



Deutscher Bundestag	Ausschuss-Drucksache 16(9)977
16. Wahlperiode	07.04.2008
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie	

Ruhr-Universität Bochum, Institut für Berg- und Energierecht  
D-44801 Bochum

Universitätsstr. 150  
D-44801 Bochum  
Gebäude NA 02/299  
Telefon: (0234) 32-27333  
Telefax: (0234) 32-14212  
Internet: [www.ruhr-uni-bochum.de/ibe](http://www.ruhr-uni-bochum.de/ibe)  
e-mail: [IBE@ruhr-uni-bochum.de](mailto:IBE@ruhr-uni-bochum.de)

An die Vorsitzende des  
Ausschusses für Wirtschaft und  
Technologie  
Frau Edelgard Bulmahn  
Deutscher Bundestag  
11011 Berlin

Bochum, den 2. April 2008

**ÖFFENTLICHE ANHÖRUNG ZUM VORSCHLAG DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION  
FÜR EIN DRITTES RICHTLINIEN-PAKET ZUM EU-ENERGIEBINNENMARKT  
AM 9. APRIL 2008**

**Stellungnahme von Prof. Dr. jur. Johann-Christian-Pielow**  
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Berg- und Energierecht  
der Ruhr-Universität Bochum

Zusammenfassung

- *Der Vorschlag zur weiteren Entflechtung der Strom- und Gasübertragungsnetze begegnet massiven Bedenken aus rechtlicher, aber auch aus ökonomischer und technischer Sicht. Eine – erzwungene – Eigentumsentflechtung hätte enteignenden Charakter, wäre derzeit weder erforderlich noch angemessen und würde voraussichtlich Entschädigungspflichten auslösen. Entsprechendes gilt für die Variante des „Aktien-splits“ und für die Alternative des „deep“ ISO. Denkbar erscheint eine abgeschwächte Ausgestaltung des „Unabhängigen Netzbetreibers“, dessen Vorzüge wie diejenigen des deutsch-französischen Kompromissvorschlags „EEU“ gegenüber dem schon erreichten Stand der Netzentflechtung aber ungewiss sind.*
- *Die von der Kommission vorgebrachten Argumente erweisen sich, was insbesondere die Förderung des Wettbewerbs sowie von Investitionen in die Netze resp. der Netz- und Versorgungssicherheit betrifft, als nicht belastbar. Dies folgt u.a. aus einer näheren Betrachtung von Netzregimen in anderen EU-Staaten (etwa GB, NL); auch sind die dortigen Unternehmensstrukturen und rechtlichen Rahmenbedingungen kaum mit der Ausgangssituation in Deutschland vergleichbar. Aus einer quantitativen Berechnung aller denkbaren Effekte der Eigentumsentflechtung (durch Prof. G. Brunekreeft) folgt vorläufig, dass ein volkswirtschaftlicher Nutzen zwar nicht ausgeschlossen ist, letztlich aber eher gering ausfallen dürfte. Aus netztechnischer Sicht wird zudem – vor dem Hintergrund der voranschreitenden Dezentralisierung der Stromerzeugung – zunehmend vor einer weiteren Desintegration der Elektrizitätsnetze und damit abnehmenden Kooperations- und Synergieeffekten gewarnt.*
- *Der Vorschlag zur Schaffung einer „Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden“ (ACER) ist ernsten Einwänden aus rechts- wie demokratiestaatlicher Sicht ausgesetzt. Bedingt ist dies durch die Fülle thematisch breiter bzw. vager Ermächtigungen für (Komitologie-) Leitlinien der EU-Kommission, mit denen diese der Agentur zusätzliche Regelungsbefugnisse übertragen und auf diese Weise – mittelbar – in zentrale und bislang den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Aufgabebereiche (v.a. bei der Netzplanung und -regulierung) „hineinregieren“ kann.*

