

Auszug aus Hauptgutachten XVII (2006/2007)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

2. Entflechtungsvorschläge der EU-Kommission für die Energiewirtschaft

Inhaltsverzeichnis

2.	Entflechtungsvorschläge der EU-Kommission für die Energiewirtschaft.....	50
2.1	Eigentumsrechtliche Entflechtung	51
2.1.1	Argumente für eine eigentumsrechtliche Entflechtung.....	51
2.1.2	Argumente gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung.....	53
2.2	Unabhängiger Netzbetreiber (Independent System Operator, ISO).....	55
2.3	Abschließende Würdigung der Monopolkommission.....	57
2.4	Aktuelle Entwicklung.....	58

hängigkeit des Netzunternehmens von dem Betriebsunternehmen zu gewährleisten. Von allen Versuchen, die gegenwärtig vereinbarte Teilprivatisierung rechtlich zu verewigen, ist dringend abzuraten.

2. Entflechtungsvorschläge der EU-Kommission für die Energiewirtschaft

15. Die Monopolkommission hat in ihrem im November 2007 veröffentlichten Sondergutachten zum deutschen Energiemarkt⁴ festgestellt, dass auch nach mehr als zwei Jahren nach Inkrafttreten des EnWG 2005 noch nicht von einem funktionsfähigen Wettbewerb auf den leistungsgebundenen Energiemärkten für Elektrizität und Gas gesprochen werden kann. Dabei sind die Ursachen primär struktureller Art, was sich am natürlichen Monopol beim Netz- und Leitungsbetrieb, den zahlreichen horizontalen und vertikalen Verflechtungen der marktbeherrschenden Verbundunternehmen⁵ untereinander und mit den nachgelagerten Stadtwerken sowie der hohen Anbieterkonzentration bei der Stromerzeugung und beim Gasangebot zeigt. Darüber hinaus ist kurz- und mittelfristig nicht davon auszugehen, dass ein grenzüberschreitender europäischer Strom- bzw. Gashandel den Wettbewerb beleben kann, da an nahezu allen deutschen Außengrenzen erhebliche Netzengpässe auftreten. Zu diesen strukturellen Problemen kommen Markteintrittsbarrieren institutioneller Art wie politische Widerstände beim Netz- und Kraftwerksbau, lange Genehmigungsverfahren und die Unsicherheit über die Verteilung der CO₂-Emissionsrechte hinzu. Diese strukturellen und institutionellen Voraussetzungen eröffnen den Verbundunternehmen zahlreiche Möglichkeiten, den Wettbewerb durch ihr Verhalten weiter zu beschränken. Deshalb geht die Monopolkommission nicht davon aus, dass die Energiepreise Wettbewerbspreisen entsprechen.

16. Die skizzierten Probleme wurden über weite Strecken ebenfalls von der EU-Kommission in ihrer Energiesektoruntersuchung (Sector Inquiry) vom Januar 2007 und in ihrer Folgenabschätzung (Impact Assessment) vom September 2007 identifiziert.⁶ Auch wenn die Vorgehensweise bei diesen Untersuchungen aus Sicht der Monopolkommission nicht zu unrecht kritisiert wurde, so verdichtet sich doch insgesamt das Bild, dass signifikante Wettbewerbsdefizite die leistungsgebundene Energiebranche in vielen EU-Ländern kennzeichnen. Die EU-Kommission reagierte auf die vorliegenden strukturellen und

