

PIELOW (Hrsg.)

Wege zum »echten« Energiebinnenmarkt

Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht
Band 52

Herausgegeben von Professor Dr. iur. Johann-Christian Pielow
Professor Dr. iur. Martin Burgi
Professor Dr. iur. Wolfram Cremer
Professor Dr. rer. oec. Helmut Karl
Professor Dr. iur. Andrea Lohse

Begründet von Professor Dr. iur. Uwe Hüffer
Professor Dr. iur. Dr. h. c. mult. Knut Ipsen
Professor Dr. iur. Peter J. Tettinger †

Institut für Berg- und Energierecht
der Ruhr-Universität-Bochum

Wege zum „echten“ Energiebinnenmarkt: Konsens im Ziel, Dissens über die Methoden

Dokumentation der Jahrestagung 2008
des Instituts für Berg- und Energierecht
am 21. Februar 2008

herausgegeben von
Professor Dr. iur. Johann-Christian Pielow



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTTGART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-415-04278-0

E-ISBN 978-3-415-05038-9

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2009

Scharstraße 2

70563 Stuttgart

www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de

Druck und Verarbeitung: Laupp & Göbel, Talstraße 14, 72147 Nehren

Inhalt

Vorwort	7
Wege zum Energiebinnenmarkt aus Sicht der EU-Kommission	9
<i>Dr. Christof Schoser, Brüssel</i>	
Gesteigerte Wettbewerbseffizienz durch kartellrechtliche Preiskontrolle	23
<i>Professor Dr. Wolfgang Löwer, Bonn</i>	
Diskussion	37
Struktur und Aufgaben der geplanten EU-Agentur für die Zusammen- arbeit der Energieregulierungsbehörden	39
<i>Professor Dr. Ulrich Ehricke, LL.M. (London), M.A, Köln</i>	
Diskussion	53
„Eigentumsentflechtung“, „ISO“ und „Aktiensplitt“ im Gefüge des europäischen Verfassungsverbundes	55
<i>Professor Dr. Stefan Storr, Graz</i>	
Wechsel des Eigentums und Investitionen auf nachgelagerten Märkten der britischen Gasversorgungsunternehmen in den Jahren 1985–2005	83
<i>Professor Philip Wright FEI, Sheffield</i>	
Diskussion	95
Die Vorschläge zum 3. Richtlinienpaket aus französischer Sicht I . . .	97
<i>Nicolas Bouley, Paris</i>	
Die Vorschläge zum 3. Richtlinienpaket aus französischer Sicht II . .	101
<i>Jacques-André Troesch, Paris</i>	
Netzverantwortung und Netzregulierung in der spanischen Energie- wirtschaft	107
<i>Professor Dr. Francisco de Borja López-Jurado Escribano, Pamplona</i>	
Abschlussdiskussion	119

Vorwort

Die Entwicklungen auf den europäischen Strom- und Gasmärkten lassen verbreiteter Auffassung nach weiterhin zu wünschen übrig. Insbesondere die Europäische Kommission hat, nach eingehenden Marktuntersuchungen, deshalb Nachbesserungsbedarf hinsichtlich des geltenden Regelungsrahmens, wie er bislang vor allem durch die sog. „Beschleunigungsrichtlinien“ von 2003 gebildet wird, angemeldet. Damit der Energiebinnenmarkt allen Verbrauchern gleichermaßen zugute kommt und um in der EU mehr Versorgungssicherheit, Wettbewerbsfähigkeit und Nachhaltigkeit zu erreichen, legte sie am 19. September 2007 den Entwurf für ein drittes Richtlinienpaket vor. Kernpunkte bilden die weitere und nach Ansicht der Kommission prioritäre „eigentumsrechtliche“ Trennung der Strom- und Gasübertragungsnetze (*Ownership Unbundling*) sowie spürbare Erleichterungen des grenzüberschreitenden Energiehandels, u. a. durch Schaffung einer Agentur für die Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Regulierungsbehörden.

Ob die von der Kommission unterbreiteten Wege tatsächlich zu einem „echten“ Energiebinnenmarkt führen, ist nicht erst seit Bekanntwerden des Kommissionsentwurfs unter Energieökonomern, -juristen und -technikern äußerst umstritten. Dies gilt ebenso für flankierende Maßnahmen in den Mitgliedstaaten, mit denen diese den Wettbewerb in der Energiewirtschaft intensivieren wollen. In Deutschland ist hierzu auf die Kontroverse um die Einführung einer speziellen kartellrechtlichen (Missbrauchs-) Kontrolle von Energieverbraucherpreisen durch § 29 GWB in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I. S. 2966) hinzuweisen.