### Detailbewertung:

#### **A. Weitere Entflechtungen der Strom- und Gasübertragungsnetze?**

Die Ausführungen zu diesem Abschnitt beruhen auf bisherigen Ergebnissen des laufenden interdisziplinären und internationalen Forschungsprojektes „*UNECOM: Unbundling of Energy Companies*“.<sup>1</sup>

##### I. (Verfassungs-) Rechtliche Bewertung

(1) Die angestrebte Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur (zwangsweisen) **Eigentumsentflechtung** (*Ownership Unbundling*) der Strom- und Gasübertragungsnetze bedeutete im Fall ihrer Umsetzung einen erheblichen Eingriff in das EU-grundrechtlich geschützte Eigentum der Netzbetreiber. Sie unterfällt zwar der Kompetenz zur Rechtsangleichung nach Art. 95 EG, erscheint jedoch angesichts der „Kompetenzsperre“ in Art. 295 EG<sup>2</sup> problematisch und – zum gegenwärtigen Zeitpunkt – insgesamt nicht verhältnismäßig. Zudem bestehen Bedenken in Bezug auf die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG), wenn Energieerzeugungs- und/oder -handelsunternehmen auch in anderen EU-Staaten nicht gleichzeitig Energienetze besitzen oder sich an Netzunternehmen beteiligen dürfen bzw. solche Engagements einzustellen haben.

(2) Die selbständige, d.h. nicht EU-rechtlich gebotene Vorgabe einer Eigentumsentflechtung durch den deutschen Gesetzgeber liefe nach verbreiteter Auffassung auf eine **Enteignung** nach Art. 14 Abs. 3 GG, jedenfalls aber auf eine massive („ausgleichspflichtige“) Inhalts- und Schrankenbestimmung des (Netz-) Eigentums hinaus, die entsprechend strenge Rechtfertigungs- sowie Entschädigungspflichten nach sich zöge.

(3) Der als Variante der Eigentumsentflechtung vorgesehene **Aktiensplitt** sieht nach Aufteilung der Anteile am integrierten Unternehmen im Fall verbleibender Mehrheitsbeteiligungen an der neuen Netzgesellschaft und/oder des Restunternehmens (Stromerzeugung und/oder Strom- bzw. Gasein- und -verkauf) ebenfalls die Zwangsveräußerung einer der beiden Beteiligungen vor. Insofern gilt Vorstehendes entsprechend. Ferner ist zweifelhaft, ob, wie die Kommission meint, die Anteilsrechte nach einem Aktiensplitt insgesamt an Wert gewinnen, da sich die Bonität einer neuen Netzgesellschaft nach ihrer Ausgründung nicht zwangsläufig erhöht.

---

<sup>1</sup> Koordination: Prof. Dr. *Geert Brunekreeft* (Jacobs University Bremen / Bremer Energie Institut); weitere beteiligte Hochschulen sind neben der Ruhr-Universität die Technische Universität Delft, die Universität Tilburg und die Wirtschaftsuniversität Wien. Gefördert wird die Studie durch die Stiftung *Next Generation Infrastructures*, Delft, u.a. – Nähere Informationen unter [www.unecom.de](http://www.unecom.de)

<sup>2</sup> „Der Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“.

(4) Erachtet man, unter Zurückstellung erheblicher Zweifel, die vorgenannten Entflechtungsvarianten als europa- wie grundgesetzlich gerechtfertigt, blieben, sofern sich im Zuge eines Zwangsverkaufs nicht der Verkehrswert erzielen lässt<sup>3</sup>, **Ausgleichs- bzw. Entschädigungspflichten**. Ist die Eigentumsentflechtung unmittelbar EU-rechtlich gefordert und kann der nationale Gesetzgeber nicht auch weniger eingriffsintensive resp. entschädigungsfreie Gestaltungsoptionen (z.B. das „*Effective and Efficient Unbundling*“) wählen, ist der Ausgleich durch die Union, anderenfalls seitens der Mitgliedstaaten zu leisten. Im Fall eines Wahl- oder Gestaltungsrechts wäre freilich der deutsche Gesetzgeber aufgrund der grundgesetzlichen Pflicht zur schonenden Umsetzung von EU-Richtlinien gehalten, weniger eingriffsintensive und mithin letztlich nicht entschädigungspflichtige Entflechtungsvarianten zu realisieren.