verhaltensbedingten Wettbewerbsbeschränkungen mit der Eröffnung von drei Missbrauchsverfahren gegen vier große europäische Energieversorger, unter ihnen die beiden größten deutschen Verbundunternehmen RWE und E.ON. Gegen RWE wurde ein Verfahren wegen des Verdachts der Marktabschottung mithilfe diverser netzbezogener Geschäftspraktiken eingeleitet, durch die der Markteintritt neuer Anbieter erschwert werde. Gegen E.ON und Gaz de France wurde das eingeleitete Verfahren mit dem Verdacht auf Marktaufteilung begründet. Die beiden Unternehmen sollen eine Abmachung getroffen haben, Gas nicht im Heimatmarkt des jeweils anderen zu verkaufen. Darüber hinaus laufen seitens der EU-Kommission Untersuchungen auf dem Elektrizitätsgroßhandelsmarkt. Die Kommission hegt den Verdacht, dass durch die Zurückhaltung von Kraftwerkskapazitäten das Angebot künstlich verknappt worden sei, um eine deutliche Preissteigerung herbeizuführen. Im Februar 2008 leitete die EU-Kommission zudem eine Untersuchung auf dem deutschen Regelenergiemarkt ein.⁷

17. Am 19. September 2007 wurde von der EU-Kommission das 3. Legislativpaket zur Förderung des europäischen Energiebinnenmarktes verabschiedet. Dieses Paket beinhaltet eine Verordnung zur Gründung einer EU-Agentur für die Zusammenarbeit der einzelstaatlichen Energie-regulierungsbehörden, Richtlinien zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Richtlinien 2003/54 zum Elektrizitätsbinnenmarkt und 2003/55 zum Erdgasbinnenmarkt, eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1228/2003 zum grenzüberschreitenden Stromhandel und eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1775/2005 über Erdgasfernleitungsnetze. Aus Sicht der Monopolkommission bilden die Vorschläge der EU-Kommission zur Entflechtungsfrage einen zentralen Aspekt des 3. Legislativpakets, weshalb sie nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

⁴ Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008.

⁵ Mit dem Begriff Verbundunternehmen bezeichnet die Monopolkommission vertikal integrierte Unternehmen mit Eigentum an Übertragungs- und/oder Fernleitungsnetzen. Insofern sind Unternehmen aus dem Gassektor eingeschlossen.

⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament, Eine Energiepolitik für Europa. KOM(2007) 1 endg. vom 10. Januar 2007 sowie das parallel zum Legislativpaket erschienene Arbeitsdokument der EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Accompanying the legislative package on the internal market for electricity and gas, Impact Assessment, SEC(2007) 1179 vom 19. September 2007. Hierin nimmt die EU-Kommission eine Folgenabschätzung vor, um verschiedene Politikoptionen zu bewerten.

⁷ Auch die Bundesnetzagentur hat ein Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG auf dem Regelenergiemarkt eröffnet. Dieses Verfahren wurde auf Antrag von Lichtblick und des Bundesverbandes Neuer Energieanbieter eingeleitet. Im Zuge des Verfahrens wird der Vorwurf untersucht, dass E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW Möglichkeiten des vorgeschriebenen Austauschs von Regelenergie nicht ausreichend genutzt und somit viel mehr Regelenergie als nötig bezogen hätten. Vgl. Stern – Das Magazin, Missbrauchsverfahren gegen vier Stromriesen vom 6. April 2008, <http://www.stern.de/wirtschaft/immobilien/verbraucher/:Bundesnetzagentur-Missbrauchsverfahren-Stromriesen/616441.html?nv=rss> [Stand: 24.04.2008]. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem im November 2007 veröffentlichten Sondergutachten zum Energiemarkt hervorgehoben, dass der Regelenergiemarkt besondere strukturelle Probleme aufweist. Vor allem auf den Märkten für Primär- und Sekundärreserve findet aufgrund der sehr hohen Präqualifizierungsanforderungen für die technische Eignung der Anbieter und der hierdurch hervorgerufenen geringen Anbieterzahl faktisch kein Wettbewerb statt. Die wenigen Anbieter für diese Form der Regelenergie sind zumeist Konzernschwestern der jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber, so dass letztlich ein und derselbe Konzern über Angebot und Nachfrage entscheidet. Deshalb sind momentan die strukturellen Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb nicht gegeben. Vor diesem Hintergrund hat sich die Monopolkommission für eine temporäre Ex-ante-Regulierung dieser Teilbereiche des Regelenergiemarktes ausgesprochen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 339 ff.