„*Wege zum 'echten' Energiebinnenmarkt: Konsens im Ziel, Dissens über die Methoden*“ lautete dementsprechend das Oberthema der Jahrestagung 2008 des Instituts für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum, die am 21. Februar 2008 in Bochum stattfand und zu der neben Referenten von der EU-Kommission und deutschen Universitäten auch Energieexperten aus anderen EU-Staaten (konkret aus Großbritannien, Frankreich, Österreich und Spanien) begrüßt werden konnten.

Die Bochumer Jahrestagung verstand sich zugleich als Beitrag zum internationalen und interdisziplinären Forschungsprojekt „UNECOM – Unbundling of Energy Companies: Will it be worth it?“, in dem das Institut für Berg- und Energierecht mit Energieökonomern und -technikern der

Jacobs University Bremen, der Wirtschaftsuniversität Wien sowie der Universitäten Delft und Tilburg kooperiert.¹

Der vorliegende Band gibt die Tagungsreferate wieder und fasst die hierzu geführten Diskussionen zusammen. In den Referaten wurde der Vortragsstil weitgehend beibehalten.

Prof. Dr. Joh.-Christian Pielow
Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Berg- und Energierecht

¹ Nähere Informationen dazu unter <http://www.unecom.de>.

Wege zum Energiebinnenmarkt aus Sicht der EU-Kommission

Dr. Christof Schoser, Brüssel

(Referat Strom und Gas der Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission)¹

Guten Morgen, meine Damen und Herren. Ich habe das Privileg und die Ehre, hier und heute den ersten externen Vortrag zu halten. Wie schon angekündigt, möchte ich Ihnen eine Präsentation des Binnenmarktpaketes geben. Da viele von Ihnen wahrscheinlich das Binnenmarktpaket in groben Zügen kennen, möchte ich mich bemühen, in erster Linie eine aktuelle Bestandsaufnahme der Diskussion um dieses Paket vorzunehmen. Wo steht die Diskussion heute ca. sechs Monate nachdem die Kommission ihre Vorschläge gemacht hat? Dazu ist es nötig, gewisse Elemente des Binnenmarktpaketes zu wiederholen, aber ich werde versuchen, mich relativ knapp zu halten und vertraue darauf, dass Sie die Grundzüge ohnehin kennen.

Zunächst aber möchte ich eine Problemanalyse vorausschicken. Als Ökonom ist es mir wichtig, nochmals kurz auf die Marktgegebenheiten in Deutschland einzugehen, bevor ich dann näher auf die Kommissionsvorschläge und die aktuelle Diskussion eingehe.

Der Energiemarkt ist einer der Wirtschaftsbereiche, die in den vergangenen Monaten sicherlich am intensivsten durch zahlreiche Studien unterschiedlicher Institutionen untersucht worden sind. Ich möchte mich im Folgenden vor allem auf Studien beziehen, die im Laufe des letzten Jahres von behördlicher oder staatlicher Seite in Auftrag gegeben worden sind. Studien von Energieunternehmen oder Beratungsunternehmen sollen hier nicht weiter berücksichtigt werden.

Zitiert man solche Studien, besteht stets die Gefahr der Selektivität. Diese Studien umfassen zum Teil 200 bis 300 Seiten, und wenn ich daraus nur ein Zitat nehme, kann dies sehr einseitig sein. Ich kann Ihnen jedoch versichern, dass ich nicht aus den Fußnoten sondern aus den Zusammenfassungen zitiere, um wirklich repräsentativ die Probleme hervorzuheben, die im Strom- und Gasmarkt vor allem in Deutschland, aber auch generell in Europa bestehen.

¹ Die hier vorgetragenen Ansichten sind ausschließlich persönlicher Natur und stellen in keiner Weise eine offizielle Position der Europäischen Kommission dar. Der Autor ist Mitarbeiter des Referats Strom und Gas der Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission. Die hier vorgetragenen Ansichten sind ausschließlich persönlicher Natur und stellen in keiner Weise eine offizielle Position der Europäischen Kommission dar.

Ich möchte mit den *EU-Wettbewerbsverfahren* beginnen. Es wurden im vergangenen Jahr verschiedene Wettbewerbsverfahren eröffnet. Wohl-gemerkt sind solche Verfahrenseröffnungen jedoch nicht gleichbedeutend mit einer abschließenden Beurteilung oder Verurteilung der betroffenen Unternehmen. Angefangen haben viele Verfahren mit Durchsuchungen bei den Energieunternehmen im Jahre 2006. Viele Fälle betreffen bezeichnen-derweise die großen vertikal integrierten Unternehmen.

