

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Vorschlag der EU-Kommission für ein drittes Binnenmarktpaket Strom und Gas

Betr.: Öffentliche Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages zum dritten EU-Binnenmarktpaket Strom und Gas am 09. April 2008 in Berlin

Kernaussagen

1. Grundvoraussetzung für funktionierenden Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten ist neben der effektiven Regulierung der Energieversorgungsnetze eine effektive Wettbewerbsaufsicht über die den Netzen vor- und nachgelagerten Wettbewerbsbereiche der Erzeugung bzw. Förderung und des Vertriebs von Energie. In Deutschland hat sich die diesbezügliche **Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundesnetzagentur (Netzregulierung, EnWG) und Kartellbehörden (Wettbewerbsaufsicht, GWB) bewährt** und darf durch Vorgaben des dritten Binnenmarktpakets nicht verändert werden.
2. Gegenüber den Optionen der eigentumsrechtlichen Entflechtung und dem Modell des unabhängigen Netzbetreibers erscheint für Deutschland zunächst eine **Weiterentwicklung der rechtlichen Entflechtung** ausreichend. Eine verschärfte rechtliche Entflechtung muss durch eine seriöse Evaluierung der Wirkungen der rechtlichen Entflechtung begleitet werden, um einen eventuellen späteren Nachbesserungsbedarf fundiert legitimieren zu können.
3. Zur Reduzierung der hohen Marktkonzentration sollte auch über die Schaffung der **Rechtsgrundlagen für Entflechtungsmaßnahmen** auf der Ebene der Stromerzeugung und der Vertriebsebene nachgedacht werden.

I. Wettbewerbspolitische Erforderlichkeit einer Regulierung der Energieversorgungsnetze

- Die Erörterung des dritten Binnenmarktpakets der EU-Kommission geht von der Notwendigkeit einer staatlichen Regulierung der Energieversorgungsnetze aus. Die Notwendigkeit der Regulierung der Energieversorgungsnetze als natürliche Monopole ist unbestritten:
 - Der Zugang zu den Energieversorgungsnetzen ist wesentlich für funktionsfähigen Wettbewerb auf den den Netzen vor- und nachgelagerten Märkten der Erzeugung bzw. Förderung von und des Handels mit Energie, weshalb ein Netzzugang für Dritte durch eine gesetzliche Regulierung gewährleistet sein muss. Diese umfasst gegenwärtig zum einen eine **regulatorische Kontrolle der Netzentgelte**, deren Gestaltung dem etablierten Energieversorger erfahrungsgemäß ein besonders großes Missbrauchspotential eröffnet, und zum anderen die Gewährleistung eines **behinderungs- und diskriminierungsfreien Netzzugangs** im Übrigen. In einigen Bereichen sind durch regulatorische Vorgaben überhaupt erst die Voraussetzungen für einen massengeschäftstauglichen Netzzugang herzustellen, wie z.B. im Gassektor.
 - Um wirkungsvoll sein zu können, setzt der gegenwärtige Regulierungsrahmen mit der gesellschaftsrechtlichen, buchhalterischen und informationellen Entflechtung im Grundsatz auch die **Trennung der Netze von den anderen Wertschöpfungsstufen** der Energiewirtschaft (Erzeugung bzw. Förderung, Vertrieb) voraus.
- Die Regulierung der Energieversorgungsnetze ist daher zentraler Aspekt bei der Schaffung funktionierenden Wettbewerbs im Strom- und Gassektor auf den den Netzen vor- und nachgelagerten Erzeugungs- und Vertriebssebenen. Die bereits 1998 erfolgte Liberalisierung des Strom- und Gassektors wurde allerdings erst vergleichsweise spät durch einen Regulierungsrahmen flankiert. Der energiewirtschaftsrechtliche Rahmen hatte 1998 zunächst auf die beschriebene Regulierung der Energieversorgungsnetze verzichtet und vornehmlich auf eine Selbstregulierung der Marktkräfte vertraut.