18. Die EU-Kommission sieht bei einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen generell einen Interessenkonflikt zwischen Netzbereich einerseits sowie vor- und nachgelagerten Wettbewerbsbereichen andererseits. Die Netzgesellschaften als Konzernschwestern der Vertriebs- bzw. Erzeugungsgesellschaften hätten ein Interesse, die Schwesterunternehmen beim Zugang zu den Netzen zu bevorzugen (inhärenter Anreiz zur Diskriminierung) und unzureichend in den Netzausbau zu investieren. Um den negativen Folgen der vertikalen Integration auf den Wettbewerb ursachenadäquat entgegenzuwirken, schlägt die EU-Kommission in ihrem Legislativpaket eine Konzernentflechtung des Übertragungsnetz- bzw. Fernleitungsnetzbetriebes in Form einer eigentumsrechtlichen Entflechtung (ownership unbundling) oder alternativ das Modell eines unabhängigen Netzbetreibers (Independent System Operator – ISO) vor.⁸

19. Bevor die beiden Alternativen einer kritischen Würdigung unterzogen werden, sei betont, dass die Monopolkommission an der Rechtfertigung des Einsatzes dieser beiden harten strukturpolitischen Instrumente erhebliche Zweifel hat. Die Untersuchungen, auf deren Basis die EU-Kommission ihre Folgenabschätzung abgeleitet hat, erfuhren zum Teil berechtigte Kritik in der ökonomischen Literatur und aus der wettbewerbspolitischen Praxis.⁹ So bestehen gerechtfertigte Bedenken hinsichtlich der Datenqualität und der hieraus abgeleiteten Ergebnisse.¹⁰ Ebenso kritisch ist die Folgenabschätzung der EU-Kommission zu sehen. Da die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von 2003 – insbesondere zu den bisher gültigen Entflechtungsbestimmungen – in Deutschland erst Mitte des Jahres 2005 erfolgte, lässt sich keine seriöse Aussage darüber treffen, ob eine eigentumsrechtliche Entflechtung oder die ISO-Lösung die einzigen ursachenadäquaten Instrumente zur Belebung des Wettbewerbs auf den Märkten für die leitungsgebundene Energieversorgung darstellen.

2.1 Eigentumsrechtliche Entflechtung

20. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung, wie sie von der EU-Kommission präferiert wird,¹¹ impliziert eine Herauslösung des Netzbereichs aus der Wertschöpfungskette

⁸ Zusätzlich wird für den Gassektor eine rechtliche und funktionale Entflechtung der zu den Versorgungsunternehmen gehörenden Speicheranlagenbetreiber gefordert. Darin sieht die EU-Kommission einen großen Schritt hin zu einem diskriminierungsfreien Speicheranlagenzugang. Vgl. Artikel 9a Richtlinienvorschlag-Gas sowie Ziffer 5.3 Richtlinienvorschlag-Gas.

⁹ So haben sich auch die Präsidenten von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur in einer Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie am 9. April 2008 kritisch zu den Untersuchungen und den daraus abgeleiteten Vorschlägen der EU-Kommission geäußert. Die Stellungnahmen sind einzusehen unter http://www.bundestag.de/ausschuesse/a09/anhoeerungen/13_Anhoerung/Stellungnahmen/index.html [Stand: 16.05.2008].

¹⁰ So kritisierte auch die Monopolkommission an der von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie von London Economics die Wahl der kurzfristigen Grenzkosten als Preisschätzer zum Nachweis des fehlenden Wettbewerbs. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 207 ff.

