
MANNHEIMER BEITRÄGE ZUM
ÖFFENTLICHEN RECHT UND STEUERRECHT

Herausgegeben von Hans-Wolfgang Arndt

31

Claus Möllinger

Eigentumsrechtliche
Entflechtung
der Übertragungsnetze

Unter besonderer Berücksichtigung
des 3. Binnenmarktpaketes
für Energie



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die Möglichkeit, ihren Versorger für Elektrizität frei zu wählen, haben die deutschen Verbraucher erst seit 1998. Der Gasmarkt wurde sogar noch später, nämlich erst 2004, geöffnet. Zuvor waren die Abnehmer von Energie, also von Strom und Gas, gezwungen, sich von ihrem zuständigen Gebietsmonopolisten beliefern zu lassen. Angestoßen durch die Europäische Gemeinschaft, die im System der Gebietsmonopole ein starkes Hemmnis für das Funktionieren des Binnenmarktes sah, kam es Ende der 1990er Jahre zu ersten Liberalisierungsmaßnahmen im Energiemarkt und schließlich zur Öffnung des Marktes für den Wettbewerb.

Den Energiemarkt einer wettbewerblichen Ordnung zu unterstellen, erwies sich allerdings alles andere als einfach. Die Schwierigkeiten für die Markttöffnung sind durch die technischen Besonderheiten der Handelsgüter Strom und Gas bedingt. Prinzipiell sind weder Elektrizität noch Gas speicherbar – jedenfalls nicht in einer Weise, die zu einer ausreichenden Versorgung aller Abnehmer geeignet ist. Schon die Versorgung eines einzelnen durchschnittlichen Haushaltes mit Batterien oder mit Flüssiggas ist aus technischen Gründen nicht möglich. Elektrizität muss daher in dem Moment, in dem sie verbraucht wird, erzeugt werden. Auch Erdgas muss dann in den Versorgungskreislauf gebracht werden, wenn es benötigt wird.

Weil Energie nicht speicherbar ist, muss ein besonderes Versorgungssystem – sog. Energienetze – errichtet werden. Jeder, der Energie in das Versorgungssystem einbringen will oder Energie aus dem System entnehmen will, muss an ein Energienetz angeschlossen sein. Der Aufbau der notwendigen Energieinfrastruktur ist äußerst kostenintensiv. Sinnvollerweise kann deshalb nur ein einziges Energienetz für einen Bereich aufgebaut werden. Energienetze werden deshalb als sog. natürliche Monopole bezeichnet.

Traditionell wurden die Übertragungsnetze von den Energieerzeugungsunternehmen und die Verteilernetze von den Gebietsmonopolisten, den Energieversorgungsunternehmen, aufgebaut und betrieben. Diese Unternehmen hatten als einzige ein Interesse an dem Aufbau des Netzes, da nur sie auf die Netzinfrastruktur zugegriffen haben. Unabhängige Netzbetreiber gab es mithin nicht; wer ein Energienetz betrieben hat, nahm gleichzeitig eine Funktion in der Energieerzeugung oder in der Energieversorgung oder in beiden Bereichen wahr. Es entstanden deshalb die sog. vertikal integrierten Energieunternehmen.

Da jeder, der im Energiemarkt tätig sein will, auf das Energienetz zugreifen muss, kann es nur zu einer Liberalisierung kommen, wenn die Energieunternehmen ihre Netze für neue Marktteilnehmer öffnen. Die Energieversorgungs-

netze werden jedoch von Unternehmen betrieben, die selbst auf den Märkten der Erzeugung und der Versorgung von Energie tätig sind. Diese vertikal integrierten Unternehmen haben kein Interesse daran, neue Marktteilnehmer auf das Netz zugreifen zu lassen, da sie durch die Öffnung der Netze die eigene Konkurrenz ins Leben rufen. Deshalb wurde der Energienetzbetrieb in der Frühphase der Liberalisierung nicht an den Interessen des Marktes, sondern an den Interessen der eigenen, für Versorgung und Erzeugung zuständigen Unternehmensteile ausgerichtet. Funktionierender Wettbewerb kann aber nur entstehen, wenn die Netze als ein neutraler Marktplatz jedem in der gleichen Weise offen stehen. Die Liberalisierung des Energiemarktes gelingt deshalb nur über eine Neutralisierung der Netze.