Die Grundlagen der **funktionalen und gesellschaftsrechtlichen Entflechtung** und deren Überwachung durch nationale Regulierungsbehörden wurden erst später in der EU-Elektrizitäts- und der EU-Gasrichtlinie 2003¹ eingeführt, die im EnWG 2005 umgesetzt wurden. In diesem Rahmen können die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gegenwärtig sowohl im Bereich der Energieerzeugung, im Bereich des Verkaufens von Energie (Vertrieb von bzw. Handel mit Strom oder Gas) und im Bereich des Transportsnetzes unter einem Dach tätig sein.

Die EU-Kommission geht nunmehr in ihrem dritten Binnenmarktpaket davon aus, dass die gesellschaftsrechtliche Entflechtung noch immer nicht hinreichend ist, um funktionsfähige Strom- und Gasmärkte effektiv zu gewährleisten und will daher Verschärfungen insbesondere bei der Netzentflechtung durchsetzen. Mit dem E.ON-Konzern hat zwischenzeitlich das größte deutsche Energieversorgungsunternehmen der EU-Kommission gegenüber angeboten, auf freiwilliger Basis das Eigentum an seinem Übertragungsnetz abzugeben.²

Es stellt sich vor diesem Hintergrund für das Bundeskartellamt als Wettbewerbsbehörde die Frage, **welche Formen der Entflechtung aus wettbewerbspolitischer Sicht vorzugswürdig** sind und wie eine effektive Abgrenzung der unterschiedlichen Aufgabenbereiche von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörde sinnvoll möglich ist.

II. Das dritte Binnenmarktpaket im Geflecht der Liberalisierung des Strom- und Gassektors

- Aus Sicht der EU-Kommission stellt sich das dritte Binnenmarktpaket als ein weiterer notwendiger Schritt zur Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte dar. Um diese Intention besser verstehen und würdigen zu können, ist ein kurzer Überblick über die bisherigen Liberalisierungsschritte notwendig:

¹ Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt. Im Folgenden: EU-Elektrizitätsrichtlinie bzw. EU-Gasrichtlinie.

- Die **Liberalisierung** des Strom- und Gassektors **läuft auf EU-Ebene** bereits **seit 10 Jahren**, um effektiven grenzüberschreitenden Wettbewerb zu ermöglichen. Eine von Mitte 2005 bis Ende 2006 durchgeführte **Sektoruntersuchung** der EU-Kommission ergab allerdings, dass nach wie vor erhebliche strukturelle Hindernisse für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Strom- und Gasbereich bestehen und grenzüberschreitende europaweite Märkte noch immer nicht existieren.
- Die **Hauptprobleme** liegen vor allem im Bereich der hohen Marktkonzentration und -integration, im als unzureichend empfundenen Stand der Entflechtung von Netz und Vertrieb und entsprechendem Behinderungspotential vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen, Engpässen im Bereich der Übertragungsnetze sowie vor allem unzureichenden Kapazitäten der für den grenzüberschreitenden Strom- und Gastransport erforderlichen Grenzkuppelstellen.
- Nach Auswertung des Endberichts der Sektoruntersuchung und von der EU-Kommission veranlasster Studien zu den Strom- und Gasmärkten, ist die EU-Kommission mit dem vorliegenden Vorschlag für ein drittes Binnenmarktpaket zu der Ansicht gelangt, dass das bisherige Regulierungsregime nicht ausreichend ist.
- Das **dritte Binnenmarktpaket** zielt auf
 - Stärkung der Befugnisse und der **Unabhängigkeit der nationalen Regulatoren**.
 - Schaffung einer **Europäischen Agentur für eine Zusammenarbeit der Energieregulatoren**.
 - Effektive **Trennung von Vertriebs- und Erzeugungsaktivitäten** einerseits und Übertragungs-/Fernleitungsnetzaktivitäten andererseits.