¹¹ Vgl. Vorschlag zur Änderung und Ergänzung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (nachfolgend: „Richtlinienvorschlag-Elektrizität“), Ziffer 1.2 sowie

eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.¹² Im Zuge dieser Aufteilung werden alle dem Netzbereich zuzuordnenden Vermögenswerte, so auch die Netzinfrastruktur, auf einen von dem ursprünglichen Mutterkonzern unabhängigen Dritten übertragen.¹³ Als Folge entsteht ein neues, eigenständiges Netzunternehmen, das an keinem Unternehmen der vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen signifikant beteiligt ist und umgekehrt.¹⁴ Auch Unternehmen aus Drittländern, die größere Anteile oder gar die Kontrolle über ein EU-Netz erwerben wollen, werden nur dann als Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber zugelassen, wenn sie nachweisen, dass sie sowohl direkt als auch indirekt unabhängig von Versorgungs- und Erzeugungstätigkeiten agieren.¹⁵

21. Das neu entstandene Unternehmen ist für die Durchführung des operativen und administrativen Netzgeschäftes, die Wartung und Instandhaltung der Netzleitungen und Anlagen sowie die Vornahme von Investitionen zum Ausbau des Netzbetriebes verantwortlich.¹⁶ Alle anderen Geschäftsfelder, in denen der bisherige Mutterkonzern aktiv ist, können weiterhin im Verbund des Unternehmens verbleiben. Die eigentumsrechtliche Entflechtung soll nach dem Vorschlag der EU-Kommission von den Mitgliedstaaten binnen 30 Monaten nach Inkrafttreten der Elektrizität- und Gas-Richtlinien durchgeführt werden.¹⁷

2.1.1 Argumente für eine eigentumsrechtliche Entflechtung

22. Die Monopolkommission sieht den besonderen Vorteil einer eigentumsrechtlichen Entflechtung ebenfalls darin, dass die Anreize zur Diskriminierung der Nachfrager von Transportdienstleistungen erheblich gemindert werden.¹⁸ Dies führt zu einer Senkung der Marktzutrittschranken für potenzielle Anbieter von Energie (z. B.

Vorschlag zur Änderung und Ergänzung der Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (nachfolgend: „Vorschlag-Gasrichtlinie“), Ziffer 1.2.

¹² Vgl. Artikel 8 Abs. 1 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7 Abs. 1 Richtlinienvorschlag-Gas.

¹³ Artikel 8a Richtlinienvorschlag-Elektrizität und Artikel 7a Richtlinienvorschlag-Gas legen dabei die Kontrolle über Eigentümer und Betreiber von Übertragungsnetzen bzw. Kontrolle über Eigentümer und Betreiber von Fernleitungsnetzen fest.

¹⁴ Eine Minderheitsbeteiligung in beiden Bereichen bleibt möglich, sofern das jeweilige Unternehmen keine Kontrollmöglichkeiten hat. Vgl. Artikel 8 Abs. 1b Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7 Abs. 1b Richtlinienvorschlag-Gas.

¹⁵ Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass sie nachweislich und eindeutig denselben Entflechtungsvorschriften genügen müssen wie in der EU ansässige Unternehmen. Vgl. Artikel 8a, 8b Abs. 2 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7a, 7b Richtlinienvorschlag-Gas. In einem internationalen Abkommen können weitere Ausnahmeregelungen getroffen werden. Vgl. Artikel 8 a Abs. 2 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7a Abs. 2 Richtlinienvorschlag-Gas.

¹⁶ Vgl. Artikel 2 Abs. 4 der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 37 und Artikel 2 Abs. 4 der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 57.

¹⁷ Vgl. Artikel 8 Abs. 1, Artikel 2 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7 Abs. 1, Artikel 2 Richtlinienvorschlag-Gas.

¹⁸ Darüber hinaus wird auch der Gefahr der konzerninternen Quersubventionierung vorgebeugt. Die Monopolkommission hat auf dieses Risiko bereits hingewiesen. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 605.

Kraftwerksbetreiber).¹⁹ Die Anreize zur Ausbeutung der Transportkunden bleiben jedoch – durch den Charakter eines natürlichen Monopols – erhalten. Dies macht auch weiterhin eine Regulierung der Netzebene erforderlich.