(5) Die rechtliche Bewertung des als Alternative zur Eigentumsentflechtung, evtl. mittels Aktiensplitt, vorgeschlagenen Modells des **Unabhängigen Netzbetreibers** (ISO) hängt zunächst davon ab, in welchem konkreten Umfang beim Verbleib des *Netzeigentums* im integrierten Unternehmen diesem die Nutzung desselben genommen wird. Erhielte es, wie nach den Vorstellungen der EU-Kommission womöglich der Fall, nur noch einen festgesetzten Betrag für die Bereitstellung „seines“ Netzes und wären insbesondere Unterhalts- und Investitionsentscheidungen allein vom Netzbetreiber zu treffen („*deep*“ ISO), würde das ursprüngliche *Netzeigentum* weitestgehend entleert, was wiederum dem EU- wie dem grundgesetzlichen Eigentumsschutz zuwiderliefe. Allerdings sind durchaus weniger einschneidende Ausgestaltungen eines „Unabhängigen Netzbetreibers“ vorstellbar. Genauer zu prüfen wäre freilich, ob und inwieweit ein abgeschwächtes ISO-Modell überhaupt Vorzüge gegenüber dem bereits bestehenden gesellschaftsrechtlichen, operationellen, informationellen und buchhalterischen Entflechtung nebst intensiver Netz- bzw. Anreizregulierung mit sich bringt.

(6) Der u.a. von Deutschland und Frankreich unterbreitete Kompromissvorschlag des „***Effective and Efficient Unbundling (EEU)***“ führte aus gesellschaftsrechtlichen Gründen aller Voraussicht nach nicht zur anvisierten strukturellen Unabhängigkeit der weiterhin vertikal integrierten Netzgesellschaft. Hingewiesen sei insofern auch auf die Probleme bei Schaffung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) sowie die zwischen Anhängern des (angelsächsischen) *Single-tier*- und des *Two-tier*-Modells geführte Diskussion um adäquate *Corporate Governance*. Die verstärkte Einbeziehung der Regulierungsbehörde in die Unternehmenspolitik des Netzbetreibers (bspw. Zustimmung zur Ernennung des Vorstandes) verlangt dieser ihr untypische unternehmerische (Mit-)

---

<sup>3</sup> Nur am Rande sei hier auf hoch kontroverse Auffassungen zur Bemessung des adäquaten Übernahmepreises für Energienetze verwiesen.

Entscheidungen ab. Zudem erhöht sich mit der Zeit die Gefahr des kollusiven Zusammenwirkens.

## II. Rechts- und Systemvergleich

(7) Die **EU-Kommission** beruft sich zur Abstützung ihres Vorschlags mehrfach auf vermeintlich erfolgreiche Eigentumsentflechtungen bzw. Unabhängige Netzbetreiber in anderen EU-Staaten. Die dazu bei der Kommission verfügbaren, d.h. öffentlich zugänglichen **Fakten** sind allerdings **wenig aussagekräftig** und zum Teil widersprüchlich oder sogar unzutreffend. Erst recht sind sie nicht geeignet, einen implizit behaupteten kausalen Zusammenhang zwischen der weiteren Entflechtung von Energienetzen und einem nachhaltiger funktionierenden Energiewettbewerb bzw. einem Mehr an Netzsicherheit durch entsprechend gesteigerte Investitionen des unabhängigen Netzbetreibers herzu-leiten. Ein näherer Blick auf ausgewählte ausländische Energienetzregime stellt zudem bereits die Vergleichbarkeit mit der speziellen Situation in Deutschland in Frage:

