzreich sein, dass sie es dem Netzzugangspetenten ermöglicht, die Berechtigung der Verweigerung zu überprüfen.⁴¹

Zentraler Zugangsverweigerungsgrund im Rahmen des § 20 Abs. 2 EnWG stellt in diesem Zusammenhang der Kapazitätsengpass dar. Für die Engpassverwaltung sieht § 15 StromNZV jedoch detaillierte Vorgaben zur Kapazitätsbewirtschaftung vor. Die vom Gesetz anerkannten Zugangsverweigerungsgründe kann sowohl ein vertikal verbundener Netzbetreiber als auch ein unabhängiger Netzbetreiber vorbringen. Der unabhängige Netzbetreiber unterliegt damit – genau wie der vertikal verbundene Netzbetreiber – einer Plausibilitätskontrolle der von ihm angeführten Begründung. Zwar mag es sein, dass die Anreize eines unabhängigen Netzbetreibers, durch „fragwürdige“ Begründungen das Netzzugangsbegehren eines Dritten abzulehnen, geringer sind als diejenigen eines vertikal integrierten Netzbetreibers. Entscheidend ist jedoch, dass im Ergebnis eine Diskriminierung von Netzzugangspetenten unmöglich gemacht wird. Dies ist unter dem geltenden Rechtsrahmen bei angemessenem Normenvollzug durch die Regulierungsbehörden bereits weitestgehend gewährleistet. Insoweit bedarf es keines konzeptionellen Eingriffs in den bestehenden regulatorischen Rahmen.

Auch die Probleme auf dem Erzeugungsmarkt können nicht durch eine vertikale eigentumsrechtliche Entflechtung gelöst werden. Zwar gibt es einen historischen Zusammenhang zwischen der vertikalen Integration und der Verfestigung oligopolistischer Strukturen auf dem Erzeugungsmarkt. Letztere können aber zum einen nicht durch eine vertikale Entflechtung „aufgebrochen“ werden und zum anderen wird die be-

35 Koenig/Kühling (Fn. 27), Art. 295 EGV Rn. 16.

36 Ausführlich Calliess, et 11/2007, 92, 95 ff.

37 Hierauf weist auch die Monopolkommission in ihrem 49. Sondergutachten, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Rn. 607, hin.

38 Kommission, Impact Assessment, SEC (2007) 1179, unter 1.1.

39 So auch Säcker, et 11/2007, 86, 87.

40 So auch die Monopolkommission (Fn. 37), Rn. 607.

41 Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 2006, S. 52.

reits weitestgehend verfestigte Struktur auf Erzeugungsebene nicht durch die Heraustrennung der Netze aufgeweicht oder gar zerstört. Den auf dieser Ebene vorhandenen Missbrauchspotentialen, wie z. B. der strategischen Zurückhaltung von Erzeugungskapazität, ist durch kartellrechtliche Maßnahmen wirksam zu begegnen.

Im Hinblick auf die diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Netzanschlusses von Erzeugungsanlagen hat die Bundesregierung zudem erst vor kurzem durch Verabschiedung der Kraftwerks-Netzanschluss-Verordnung (KraftNAV) Missbrauchspotentialen vorgebeugt. Insbesondere wird in der Verordnung das in § 17 Abs. 2 EnWG enthaltene Unzumutbarkeitskriterium präzisiert, dessen Anführung zur Verweigerung des Netzanschlusses berechtigt. Danach können von dem Netzbetreiber lediglich technische Gründe angeführt werden und dies auch nur insoweit, als sie sich darauf beziehen müssen, dass der „begehrte Netzanschlusspunkt technisch nicht zur Aufnahme des erzeugten Stroms geeignet ist und die Eignung nicht durch dem Netzbetreiber mögliche und zumutbare Maßnahmen zur Ertüchtigung des Netzanschlusspunktes oder zum Ausbau des Netzes bis zum nächsten Netzknoten hergestellt werden kann“. § 6 Abs. 2 KraftNAV statuiert darüber hinaus, dass der Netzanschluss nicht mit dem Hinweis darauf verweigert werden kann, dass in einem mit dem Anschlusspunkt direkt oder indirekt verbundenen Netz Kapazitätsengpässe auftreten oder auftreten werden.