23. Prinzipiell werden die Möglichkeiten zur Diskriminierung einzelner Transportdienstleistungsnachfrager in der „vertikal integrierten Welt“ auch durch die aktuell praktizierte Regulierung verringert. In diesem Zusammenhang kann eine konsequente Umsetzung der im Sommer 2007 in Kraft getretenen Kraftwerks-Netzanschlussverordnung (KraftNAV) einen wertvollen Beitrag auf dem Elektrizitätsmarkt leisten.²⁰ Der Anreiz zur Diskriminierung von Nichtkonzernschwestern besteht jedoch fort. Zwar lassen sich offensichtliche Diskriminierungspraktiken identifizieren und unterbinden, dennoch wird innerhalb eines Konzerns auch weiterhin die Möglichkeit geben, Konzernschwestern – z. B. durch die Weitergabe geschäftssensibler Informationen – einen Vorteil zu verschaffen. Eine derartige, nicht offensichtliche Bevorzugung bzw. Diskriminierung lässt sich von einer Regulierungsbehörde nur schwer nachweisen.²¹ Vor diesem Hintergrund wird die Regulierungsintensität bei einem rechtlich unabhängigen Netzbetreiber weitaus geringer sein als bei einem vertikal integrierten Unternehmen.

24. Die Monopolkommission teilt die Ansicht der EU-Kommission, dass ein rechtlich selbstständiger bzw. unabhängiger Übertragungsnetzbetreiber – bei den gegebenen gesetzlichen Rahmenbedingungen – einen deutlich größeren Anreiz besitzt, den im Rahmen des Engpassmanagements erwirtschafteten Erlös in den Ausbau und Erhalt der Netze zu investieren.²² Bisher haben die Übertragungsnetztöchter der vier Verbundunternehmen die Erlöse aus dem Engpassmanagement primär zur Senkung der Netzentgelte verwendet.²³ Es wäre nach Artikel 6 Abs. 6 der Verordnung 1228/2003 (Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel)²⁴ auch möglich gewesen, die Erlöse zur Gewährleistung der tatsächlichen Verfügbarkeit der zugewiesenen Kapazität oder als Netzinvestitionen für den Erhalt und/oder den Ausbau von Verbindungskapazitäten einzusetzen.²⁵ Ein möglicher Grund für den netzentgeltmindernden Einsatz der Engpassmanagementlösungen könnte die gesamt-konzernorientierte Gewinnmaximierungsstrategie der

Verbundunternehmen sein. Ein ungehinderter Stromaus-tausch mit Nachbarländern wie Polen, in denen die Groß-handelspreise deutlich unter dem deutschen Niveau liegen, gefährdet den Absatz der heimischen Kraftwerks-töchter und schränkt somit ihren Preissetzungsspielraum ein. Deshalb stellt die Marktabschottung über die bestehen-den Engpässe an den Grenzen zu Niedrigpreisländern aus Sicht der Verbundunternehmen eine rationale Strategie dar.

25. Bei einem Unternehmen, dessen einziger Geschäftszweck das Angebot von Transportdienstleistungen ist, bestünde demgegenüber ein stärkerer Anreiz, den Erlös aus dem Engpassmanagement in den Ausbau und den Erhalt der Verbindungsleitungen zu investieren.²⁶ Damit der Anreiz zum Ausbau der Netze – insbesondere an den sog. Grenzkuppelstellen – weiter verstärkt und nicht etwa abgemildert würde, wäre der bestehende Regulierungsrahmen nach Ansicht der Monopolkommission an die neue strukturelle Ausgangssituation (rechtlich unabhängiger Netzbetreiber) anzupassen. In der ab 2009 geltenden Anreizregulierung ist zunächst eine Erlösobergrenzenregulierung (Revenue-Cap-Regulierung) vorgesehen. Ein Netzbetreiber hat bei dieser Regulierungsform keinen Anreiz zur Maximierung der Durchleitungsmenge, falls die Erlösobergrenze bereits vorher erreicht wird. Vor diesem Hintergrund wäre der Übergang zu einer Preisobergrenzenregulierung (Price-Cap-Regulierung) ratsam.²⁷

¹⁹ Auf dem Elektrizitätsmarkt betrifft dies insbesondere potenzielle Newcomer auf der Erzeugerebene. Im Gasbereich betrifft dies potenzielle Newcomer im Bereich Gewinnung von oder Versorgung mit Erdgas.