² Flankiert wird dieser Vorschlag außerdem von dem Angebot, Stromerzeugungskapazitäten im Umfang von 4800 MW abzugeben. Beide Zusagenangebote betreffen die kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren der EU-Kommission COMP 39.388 und COMP 39.389.

- Verbesserung der Marktfunktion durch **erleichterten Zugang zu Schlüsselinfrastrukturen** für Dritte und erhöhte **Transparenz im Markt**.
 - Effizientere **Zusammenarbeit zwischen Übertragungs-/ Fernleitungsnetzbetreibern**.
 - Verbesserung der Rahmenbedingungen für Solidaritätsvereinbarungen zwischen Mitgliedstaaten zur **Gewährleistung der Versorgungssicherheit**.
- **Wesentlicher Aspekt** des dritten Binnenmarktpakets ist die Verschärfung der Entflechtungsvorschriften für die Trennung von Übertragungs-/Fernleitungsnetzen zum einen und Energieerzeugung bzw. -vertrieb zum anderen, für die unter anderem die EU-Elektrizitäts- und die EU-Gasrichtlinie (RL 2003/54/EG bzw. 2003/55/EG) geändert werden sollen. Die Vorschläge sehen zum einen das Modell der **eigentumsrechtlichen Entflechtung der Übertragungs-/Fernleitungsnetze** vor, das sogenannte ownership unbundling (OU). Dies beinhaltet die Trennung von Übertragungsnetzen und Erzeugungs- sowie Vertriebssebene, d.h. Netz und Vertriebssebene sollen nicht mehr dem gleichen Eigentümer gehören dürfen. Dieses Modell der Übertragungs-/Fernleitungsnetzentflechtung **favorisiert die EU-Kommission**.

Als **zweite Option** sieht der Vorschlag der EU-Kommission unter bestimmten Voraussetzungen die Einführung eines **Systems unabhängiger Netzbetreiber** (Independent System Operator – ISO) vor. Wenn eine eigentumsrechtliche Trennung in einzelnen Mitgliedstaaten nicht möglich ist, soll der Mitgliedstaat danach eine Ausnahme von dieser Regelung vorsehen können und dafür sorgen, dass ein unabhängiger Netzbetreiber auf Vorschlag des Übertragungsnetzeigentümers nach Zustimmung der Kommission ernannt wird. Die Überwachung sowohl des unabhängigen Netzbetreibers als auch des Netzeigentümers obliegt im wesentlichen den jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden. Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden sollen die notwendigen Befugnisse erhalten, um in Zusammenarbeit mit den Regulierungsbehörden die Einhaltung der Verpflichtungen des Netzeigentümers im Rahmen der

Durchführung des Netzbetriebs durch den unabhängigen Netzbetreiber zu überwachen.

III. Differenziertes Aufgabenspektrum von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden als Grundvoraussetzung der Liberalisierung