Die Neutralisierung der Netze sollte durch eine strikte Regulierung erreicht werden. Kernstück dieser Regulierung sind Verpflichtungen der Betreiber von Energieversorgungsnetzen, ihre Netze auch Konkurrenten zur Verfügung zu stellen. Zudem sollte der Betrieb des Netzes von den anderen Tätigkeiten im Energiemarkt auf eine Weise separiert werden, dass der Netzbetreiber nicht mehr von den Interessen der anderen Unternehmensteile des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens geleitet wird, sondern beim Netzbetrieb sich nur an den Interessen des Marktes orientiert. Die Trennung der Unternehmensteile wird als Entflechtung oder mit dem englischen Fachbegriff als Unbundling bezeichnet. Die strikteste Form der Entflechtung ist die vollständige eigentumsmäßige Separierung des Netzes von Unternehmen, die im Erzeugungs- oder Versorgungssektor tätig sind, das sog. Ownership Unbundling.

Das geltende europäische und das deutsche Energiewirtschaftsrecht stellen bereits strikte Entflechtungsregeln auf, eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Energienetze sehen sie allerdings nicht vor. Da die Liberalisierung des Energiemarktes jedoch nicht den erhofften Erfolg brachte, hält die EG-Kommission das geltende Regulierungsrecht und insbesondere das geltende Entflechtungsrecht nicht für ausreichend. Sie befürwortet die Einführung einer stärkeren Entflechtung – bis hin zur Eigentumsentflechtung der Transportnetze.

Die Verschärfung des Entflechtungsrechtes ist eine nahezu schon beschlossene Sache: Am 10.10.2008 hat der EG-Ministerrat einen Kompromiss ausgehandelt, der die Revision des derzeit geltenden Energieregulierungsrechts vorsieht. Für die Entflechtung der Transportnetze sieht der Kompromiss drei verschiedenen starke Entflechtungsalternativen vor. Neben dem Modell der strikten eigentumsrechtlichen Entflechtung sollen zwei Modelle zulässig sein, bei denen das Netzeigentum bei dem vertikal integrierten Unternehmen bleibt, der Netzbetrieb aber an ein unabhängiges Unternehmen ausgelagert wird. Dieser Richtlinienentwurf, das sog. 3. Binnenmarktpaket für Energie, hat sich insoweit verfestigt, und es ist damit zu rechnen, dass er in den wesentlichen Punkten gleichbleibend verab-

schiedet werden wird. Der Normgebungsprozess soll spätestens im April 2009 abgeschlossen werden. Die in der Literatur erstmalige ausführliche Erörterung dieses höchstaktuellen und für die Energiewirtschaft brisanten Richtlinien-vorschlags ist Gegenstand dieser Arbeit.

Die Entflechtungsvorgaben des Richtlinienentwurfes bergen erhebliche rechtliche Probleme. So ist bereits zweifelhaft, ob die Europäische Gemeinschaft überhaupt die Kompetenz zum Erlass von Sekundärrecht besitzt, welches das Energiewirtschaftsrecht allgemein und das Recht der eigentumsrechtlichen Entflechtung speziell regelt. Unabhängig von dieser Frage haben derart schwere Eingriffe für die betroffenen Unternehmen eine erhebliche grundrechtliche Dimension sowohl auf nationaler als auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Von herausragender Bedeutung ist dabei der auf beiden Ebenen gewährte Schutz des Eigentums der Energieversorgungsunternehmen. Hält man sich vor Augen, dass vielfach bestritten wird, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung überhaupt zur Schaffung von Wettbewerb geeignet ist, wird deutlich, dass die rechtliche Zulässigkeit dieser strikten Entflechtungsvorgaben einer genaueren Erörterung bedarf. Ziel dieser Arbeit ist es daher, den rechtlichen Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen die Einführung der im 3. Binnenmarktpaket enthaltenen Entflechtungsvorgaben nach europäischem Recht und nach deutschem Verfassungsrecht zulässig ist.