V. Investitionsanreize

Die Kommission führt ferner aus, dass Investitionsanreize verzerrt seien, weil sich die Entscheidungen für oder gegen Netzinvestitionen in vielen Fällen allein an den Bedürfnissen der vertikal integrierten Gewinnungs-/Erzeugungs- bzw. Vertriebsparte ausrichteten.⁴² Das Ziel, durch mangelnde Investitionen in die Infrastruktur den Wettbewerb so gering wie möglich zu halten, ginge dem Interesse an einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der eigenen Netzgesellschaft vor. Diese Argumentation kann indes nicht überzeugen. Abgesehen davon, dass die Verpflichtung zum Netzausbau im EnWG klar vorgegeben ist, haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen durchaus einen wirtschaftlichen Anreiz, in ihre Übertragungs-/Fernleitungsnetzkapazitäten zu investieren. Dies zeigt ein Blick auf den Energiehandel. Den Optionen zum Ankauf von Energie sind die Kapazitätsgrenzen der eigenen Infrastruktur gesetzt. Mehr eigene Transportkapazitäten erhöhen allerdings die Ankaufsoptionen und so ist es durchaus ein Bestreben der vertikal integrierten Unternehmen, in ihre Transportnetzkapazitäten zu investieren.

Aus ökonomischer Perspektive ist die Investitionsbereitschaft eines vertikal integrierten Netzbetreibers im Zweifel höher als die eines unabhängigen Netzbetreibers, weil er – agierend im „Gesamtkonzerninteresse“ – sicherstellen will, dass auch der verbundene Vertriebsbereich so viel Energie an Endkunden liefern kann wie möglich. Insoweit drängt sich ein Erst-recht-Schluss auf: Wenn schon der verbundene Netzbetreiber im Hinblick auf seinen assoziierten Vertrieb keine In-

vestitionen tätigt, so sind erst recht nicht mehr Investitionen von einem unabhängigen Netzbetreiber zu erwarten, weil dieser kein Interesse daran hat, einem (fremden) Vertrieb wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Die Anreize eines unabhängigen Netzbetreibers, aus eigenem Antrieb in die Netzinfrastruktur zu investieren, resultieren lediglich aus dem Bestreben, Gewinne aus dieser Infrastruktur zu schöpfen. Der Anreiz eines vertikal integrierten Netzbetreibers, die Infrastruktur darüber hinaus für die erfolgreiche Geschäftsabwicklung der verbundenen Unternehmen bestmöglich zu erhalten, fällt durch eine eigentumsrechtliche Entflechtung weg.⁴³ Dies ist wohl auch der Grund, warum Art. 10 Abs. 2 lit. c EltRL-E, Art. 9 Abs. 2 lit. c GasRL-E vorsehen, dass der kandidierende Netzbetreiber sich einem „zehnjährigen Netzentwicklungsplan“ der Regulierungsbehörde unterwerfen muss. Es ist darüber hinaus nicht auszuschließen, dass der unabhängige Netzbetreiber bzw. Netzeigentümer, der allein über den Betrieb des Netzes Gewinn machen kann, die Profitabilität des Netzes zulasten der Versorgungssicherheit steigert.⁴⁴

VI. Fazit: keine Behebung von Vollzugsdefiziten durch konzeptionelle Verschärfung des Entflechtungsregimes

Es scheint, als versuche die Kommission mit der Einführung der eigentumsrechtlichen Entflechtung angeblichen Konzeptionsdefiziten des bestehenden Entflechtungsregimes zu begegnen. Das eigentliche Problem liegt jedoch in Vollzugs- und Wirkdefiziten des bestehenden Entflechtungsregimes.⁴⁵ Anzustreben wäre eine Verschärfung des Vollzugs der bestehenden Entflechtungsvorgaben. Hier unterscheidet die Kommission nicht ausreichend. Verlässliche Ergebnisse, zu welchen Veränderungen die durch die Energiebinnenmarkttrichtlinien eingeführten Entflechtungsvorgaben geführt haben, sind zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der kurzen Zeit ihrer bisherigen Wirkungsdauer nicht zu erzielen.⁴⁶ Soweit nationale Umsetzungsdefizite bestehen, die sich in Vollzugsdefiziten äußern, rechtfertigen diese keine konzeptionelle Verschärfung des geltenden Entflechtungsregimes, um diese (vermeintlichen) Defizite zu beseitigen. Vorzuziehen wäre daher eine Verschärfung des Vollzugs der bestehenden Entflechtungsvorgaben, wie jüngst von der Bundesregierung beim Treffen der Energieminister am 3. Dezember 2007 vorgeschlagen.⁴⁷

42 Kommission, Impact Assessment, SEC (2007) 1179, unter 1.1.

43 In diesem Sinne auch die Monopolkommission (Fn. 37), Rn. 609.

44 Säcker, et 2007, 86, 87.

45 Zu diesem Ergebnis gelangt auch Zinow, emw (Energie Markt Wettbewerb) 4/2007, 9.

46 Hierauf weist auch die Monopolkommission (Fn. 37), Rn. 613, hin.

47 Siehe FIT v. 4.12.2007, 12 („Regierung kämpft für Stromkonzerne“).