²⁰ Vgl. zur kritischen Würdigung der KraftNAV Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 267 ff.

²¹ Der Anreiz zur Diskriminierung kann jedoch dadurch gemindert werden, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen als Folge dieser missbräuchlichen Handlung ein hohes Bußgeld angedroht wird.

²² Dies gilt unter der aktuellen Voraussetzung, dass Erlöse alternativ nur zur Senkung der Netznutzungsentgelte verwendet werden dürfen.

²³ Vgl. BNetzA, Erlöse aus grenzüberschreitendem Engpassmanagement, vom 23. August 2007, http://www.bundesnetzagentur.de/enid/940e226cdb2b4b1f520becff617643a9,0/Sonderthemen/Erloese_grenzueberschreitendes_Engpassmanagement_3xj.html [Stand: 09.10.2007].

²⁴ ABl. EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 1.

²⁵ Auch für die Fernleitungsnetzbetreiber im Gassektor stehen gemäß § 10 Abs. 6 Satz 4 der GasNZV die drei genannten Alternativen zur Verfügung.

²⁶ Dies gilt unter der aktuellen Voraussetzung, dass die Erlöse nicht einbehalten, sondern investiert oder netzentgeltmindernd eingesetzt werden müssen.

²⁷ Im Falle einer Price-Cap-Regulierung erhält das von der Regulierung betroffenen Unternehmen eine Höchstpreisvorgabe für ein bestimmtes Produkt bzw. Produktbündel (z. B. gewichteter Durchschnittspreis). Für die Bestimmung des Höchstpreises sind in der Regel die prognostizierten Stückkosten bzw. die Stückkosten der Vorperiode, die Preissteigerungsrate und branchenspezifische Effizienzvorgaben maßgeblich. Bei der Revenue-Cap-Regulierung, wie sie im Rahmen der 1. Phase der zum 1. Januar 2009 beginnenden Anreizregulierung Anwendung finden soll, wird die individuell zulässige Erlösobergrenze des jeweiligen Netzbetreibers maßgeblich durch das Produkt aus der prognostizierten Menge und dem spezifischen Netzentgelt bestimmt. Das spezifische Netzentgelt wird dabei durch die unternehmensindividuellen Kosten des Basisjahres, die individuelle Effizienzvorgabe, die Inflationsrate abzüglich des Produktivitätsfortschritts der Netzbranche und eines Faktors für Erweiterungsinvestitionen determiniert. Das Ziel dieser beiden Regulierungsalternativen ist es, die Netzentgelte sukzessive von den Kosten abzukoppeln und die Effizienzunterschiede zwischen den Netzbetreibern durch den Einbezug von Effizienzparametern abzubauen. Eine Erlösobergrenzenregulierung hat bei dem Betrieb von Energietransportnetzen den Vorteil, dass der Netzbetreiber von einem Einbruch der Nachfrage nach der Transportdienstleistung nicht so stark betroffen wäre. Die Nachfrage nach Transportdienstleistungen kann der Netzbetreiber nur indirekt – über seinen Anteil am Gesamtpreis – beeinflussen, da er keinen unmittelbaren Endkundenkontakt hat. Bei einer fixkostenlastigen Branche wie dem Energietransport über Netze würden die Gesamtkosten des Unternehmens bei einem Nachfrageeinbruch kurz- bis mittelfristig nicht spürbar abnehmen. Im skizzierten Fall hätte der Netzbetreiber über eine Erhöhung des Preises aber die Möglichkeit, den Anteil der Fixkosten auf die geringere Menge umzuverteilen. Die Monopolkommission hält jedoch das Risiko der skizzierten Preisinflexibilität für begrenzt, da insbesondere die Elektrizitätsnachfrage bereits über einen längeren Zeitraum ein leichtes positives Wachstum aufweist. Dieser Trend wird sich mit hoher Wahrscheinlichkeit auch weiter fortsetzen. Einem Nachfrageeinbruch ließe sich darüber hinaus auch durch eine flexible Anpassung der Price-Cap-Regulierung begegnen.