- **Grundvoraussetzung** für funktionsfähige Strom- und Gasmärkte ist neben einer wirkungsvollen **Regulierung der Netzebene** die wirkungsvolle **Wettbewerbsaufsicht über die den Versorgungsnetzen vor- und nachgelagerten Wettbewerbsbereiche** (Erzeugung bzw. Förderung von und Handel mit Strom und/oder Gas). In diesem Sinne besteht ein qualifiziertes Kooperationserfordernis zwischen der Regulierung und der Wettbewerbsaufsicht: Ohne missbrauchsfreien Netzzugang kein funktionierender Wettbewerb in den vor- und nachgelagerten Märkten, ohne effektive Wettbewerbsaufsicht laufen die Regulierungsbemühungen leer.
- Dennoch verfolgen beide Bereiche **unterschiedliche Zwecke**: Regulierung bezweckt die Gewährleistung eines sektorspezifischen Monopolverwaltungsregimes, insbesondere durch Vorab-Genehmigung von Netzentgelten und durch Regelung von Geschäftsabläufen, zur Herstellung eines quasi-wettbewerblichen Marktergebnisses, während die Wettbewerbsaufsicht mit den Mitteln des Kartellrechts Gefahren und Störungen des Wettbewerbsprozesses beseitigt, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als solchem sicherzustellen, insbesondere durch präventive Zusammenschlusskontrolle und die Bekämpfung von Kartellen und Missbräuchen.
- Aus den Regelungen der mit dem dritten Binnenmarktpaket vorgelegten Entwürfe zur Änderung der EU-Elektrizitäts- und der EU-Gasrichtlinie muss sich zweifelsfrei ergeben, dass in Deutschland die im EnWG und im GWB getroffene **Zuständigkeitszuordnung** einerseits für den regulierten Netzbereich und andererseits für die Wettbewerbsbereiche nicht geändert werden muss. Formulierungen zum Katalog der Befugnisse der Regulierungsbehörden in den Änderungsvorschlägen zu den EU-Richtlinien lassen sich aber dahin lesen, dass den Regulierungsbehörden Befugnisse in Bereichen einzuräumen sind,

die nach deutschem Verständnis in den originären Kompetenzbereich der Wettbewerbsbehörden fallen.

- So lassen Formulierungen der Textentwürfe zu Art. 22c Abs. 3 S. 2 lit.b) Elektrizitäts-Richtlinie bzw. Art. 24c Abs. 3 S. 2 lit. b) Gas-Richtlinie die Auslegung möglich erscheinen, dass Regulierungsbehörden „unter anderem“ in Fällen, in denen nicht gegen Wettbewerbsrecht verstoßen wird, auch Maßnahmen in den den Energieversorgungsnetzen vor- und nachgelagerten Wettbewerbsmärkten treffen können sollen, um wirksamen Wettbewerb zu fördern und das ordnungsgemäße Funktionieren des Marktes zu gewährleisten, einschließlich sogenannter **Energie-Freigabe-Programme**.

Hier sind aus Gründen der Rechtssicherheit Korrekturen geboten, um sicherzustellen, dass in den Mitgliedstaaten bestehende Zuständigkeitsordnungen nicht tangiert werden und in Deutschland die bewährte Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur erhalten bleibt.

Auch ist bei einer späteren Umsetzung des dritten Binnenmarktpakets auf die dem deutschen Recht immanente Zuständigkeitsverteilung zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden zu achten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln des Art. 82 EGV (vgl. die Textentwürfe zu Art. 22c Abs. 9 Elektrizitäts-Richtlinie bzw. Art. 24c Abs. 9 Gas-Richtlinie).

IV. Vor- und Nachteile sowie Alternativen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Übertragungsnetze

- Die im dritten Binnenmarktpaket vorgeschlagenen Entflechtungsregelungen für die Übertragungs-/Fernleitungsnetzebene sind aus wettbewerbspolitischer Sicht differenziert zu bewerten. Zwar lassen sich durchaus Vorteile feststellen. Diesen stehen aber unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände in Deutschland eine Reihe erheblicher Risiken gegenüber.