(8) In **Großbritannien** wurde 1986 der *staatliche* Gasversorger zunächst als vertikal integriertes Unternehmen (*British Gas plc*) privatisiert, ehe 10 Jahre später die Öffnung des britischen Gasmarktes erfolgte. Die Ausgliederung des späteren Gasnetzbetreibers *Lattice*, die schließlich in der börsennotierten *National Grid* aufging, vollzog sich nur schrittweise und eigentumsrechtlich erst im Jahre 2002 – sowie vor allem mittels *freiwilliger* und maßgeblich auf betriebswirtschaftliche Gründe gestützter *unternehmerischer* Entscheidung. Eine gesetzliche Pflicht zur Eigentumsentflechtung besteht nicht; faktisch erscheint jedoch eine Reintegration durch die Regulierungsbehörde OFGEM aufgrund ihrer kartellrechtlichen und Lizenzierungskompetenzen ausgeschlossen. Im Stromsektor fielen 1989 Privatisierung, Marktöffnung und Eigentumsentflechtung zusammen; letztere wurde dadurch begünstigt, dass die (Übertragungs-) Netzsparte schon im staatlichen *Central Electricity Board* verselbständigt war und als „Strompool“ funktionierte. Auch hier übertrugen indes die ebenfalls privatisierten 12 Regionalversorger (*Regional Electricity Boards, RECs*) ihre Netze zunächst *freiwillig* und gegen Zuteilung von Anteilsrechten an *National Grid*, ehe die von den *RECs* gebildete Holding 1995 an die Börse geführt wurde und *National Grid* seitdem der alleinige Stromübertragungsnetzbetreiber in England und Wales ist. Die *Stromverteilnetze* verblieben hingegen bei den vertikal integrierten Regionalversorgern, die bis heute z.T. noch nicht einmal rechtlich entflochten sind.

(9) Speziell liegen die Dinge in **Schottland**: Dort existieren weiterhin zwei vertikal integrierte private Stromversorger, deren Übertragungsnetze indes eigenverantwortlich von *National Grid* betrieben werden. Mit dem „*deep*“ ISO nach dem Vorschlag der EU-

Kommission ist dieses System nur bedingt vergleichbar, weil *National Grid* gegen die Netzeigentümer keine Investitionsentscheidungen durchsetzen kann.

(10) Britische Experten führen die günstigen Energiepreise ihres Landes nicht primär auf die eigentumsentflochtene Struktur der Energiewirtschaft, sondern eher auf **günstige Begleitumstände** wie die Insellage des britischen Strom- und Gasmarktes, die erst jetzt langsam zu Ende gehenden eigenen Rohstoffreserven und den günstigen Kraftwerkemix mit preiswerter Wasser-, Gas- und Atomkraft zurück. Ein signifikanter Anstieg der Investitionen jedenfalls in die Gasleitungsnetze sei – anders liegen die Dinge wohl im Stromsektor – nicht auszumachen; seit den 90er Jahren soll es sogar zu einem deutlichen Rückgang der Investitionen trotz steigender Gasnachfrage gekommen sein.

(11) In den **Niederlanden** befindet sich das Gastransportnetz – nach *freiwilliger* Desintegration der vormals gemischt-wirtschaftlichen *Gasunie* und Abstandszahlung von 2,78 Mrd. Euro an *Shell* und *ExxonMobil* – heute in staatlicher Hand. Gleiches gilt seit 1999 für das Stromübertragungsnetz, nachdem die staatliche *TenneT TSO B.V.* an die Stelle der vormaligen Netzkooperative *S.E.P.* der Gemeinden und Provinzen trat. Dies geschah unter dem Druck der öffentlichen Meinung und angesichts des einsetzenden Verkaufs der vertikal integrierten Gemeinde- und Provinzversorgern an ausländische Investoren. Entsprechendes gilt für die nunmehr anstehende und, soweit ersichtlich, EU-weit einmalige Eigentumsentflechtung der Gas- und Stromverteilernetze. Das „Entflechtungsgesetz“ (*splitsings wet*) vom 21. November 2006 verbietet mit zweieinhalbjähriger Übergangszeit ab dem 1. Juli 2008 die Zugehörigkeit von Netz- zu sonstigen Energieunternehmen (Gruppenverbot). Als Leitmotiv genannt wird zwar die Notwendigkeit eines völlig unabhängigen Netzbetriebs. Auch dieses Gesetz ist jedoch Folge der „Privatisierungsphobie“ – mit der Konsequenz, dass nach Ergänzungen des Elektrizitäts- und des Gasgesetzes die ausgegründeten Netzgesellschaften (im Gegensatz zu den Erzeugungs- und Vertriebsparten) zwingend in Händen der Gemeinden und Provinzen zu verbleiben haben.