Werden dem Netzbetreiber im Rahmen einer Price-Cap-Regulierung Preise genehmigt, durch die er seine langfristigen Grenzkosten decken kann, so wird er – bei gegebenen Kosten – sowohl in statischer als auch in dynamischer Hinsicht an einer Maximierung der Durchleitungsmenge interessiert sein. Über die Maximierung der Durchleitungsmenge kann der Netzbetreiber – bei gegebenem Preis – den maximalen Erlös und schließlich den maximalen Gewinn erzielen.

26. Für den Fall eines entsprechend angepassten Regulierungsrahmens würde eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetriebs von den übrigen Geschäftsaktivitäten eines vertikal integrierten Energieversorgers dem Ziel eines europäischen Energiebinnenmarktes Rechnung tragen. Der räumliche Markt für das leitungsbezogene Angebot von Elektrizität und Gas würde erweitert, wodurch die Marktkonzentration im Vergleich zum Status quo abnehmen würde. Mit zunehmender Anzahl an Anbietern sinken die Chancen für die effektive Durchsetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Verhaltenskoordination.

2.1.2 Argumente gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung

27. Trotz der zu erwartenden positiven Auswirkungen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Netze auf den Ausbau der Leitungen an den Grenzkuppelstellen vertritt die Monopolkommission die Ansicht, dass ähnliche Effekte bei einer entsprechenden Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen zum grenzüberschreitenden Energiehandel auch ohne diesen harten Eingriff erzielt werden können. Die EG-Verordnungen Nr. 1228/2003 (Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel) und Nr. 1775/2005 (Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen) beinhalten bisher primär Anforderungen zur effizienten Bewirtschaftung eines bereits vorhandenen Engpasses.²⁸ Diese statischen Anforderungen stellen zwar eine notwendige, jedoch keine hinreichende Bedingung für ein effizientes Engpassmanagement dar. Ein hinreichend effizientes Engpassmanagement muss nach Auffassung der Monopolkommission auch Anreize zum effizienten Ausbau der Netzkapazitäten (d. h. zur Engpassvermeidung) setzen.

28. Die zusätzliche Anforderung an ein effizientes Engpassmanagement sollte durch eine entsprechende Anpassung der Vorschriften zur Verwendung der Erlöse flankiert werden. Es macht den Anschein, als habe die EU-Kommission die Notwendigkeit dieser Anpassung bereits erkannt, da sie in ihrem 3. Legislativpaket eine Änderung des Artikels 6 Abs. 6 der Verordnung 1228/2003 zum grenzüberschreitenden Stromhandel vorgenommen hat. Gemäß dieser Änderung ist ein Netzbetreiber nicht mehr dazu befugt, die Erlöse aus dem Engpassmanagement zur Senkung der Netzentgelte zu verwenden. Die Erlöse sind vielmehr nach folgender Priorität einzusetzen:

- Gewährleistung der tatsächlichen Verfügbarkeit der vergebenen Kapazität,
- Netzinvestitionen für den Erhalt oder Ausbau von Verbindungskapazitäten.²⁹

29. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Engpassmanagementenerlöse nicht mehr netzentgeltmindernd eingesetzt werden sollen. Dass dies kurzfristig zu höheren Netzentgelten und so zu höheren Energiepreisen führen könnte, ist hinzunehmen und wird durch die längerfristige Aussicht auf mehr Wettbewerb aufgewogen. Die Monopolkommission stimmt jedoch nicht mit der Prioritätenliste der EU-Kommission überein. Die Verwendung der Erlöse zur Beseitigung eines strukturellen Engpasses stellt die eigentliche Lösung des Kapazitätsproblems dar. Daher sollte der Engpassbeseitigung eine größere Priorität eingeräumt werden als der Sicherstellung der tatsächlichen Verfügbarkeit.³⁰ Darüber hinaus vermisst die Monopolkommission eine entsprechende Vorschrift zur Verwendung der Engpassmanagementenerlöse für den Gassektor.³¹