1.) Mögliche Vorteile einer eigentumsrechtlichen Entflechtung

- Grundsätzlich gilt die **Entflechtung als Instrument einer aktiven Wettbewerbspolitik**. Erfahrungen mit Entflechtungen im Ausland, so in den USA oder in Europa, lassen – generell betrachtet – den Schluss zu, dass die Entflechtung ein anerkanntes Instrument zur Beseitigung strukturell bedingter Wettbewerbshindernisse durch marktbeherrschende Unternehmen auf erstarrten Märkten ist. Insbesondere kann eine vertikale Entflechtung entlang einer Wertschöpfungskette **Behinderungs- bzw. Diskriminierungspotential ausschalten** und daher ein geeignetes Mittel sein, um Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen zu fördern und dementsprechend die entsprechenden Marktergebnisse zu verbessern.
- Auch sind die Möglichkeiten der Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, mit den Mitteln der Missbrauchsaufsicht die netzbezogenen Wettbewerbshindernisse zu beseitigen, begrenzt und können eine Trennung von Netz und Vertrieb bzw. Erzeugung/Förderung andererseits nicht ersetzen. Insbesondere das kartellrechtliche Instrument der besonderen Preishöhenmissbrauchsaufsicht für den Strom- und Gassektor in Gestalt des § 29 GWB kann strukturelle Maßnahmen keinesfalls ersetzen, sondern sie allenfalls punktuell ergänzen.
- **Theoretisch** lässt sich daher die von der EU-Kommission favorisierte Option der eigentumsrechtlichen Entflechtung der Übertragungs-/ Fernleitungsnetze als ein **geeignetes Mittel** einstufen, um eine der Ursachen für den nicht funktionierenden Wettbewerb auf den Energiemärkten zu beheben. Sie beinhaltet eine saubere Trennung von Netz und Erzeugung/Vertrieb und unterbindet ggf. verbleibende Unsicherheiten einer funktionalen und rechtlichen Entflechtung. Insbesondere wäre ein behinderungs- und diskriminierungsfreier Netzzugang Dritter gewährleistet und könnte effektiv wahrgenommen werden, ohne dass das Risiko einer Bevorzugung der Vertriebssparte in integrierten Versorgungskonzernen bestünde.

- Eine eigentumsrechtliche Entflechtung ließe zudem die Notwendigkeit weitergehender Regulierungsvorgaben gegenüber den vertikal integrierten Unternehmen entfallen wie sie beispielsweise bei einem System unabhängiger Netzbetreiber erforderlich wären, um die Einhaltung der Pflichten des Netzbetreibers und der Pflichten im Verhältnis Netzeigentümer-Netzbetreiber sicherzustellen (-> **geringere Regulierungskosten durch effektive Netzregulierung**).
- Eine eigentumsrechtliche Entflechtung könnte auch mögliche **netz- oder grenzüberschreitende Kooperationen** der Netzbetreiber erleichtern, ohne dass kartellrechtliche Bedenken im Hinblick auf wettbewerbsschädliche Rückwirkungen auf die Vertriebs-/Versorgungssparte integrierter Konzerne entstünden (so gen. negative Gruppeneffekte).

2.) Nachteile einer eigentumsrechtlichen Entflechtung

- Den Vorteilen steht – auch im Hinblick auf die **spezielle Situation in Deutschland** – eine Reihe von Nachteilen gegenüber. Die eigentumsrechtliche Entflechtung ist eine komplexe Angelegenheit von erheblicher Grundrechtsrelevanz für die betroffenen Unternehmen und – unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit – auch für die Energieverbraucher.
- Eine zwangsweise angeordnete eigentumsrechtliche Entflechtung stellt ebenso wie die Abtrennung des bloßen Netzbetriebs jedenfalls in Deutschland wegen der zu einem nicht unerheblichen Teil in privater Hand organisierten Übertragungs-/ Fernleitungsnetzebene einen gravierenden **Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Eigentums- und Unternehmerfreiheit** dar.
- Eine **zwangsweise eigentumsrechtliche Entflechtung** der Übertragungs-/ Fernleitungsnetze birgt daher das Risiko langwieriger, streitiger Gesetzgebungsverfahren auf EU-Ebene und anschließend **gerichtlicher Auseinandersetzungen** auf nationaler Ebene. Dem Liberalisierungsziel, der Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, wäre damit auf absehbare Zeit nicht gedient. Zu diesem Ergebnis gelangt auch die Monopolkommission in ihrem

Sondergutachten „Strom und Gas 2007“³. Lediglich soweit Energieversorgungsunternehmen auf freiwilliger Basis das Eigentum an ihrem Netz abgeben wollen, wie jetzt vom E.ON-Konzern angeboten, entfallen diese Schwierigkeiten.