(12) Die im Forschungsprojekt UNECOM des Weiteren angestellten Untersuchungen zur Netzorganisation etwa in **Spanien**, der **Schweiz** (*Swissgrid*) sowie in den **USA** und **Neuseeland** führen zu ähnlich divergierenden Ergebnissen und sind ihrerseits nicht geeignet, einen kausalen Zusammenhang zwischen eigentumsrechtlicher Netzentflechtung und wirksamerem Energiewettbewerb bzw. einem Mehr an Netzinvestitionen resp. Netzsicherheit hinreichend zu untermauern. Bezüglich der weiterhin vertikal integrierten sowie mehrheitlich staatseigenen Energiewirtschaft in **Frankreich** ist, wie schon im Fall der Niederlande, auf den quasi-hoheitlichen Charakter gerade der Versorgungsnetze (auch im Telekommunikations- und Eisenbahnsektor) zu verweisen; einer Privatisierung bzw. Veräußerung der Strom- und Gasnetze stehen am Konzept des *Service public*

(national) orientierte Verfassungspostulate im Wege. Soweit das neue Richtlinien-Paket diesen staatszentrierten Besonderheiten Rechnung tragen will, indem es Eigentumsentflechtung oder ISO auch innerhalb der öffentlichen Hand (etwa mittels Zuständigkeit verschiedener Ministerien) zulässt, drohen Ungleichbehandlungen der zur Übertragung an „völlig“ unabhängige Dritte gezwungenen privaten Netzbetreiber z.B. in Deutschland.

### III. Wirtschaftswissenschaftliche Bewertung (Prof. G. Brunekreeft, Bremen)

Im Rahmen des Forschungsprojekts „Unbundling of Energy Companies“ wurde eine quantitative Beurteilung einer Eigentumsentflechtung der deutschen Energieübertragungsnetzbetreiber durchgeführt. Dabei werden die denkbaren und vielfältigen Effekte einer Eigentumstrennung in einer Gesamtbilanz analysiert und auf ihre Auswirkungen für die Gesamtwohlfahrt überprüft. Erste vorläufige Ergebnisse ergeben folgendes Bild:

(13) Es ist nicht von vornherein auszuschließen, dass die Nutzen einer Eigentumstrennung deren Kosten übersteigen. Unter normalen Umständen fällt allerdings der gesamtwirtschaftliche Nutzen eher gering aus. Insbesondere sind die weit reichenden Annahmen der Europäischen Kommission zu einem möglichen Nutzen (vgl. Impact Assessment) als unrealistisch einzustufen. In der Gesamtbeurteilung hängt viel davon ab wie die Kosten einer Entflechtung eingestuft werden. Da die funktionale Entflechtung indes schon weit vorangeschritten ist, dürften sich die zusätzlichen Kosten der Eigentumsentflechtung eher in Grenzen halten.

(14) Einen wesentlichen Einfluss auf die Wettbewerbsintensität hat die bundesweit verfügbare Kraftwerkskapazität. Ist diese gering, können Entflechtungseffekte erheblich sein – falls man annimmt, dass eine Netzentflechtung überhaupt positive Signale für einen schnelleren und umfassenderen Ausbau der Netze mit sich bringt. Letzteres ist nicht ohne Weiteres der Fall. Steht dagegen ausreichende Erzeugungskapazität zur Verfügung, ist der Effekt einer Eigentumsentflechtung gering. In keinem Fall bildet die Eigentumsentflechtung einen Ausweg aus der drohenden Kapazitätslücke.