Nach einer kurzen Einführung – im 1. Teil der Arbeit – in die ökonomischen Grundlagen der Energiewirtschaft, in der auch die historischen Ursachen der aktuellen Oligopolbildung im Energiemarkt beleuchtet werden, wird im 2. Teil der Arbeit das geltende deutsche Energiewirtschaftsrecht und insbesondere das Entflechtungsrecht dargestellt. Diese beiden ersten Teile geben einen Einblick in die Entwicklung der Energiewirtschaft bis zum derzeitigen Zustand. Im Anschluss daran wird in dem 3. Teil der Arbeit die politische Diskussion über die Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung bis hin zum Ratskompromiss vom 10.10.2008 erörtert.

Im Mittelpunkt der Arbeit stehen die Richtlinienvorschläge vom 10.10.2008. Obwohl die politische Einigung weitgehend erzielt wurde, ist der Inhalt des Ratskompromisses – wie der jedes Gesetzes – nicht aus sich heraus verständlich und bedarf der juristischen Auslegung. Diese Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, diesen aktuellen Richtlinienvorschlag wissenschaftlich zu durchdringen. Ökonomische Aspekte und politische Hintergründe werden immer wenn es erforderlich ist bei Auslegung des komplizierten Regelwerkes herangezogen, damit sich der hinter den einzelnen Normen stehende Sinn erhellt. Nur durch eine umfangreiche Erörterung des Ratskompromisses zeigen sich die Möglichkeiten, wie in den EG-Mitgliedstaaten das künftige nationale Entflechtungsrecht ge-

staltet werden muss. Im 6. Teil dieser Arbeit wird daher der Ratskompromiss eingehend behandelt.

Der Inhalt des Ratskompromisses erschließt sich nur jedoch vollständig, wenn man über die Entflechtungsszenarien in den verschiedenen EG-Staaten und auch in anderen Ländern Bescheid weiß. Der Ratskompromiss stützt sich nämlich teilweise auf Erfahrungen aus diesen Ländern und ist partiell auch an die Bedürfnisse einiger Mitgliedstaaten, die bereits eine Form der eigentumsrechtlichen Entflechtung eingeführt haben, angepasst. Aus diesem Grund werden im 4. Teil rechtsvergleichend die Entflechtungsmodelle in ausgewählten Ländern dargestellt. Aus der Rechtsvergleichung werden im 5. Teil dieser Arbeit Schlüsse gezogen, die eine Systematisierung der Modelle ermöglichen. Die dabei gefundenen Begrifflichkeiten dienen als Grundlage für die weitere Darstellung.

Im 7. Teil der Arbeit wird untersucht, ob der Richtlinienentwurf, so wie er im Ratskompromiss seine Ausgestaltung gefunden hat, mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist. Zweck dieser Untersuchung ist es auch, zu überprüfen, ob ein gerichtliches Vorgehen gegen das neue Entflechtungsrecht erfolgversprechend ist oder ob sich die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen wohl oder übel mit dem neuen, verschärften Entflechtungsrecht abfinden müssen.

Der 8. Teil schließlich befasst sich mit den Möglichkeiten des deutschen Gesetzgebers, die Vorgaben des Richtlinienkompromisses umzusetzen. Dabei wird auch auf die gesellschaftsrechtlichen und umwandlungsrechtlichen Mittel, mit denen eine Entflechtung entsprechend des Richtlinienentwurfes umgesetzt werden kann, eingegangen. Insbesondere wird untersucht, ob eine Gestaltungsmöglichkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar ist. Die Praxisrelevanz dieses Teils der Arbeit ist offenkundig: Nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die Energieversorgungsunternehmen ist es von außerordentlicher Wichtigkeit, zu wissen, bei welchem Gestaltungsmodell das europäische Sekundärrecht und – das betrifft den nationalen Gesetzgeber – das deutsche Verfassungsrecht Grenzen setzt. Das Hauptaugenmerk der Untersuchung liegt auf der rechtlichen Einordnung der Eingriffe durch die Entflechtungsmodelle. Mit in diese Untersuchung einbezogen ist die Abwägung der volkswirtschaftlichen Vorteile, die ein jeweiliges Gestaltungsmodell bringt, mit der Schwere der aus den jeweiligen Modellen erwachsenden Beeinträchtigung für die Energieunternehmen.