- Es ist insofern nicht seriös abschätzbar, ob der Eingriff in die unternehmerischen Freiheiten überhaupt rechtsstaatlichen Anforderungen an den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu entsprechen vermag. So fehlt es bislang an Untersuchungen dazu, ob die eigentumsrechtliche Entflechtung wirklich das mildeste geeignete Mittel zur Schaffung funktionsfähigen Wettbewerbs ist.
 - Die Umsetzung der **bisherigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben** in einzelnen Mitgliedstaaten ist erst **wenige Jahre alt**. So wurden die EU-Elektrizitäts- und die EU-Gasrichtlinie von 1998 im Jahr 2003 neu gefasst und in Deutschland erst im Jahre 2005 mit Inkrafttreten des EnWG umgesetzt. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, die **Wirksamkeit der geltenden rechtlichen Entflechtung erst einmal abzuwarten**, bevor überhaupt eine weitere Verschärfung der Entflechtungsvorschriften erfolgt.
 - Auch sind dabei die Wirkungen der künftigen **anreizorientierten Regulierung des Netzbetriebs** und die Überwachung der rechtlichen Entflechtung und Regulierung durch die Bundesnetzagentur zu berücksichtigen. Gerade die **Bundesnetzagentur** ist im übrigen bereits als eigenständige und unabhängige Regulierungsbehörde etabliert. Sie ist mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet und kommt dem im dritten Binnenmarktpaket vorgeschlagenen Modell einer unabhängigen Regulierungsbehörde zumindest schon sehr nahe.
- Das dritte Binnenmarktpaket weist im übrigen nicht nach, dass die dort speziell in bezug auf Netzinvestitionen geltend gemachten Vorteile einer eigentumsrechtlichen Entflechtung tatsächlich bestehen:
 - So mag eine eigentumsrechtliche Entflechtung idealerweise Anreize für Investitionen in die Netzinfrastruktur fördern, da Investitionsentschei-

³ S. Sondergutachten der Monopolkommission „Strom und Gas 2007 – Wettbewerbsdefizite und mögliche Regu-

dungen unabhängig von Interessen der Versorgungssparte in integrierten Versorgungskonzernen getroffen werden können. Dass demgegenüber vertikal integrierte Netzgesellschaften keinen Anreiz zur Entwicklung der Netze haben sollten (etwa um darüber den Neueintritt von Wettbewerbern auf der Erzeugungs- und Vertriebssebene zu behindern), lässt sich nicht unterstellen. Vielmehr haben im Ausgangspunkt auch integrierte Energieversorgungsunternehmen **ein wirtschaftliches Interesse an stabilen und ausgebauten Netzen**, um die von der eigenen Erzeugungssparte gelieferte Energie transportieren zu können.

- Bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung besteht ebenfalls das Risiko, dass eine im Vergleich zu vertikal integrierten Versorgungsunternehmen **kleinere Netzgesellschaft am Kapitalmarkt eine schlechtere Position** einnimmt und deswegen höhere Kapitalkosten zu tragen hat. Als Folge könnte der Investitionsanreiz der Netzgesellschaft niedriger sein als bei einem vertikal integrierten Unternehmen.
- Im Interesse der Versorgungssicherheit dringend notwendige Investitionen in Netzinfrastrukturen wie der Ausbau grenzüberschreitender Transportkapazitäten sowie Übertragungsnetzstrukturen zur Vermeidung von Kapazitätsengpässen **erfordern** daher ohnehin eine **effektive Anreizregulierung**.
- **Vor diesem Hintergrund bleibt also fraglich, ob sich ein positiver Zusammenhang zwischen der eigentumsrechtlichen Entflechtung und einem Anstieg der Investitionen in die Netzstrukturen herstellen lässt.** So ergab die Analyse der Folgenabschätzung der EU-Kommission zum dritten Binnenmarktpaket durch das BMWi im November 2007, dass Investitionsanstiege in Gasleitungen in Großbritannien nach Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Netzstrukturen in der Regel auf regulatorisches Eingreifen durch Vorgaben für Ersatzinvestitionen zurückzuführen sind.
- Zudem kann eine eigentumsrechtliche Entflechtung zu **höheren Transaktionskosten** führen, da internalisierte Transaktionen zukünftig über den Markt abgewickelt werden. Ebenso können mit einer eigentums-

rechtlichen Entflechtung hohe Restrukturierungs- und Reorganisationskosten verbunden sein.