(15) Die von der EU-Kommission erhofften Auswirkungen zugunsten des Ausbaus der Grenzkuppelstellen (Interkonnektoren) fallen überraschend gering aus. Erforderliche Netzinvestitionen werden effektiver etwa mit einem (weiteren) Infrastrukturbeschleunigungsgesetz o.ä. angegangen.

### IV. Netztechnische Bewertung

(16) Aus Sicht der Energie- und Netztechnik wird zunehmend vor einer weiteren Desintegration insbesondere der Elektrizitätsnetze gewarnt und auf die deutliche Tendenz zur weiteren **Dezentralisierung der Stromerzeugung** infolge vor allem des massiven

Ausbaus der Nutzung erneuerbarer Energien verwiesen. Während die Kommission offenbar ihren Entflechtungsvorschlag auch insoweit für nutzbringend hält, wird zu bedenken gegeben, dass mit dem Voranschreiten der dezentralen Stromproduktion die erforderliche Koordination zwischen den verschiedenen Erzeugungsebenen und dem Netzbetrieb deutlich zunimmt. Weitere Netzentflechtungen liefen diesen technischen Notwendigkeiten zuwider und verhinderten wünschenswerte Synergien bei der Entwicklung innovativer und umweltschonender Technologien (Stichworte: „virtuelle Kraftwerke“; Interaktivität von Energienetzen; Verbindung von Energie- und Datenleitungen).

## **B. Eine europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER)?**

(17) Die neu zu errichtende Agentur soll im Wesentlichen die durchaus erforderliche „Kooperation“ zwischen nationalen Regulierungsbehörden fördern und ist insofern als grundsätzlich *beratende* Instanz angelegt. Zudem sollen ihr hinsichtlich spezieller Aspekte gerade des grenzüberschreitenden Energiehandels und Leitungsbaus eigene Entscheidungsbefugnisse zustehen (vgl. insbes. Art. 7 Nr. 7 und Art. 8 Nr. 1 des VO-Entwurfs zur ACER, KOM[2007] 530). Eine eigentliche EU-Regulierungsbehörde ist demnach nicht beabsichtigt. Umso mehr gibt es, aus Gründen u.a. der demokratischen Legitimation sowie der Kontrolle durch Rat und Parlament, zu denken, dass der Agentur nach von der Kommission im Komitologieverfahren zu erlassenden Leitlinien **zahlreiche zusätzliche Anordnungsbefugnisse** übertragen werden können bzw. sollen. Die in den einzelnen Legislativentwürfen dazu enthaltenen, insgesamt 58 Ermächtigungen – hinzukommen etliche neue Meldepflichten – sind **thematisch ausgesprochen weit gefasst oder unbestimmt** formuliert (s. z.B. Art. 22c Abs. 14 Entwurf Strom-RL). Schwerwiegende Übergriffe in bis dato bestehende Regulierungs-, Planungs- und Organisationshoheiten erscheinen damit vorprogrammiert, was auch unter Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsaspekten fragwürdig ist – und dringender Nachbesserung resp. Reduktion bedarf, wie sie inzwischen auch im Ministerrat und vom Bundesrat gefordert wird.

(18) Nicht weniger schwerwiegende Rechtsfragen ergeben sich bezüglich der wenig transparenten **Binnenorganisation** der ACER und der recht rudimentären Ausgestaltung des **Rechtsschutzes** gegenüber originären wie übertragenen Entscheidungen dieser „Behörde“.

(19) Dieser Befund bestätigt einmal mehr die namentlich in der deutschen Rechtswissenschaft seit längerem geführte Kritik gegenüber der sukzessiven Herausbildung recht **diffuser „Zwischenebenen“ der europäischen Exekutive**, die womöglich angelsächsischen Vorbildern (*agencies*) entspringen, jedoch mit kontinental-europäischen Überzeugungen von Rechts- und Demokratiestaatlichkeit wenig gemein haben.