Dazu zählt ein Fall, in dem es um Marktaufteilung, einen sog. „Nicht Angriffspakt“, zwischen den beiden Unternehmen E.ON und GdF geht.² Die beiden Energieversorger werden verdächtigt, sich darauf verständigt zu haben, kein Gas auf dem Heimatmarkt des jeweils anderen zu verkaufen. Diese Marktaufteilung wird dadurch vereinfacht, dass beide Unterneh-men Fernleitungsnetze besitzen, insbesondere die deutsch-französische MEGAL-Pipeline, und somit sicherstellen können, dass es nicht zu einer Verletzung dieses, bisher nur vermuteten Kartells kommt.³

Es gibt ebenso einen Verdacht auf Marktabschottung gegen die italie-nische ENI, die ihre marktbeherrschende Stellung zementiert haben soll.⁴ Der Vorwurf lautet, dass ENI Kapazitäten zurückgehalten und das Netz nicht bedarfsgerecht ausgebaut hat. Interessant ist hierbei, dass es auch schon im Jahre 2006 einen nationalen Fall gegen die ENI gegeben hat.⁵ Es wurde nachgewiesen, dass die ENI den Ausbau der Gas-Pipeline von Tune-sien nach Italien verhindert hat, um seinen Inlandsmarkt vor zusätzlichen Gaslieferungen aus Algerien zu schützen und um sich somit keine Konkur-renz in Haus zu holen. Das zusätzliche Gas hätte auf dem italienischen Markt eine Senkung der Gaspreise zur Folge gehabt und somit das Ver-triebsgeschäft der ENI geschädigt. Die ENI wurde in letzter Instanz zu einer Strafe von 290 Millionen Euro verurteilt.

Der nun auf europäischer Ebene anhängige Fall ist ähnlich gelagert. Im italienischen Fall ging es um die Pipeline von Tunesien, der europäische Fall bezieht sich im Wesentlichen auf zwei andere Pipelines, die den italie-nischen Markt mit Gas versorgen, die TAG und die TENP.

Auf Grund eines Verdachts auf Marktabschottung durch verschiedene Geschäftspraktiken, die neuen Anbietern den Markteintritt erschwert haben sollen, ist überdies im Mai 2007 ein Verfahren gegen RWE eröffnet worden.⁶ Obwohl sich auch dieses Verfahren noch in einem frühen Sta-

2 Pressemitteilung der Kommission vom 30. Juli 2007, siehe MEMO/07/316.

3 Im Juni 2008 übersandte die Kommission den beiden Unternehmen schließlich die Beschwer-depunkte, womit das Verfahren in die nächste Stufe eintrat.

4 Pressemitteilungen der Kommission vom 11. Mai 2007, siehe MEMO/07/187.

5 Pressemitteilung der Autorità Garante in der Rechtssache A358 – ENI – Trans-Tunisian-Pipe-line vom 15. Februar 2006.

6 Pressemitteilungen der Kommission vom 11. Mai 2007, siehe MEMO/07/186.

dium befindet, möchte ich es anführen, um zu verdeutlichen, dass es hier anscheinend ein grundlegendes Problem auf nationaler Ebene gibt.⁷

Zu den von mir vorhin erwähnten Studien: Es gibt die *Folgenabschätzung* der Kommission, die zugleich mit dem Energiepaket im September 2007 vorgelegt worden ist.⁸ Wesentlicher Ansatz in dieser Folgenabschätzung war – ich konzentriere mich hier nur auf die eigentumsrechtliche Entflechtung – eine Analyse der Erfahrungen mit Entflechtung in den Mitgliedsstaaten, in denen diese schon umgesetzt worden ist. Es gibt viele, man mag sagen überraschend viele Mitgliedsstaaten, in denen so eine Entflechtung der Netze schon in der einen oder anderen Form umgesetzt worden ist. Im Elektrizitätsbereich kann man ungefähr die Hälfte der Mitgliedsstaaten als eigentumsrechtlich entflochten ansehen. Im Gasbereich sind es ungefähr ein Drittel der Mitgliedsstaaten. Daher konzentrierte sich die Folgenabschätzung auf die Auswirkungen eben dieser Entflechtungen auf Preisentwicklung, Netzinvestitionen und auf den Wettbewerb an sich. Der Grad der Marktkonzentration diente hierbei als Wettbewerbsindikator.

Die Folgenabschätzung ist nicht ganz unumstritten, weshalb die Kommission selbst noch einmal Nachuntersuchungen angestellt hat. Nach der Auswertung einer großen Anzahl von Preisdaten und Verbrauchsmustern hat sich bestätigt, dass die Strompreisentwicklung seit 1998 in den Ländern mit eigentumsrechtlicher Entflechtung positiver verlaufen ist, der Preisanstieg also geringer gewesen ist, als in den Ländern mit vertikal integrierten Energieversorgern.