- Die bereits im Binnenmarktpaket enthaltene Option eines Modells unabhängiger Netzbetreiber (ISO) sieht sich im Grundsatz letztlich denselben Bedenken ausgesetzt, die gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung sprechen. Bei diesem Modell kommt noch hinzu, dass das Verhältnis zwischen dem Netzeigentümer und dem unabhängigen Netzbetreiber reguliert werden muss, was zu einem zusätzlichen Regelungsaufwand und entsprechenden Kosten führen dürfte.

V. Alternativen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung

- Vor diesem Hintergrund haben verschiedene EU-Mitgliedstaaten, darunter Frankreich, Österreich und Deutschland, das **Modell der rechtlichen Entflechtung** fortentwickelt und als einen **dritten Weg** zur Modifikation der Netzentflechtung vorgeschlagen. Hiernach bedarf es nicht notwendigerweise einer eigentumsrechtlichen Entflechtung noch eines vom Netzeigner unabhängigen Netzbetreibers. Vielmehr kommt es maßgeblich auf den Zweck der effektiven und effizienten Entflechtungsordnung an. Gemessen an diesem Zweck soll die rechtliche Entflechtung als dritte Entflechtungsoption so ausgestaltet sein, dass die sachliche, finanzielle und personelle Unabhängigkeit der rechtlich von Erzeugung und Vertrieb zu trennenden Netzgesellschaften sichergestellt und von der Regulierungsbehörde überwacht wird.
- Zwar kann auch ein solches Modell der verschärften rechtlichen Entflechtung einen erheblichen Eingriff in die Eigentums- und Unternehmerfreiheiten der betroffenen Unternehmen darstellen. Gegenüber den Optionen der eigentumsrechtlichen Entflechtung und dem Modell des unabhängigen Netzbetreibers erscheint jedoch – zumindest für Deutschland – zunächst eine **Weiterentwicklung der rechtlichen Entflechtung** ausreichend, bevor über qualitative Verschärfungen der Entflechtung in Gestalt des OU bzw. des ISO nachzudenken ist. Eine solche Weiterentwicklung der rechtlichen Entflechtung wäre auch im Hinblick auf den geltenden gesellschaftsrechtlichen Entflechtungs-

rahmen konsequent, wenn schon seitens der EU-Kommission legislativer Nachbesserungsbedarf in so kurzer Zeit seit der letzten Reform 2003 reklamiert wird. Diese verschärfte rechtliche Entflechtung wäre durch eine seriöse Evaluierung der Wirkungen der rechtlichen Entflechtung zu begleiten, um später eventuellen Nachbesserungsbedarf fundiert legitimieren zu können. Gegenüber einer eigentumsrechtlichen Entflechtung präsentiert sich daher eine Weiterentwicklung der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung auf der Zeitschiene als ein milderer, aber gleichwohl geeigneter Weg.

- Der Vorschlag der EU-Kommission zur Verschärfung der Entflechtung der Übertragungs-/Fernleitungsnetze löst freilich nicht das Problem der **hohen Marktkonzentration auf der Stufe der Stromerzeugung**, das gerade für den deutschen Strommarkt von Bedeutung ist. Das Bundeskartellamt hat bislang festgestellt, dass der relevante Markt für den bundesweiten Absatz von Strom an große Kunden, auf dem Stadtwerke, große Industrieunternehmen und Energiehändler ihren Bedarf decken, von einem Erzeugeroligopol aus E.ON und RWE beherrscht wird.