Die Investitionen habe ich als anderen Indikator genannt. Es lässt sich aus der Folgenabschätzung ableiten, dass die eigentumsrechtlich entflochtenen Netzbetreiber stärker in ihre Netze investiert haben, um an den Grenzen bestehende Engpässe zu beseitigen. Dazu muss man sagen, dass diese Engpasskapazitäten in der Regel versteigert werden. Die Einnahmen kommen den Netzbetreibern zugute, und die entscheidende Frage ist, was die Netzbetreiber mit diesen Einnahmen machen. Sie verfügen über die Freiheit zu entscheiden, ob sie die Engpässe beseitigen oder die Netzentgelte senken wollen. Allerdings sollte man als Netzbetreiber bedenken, dass es sinnvoll ist, die bestehenden Netzengpässe zu beseitigen, um ein optimales Management seines Netzes zu ermöglichen. Man stellt hierbei fest, dass diese Motivation bei den eigentumsrechtlich entflochtenen Netzbetreibern größer ist als bei den vertikal integrierten. Dies ist recht einleuchtend, wenn

7 Im Mai 2008 kündigte der RWE-Konzern an, innerhalb von zwei Jahren sein Gasfernleitungsnetz in Deutschland an einen unabhängigen Dritten zu veräußern, um das laufende Verfahren der EU-Kommission mittels einer einvernehmlichen Regelung zu beenden, Pressemitteilung der RWE AG vom 31. Mai 2008.

8 Europäische Kommission (2007): Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SEC(2007)1179, 19. September 2007.

man bedenkt, dass mit dem Fortbestehen von Kapazitätsengpässen an den Grenzen eben auch der Schutz des Heimatmarktes verbunden sein kann.

Die Folgenabschätzung hat auch untersucht, welche potenziell negativen Auswirkungen sich durch Eigentumsentflechtung ergeben können und hat zudem die Netzsicherheit, die Zahl der Stromausfälle, den Unternehmenswert, das heißt konkret den Aktienkurs, die Kreditwürdigkeit, sowie das Kreditrating betrachtet. Es ließ sich kein systematisch negativer Effekt der Entflechtung auf diese Variablen feststellen.

Auch das *Bundeskartellamt* hat sich im vergangenen Jahr in seinem generellen Tätigkeitsbericht mit dem Strom- und Gasmarkt auseinandergesetzt.⁹

Bezogen auf die Probleme am Strommarkt ist die mir am wesentlichsten erscheinende Aussage des Kartellamts wie folgt: „*Alle Akteure auf Handelsebene* [– also auf Großhandelsebene –] *sind auf Lieferungen der Verbundunternehmen angewiesen. So ist es den Verbundunternehmen auch weiterhin möglich, die Absichtsströme zu kontrollieren und – in Kombination mit einer Strategie der Absicherung durch die bereits bestehende vertikale Integration – ihre dominante Marktstellung zu festigen.*“¹⁰ Die Verbindung, die das Kartellamt sieht, besteht darin, dass Marktbeherrschung und vertikale Integration sich gegenseitig verstärken und somit ein strukturelles Problem besteht.

Ich möchte auch eine *Entschließung des Europaparlamentes* im Vorfeld zur Vorlage des Energiebinnenmarktpakets vom 10. Juli 2007 zitieren, bei der es ebenfalls um die Entflechtung geht. Nach Meinung des Parlaments ist die eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze und Fernleitungsnetze die wirksamste Maßnahme, um Investitionen zu fördern und eine Nichtdiskriminierung in Form eines fairen Netzzugangs für neue Anbieter und Transparenz zu ermöglichen. Ich will ihnen auch den zweiten Teilsatz nicht verschweigen, in dem gesagt wird, dass die Entflechtung kein Allheilmittel ist, und gerade auch kein Allheilmittel in Bezug auf die Beseitigung der grenzüberschreitenden Engpässe.

Die Position der Kommission sollte auch nicht dahingehend verkürzt werden, dass die eigentumsrechtliche Entflechtung das Allheilmittel für alle Probleme ist. Dieses Binnenmarktpaket umfasst eine Reihe von Maßnahmen, und allein die eigentumsrechtliche Entflechtung würde die Probleme tatsächlich nicht lösen. Dieser Auffassung ist auch das Parlament, insofern besteht da keine Divergenz.

Ich möchte des Weiteren auf den Monitoringbericht der *Bundesnetzagentur* von November 2007 eingehen. Mir ist durchaus bewusst, dass die verschiedenen Institutionen, die ich hier zitiere, nehmen wir die Bundesnetz-

9 Bundeskartellamt (2007): Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, Drucksache 16/5710, 15. Juni 2007.

10 Bundeskartellamt (2007), S. 122.