Vor diesem Hintergrund wird in Deutschland gegenwärtig die **horizontale Entflechtung der Stromerzeugungsebene** gefordert, um unabhängige Erzeuger zu schaffen und damit das marktbeherrschende Oligopol aus E.ON und RWE aufzubrechen. Neben der bereits erwähnten Verschärfung der Entflechtung der Übertragungs-/Fernleitungsnetze betrifft dieser Vorschlag lediglich den Stromsektor. Hierzu sind die Gesetzesvorschläge aus dem Hause des hessischen Wirtschaftsministers Rhiel (BRats-Drs. 76/08 vom 29.01.2008) und der FDP-Bundestagsfraktion (BT-Drs. 16/8405 vom 05. März 2008) zu nennen. Sie beinhalten die **Ergänzung des GWB** um eine Befugnis zur Entflechtung von Unternehmen auf gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Märkten unter bestimmten Umständen und zielen auf die Zerschlagung der Stromerzeugungsebene (Zerschlagung der Verbundunternehmen durch horizontale Entflechtung im Bereich der Kraftwerke).

- Ein weiterer Aspekt der Entflechtungsdiskussion, der vor allem für Deutschland relevant ist, betrifft die Vertriebssebene der Stadtwerke. Jedenfalls in

Deutschland stellen die umfangreichen Beteiligungen der marktbeherrschenden Vorversorger an den deutschen Stadtwerken ein erhebliches strukturelles Problem dar.

- Nach Erkenntnissen des Bundeskartellamts verfügten allein RWE und E.ON bereits im Jahr 2004 über mehr als 270 Minderheitsbeteiligungen an Stadtwerken, die im Strom- und Gasbereich tätig sind. Zum weit überwiegenden Teil sind sie gleichzeitig Vorlieferant dieser Weiterverteiler.
- **Unabhängige starke Stadtwerke** können daher einen wichtigen Beitrag zur Belebung des Wettbewerbs auf der Vertriebssebene leisten. Die Beteiligungen marktbeherrschender Vorlieferanten, insbesondere der im Bereich der Stromerzeugung marktbeherrschenden Oligopolisten E.ON und RWE, behindern diesen Effekt. Zudem ist die hochgradige Verflechtung der marktbeherrschenden Vorlieferanten mit der Stadtwerksebene dazu geeignet, die jeweils relevanten Strom- und Gasmärkte gegenüber alternativen Lieferanten von Strom und Gas weiter abzuschotten. Die Vorversorger verfügen aufgrund ihrer Beteiligungen über Informationsvorteile, die es ihnen ermöglichen, Angebote alternativer Lieferanten mit besonders attraktiven Gegenangeboten auszubremesen. Die Entflechtung der Vertriebssebene wäre daher ein ergänzendes Mittel, die Konzentration auf den Strom- und Gasmärkten aufzubrechen.
- Das Bundeskartellamt hat sich zur Notwendigkeit der **Entflechtung der Stadtwerkebeteiligungen** entsprechend positiv geäußert und diesen Vorschlag überhaupt erst in die öffentliche Diskussion eingebracht. Wenn schon über die Entflechtung der Netze und auf der Stromerzeugerebene diskutiert wird, so kann auch die Vertriebssebene nicht ausgeblendet bleiben. Bei den Unternehmen, auf die dieser Vorschlag insbesondere zielt (E.ON und RWE), gibt es aber teilweise schon ein Nachdenken, über einen entsprechenden Strategiewechsel, der weg von der Beteiligung an Stadtwerken zur Absicherung des Strom-/Gasabsatzes hin zur Erzeugerebene geht. In diese Richtung weisen Überlegungen des E.ON-Konzerns über eine Veräußerung der E.ON-Stadtwerkeholding Thüga AG.