30. Die Monopolkommission gibt hierbei jedoch zu bedenken, dass der mangelhafte Netzausbau an den Grenzkuppelstellen nicht ausschließlich dem fehlenden Anreiz der Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber, sondern auch dem politischen und bürokratischen Widerstand geschuldet ist. Vor diesem Hintergrund stellt eine Beschleunigung und Vereinfachung der Genehmigungsprozesse einen weiteren wichtigen Schritt hin zu einem europäischen Energiebinnenmarkt dar. Deshalb sind die Gesetzgeber auf europäischer und nationaler Ebene gefordert, Maßnahmen zur Minderung oder gar Beseitigung dieser Widerstände zu treffen.

31. Neben dem Zweifel, dass die eigentumsrechtliche Entflechtung das einzige ursachenadäquate Mittel zum Ausbau der Netze an den sog. Grenzkuppelstellen darstellt, lassen sich zahlreiche mögliche ökonomische Nachteile und potenzielle Gefahren nennen, die gegen den Einsatz dieses harten strukturpolitischen Instruments sprechen.

In der ökonomischen Literatur wird als eines der Hauptargumente gegen eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebes angeführt, dass die Investitionsanreize

²⁸ Diese umfassen unter anderem Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Marktgleichheit.

²⁹ Vgl. Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1228/2003 zum grenzüberschreitenden Stromhandel, Artikel 6 Abs. 6: „Können die Erlöse nicht für die Zwecke des Unterabsatzes 1 Buchstabe a oder b verwendet werden, werden sie auf ein gesondertes Konto platziert, bis sie für diese Zwecke ausgegeben werden können. Im Falle eines unabhängigen Netzbetreibers werden etwaige nach Anwendung der Buchstaben a und b verbleibende Erlöse vom unabhängigen Netzbetreiber auf einem getrennten Konto gehalten, bis sie für die in Unterabsatz 1 Buchstaben a und b festgelegten Zwecke ausgegeben werden können.“

³⁰ Die Monopolkommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein Netzausbau an den Grenzkuppelstellen einen Ausbau der Netze innerhalb Deutschlands erforderlich machen kann, sofern sie durch größere Energieimporte und/oder -exporte stärker belastet werden.

³¹ Diese ist in der Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1775/2005 über Erdgasfernleitungsnetze nicht enthalten.

eines unabhängigen Netzbetreibers geringer seien als die eines vertikal integrierten Unternehmens.³² Dies lasse sich insbesondere darauf zurückführen, dass der Netzbetreiber nicht mehr integrativer Bestandteil eines Konzerns sei, der auch Gewinne aus der Geschäftstätigkeit generiere, die der Netzebene vor- bzw. nachgelagert sind. Während ein vertikal integriertes Unternehmen bei einem Ausfall der Netze auch die entgangenen Erlöse der Schwesterunternehmen auf den vor- bzw. nachgelagerten Stufen einkalkulieren müsse und vor diesem Hintergrund ein vergleichsweise größeres Interesse an einem reibungslosen Energietransport habe, berücksichtige ein Unternehmen, das ausschließlich im Netzbetrieb tätig sei, diese Ausfälle nicht direkt in seiner Kostenrechnung. Als weiterer Grund für die Minderung der Investitionsanreize wird der besonders hohe Anteil an spezifischen Investitionen gesehen, wie er für Energienetze typisch ist. Erwarte der Netzbetreiber, dass sich seine spezifischen Investitionen nicht hinreichend amortisieren, werde er weniger in den Ausbau und den Erhalt der Netze investieren.

Die Monopolkommission hält es für realistisch, dass einer potenziellen Minderung der Investitionsanreize und der somit induzierten Gefahr von Unterinvestitionen durch eine geeignete Regulierung und eine entsprechende Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen begegnet werden kann.³³ So wäre im Rahmen der ab 2009 gültigen Anreizregulierung noch stärker auf Qualitätsaspekte und Investitionsanreize abzustellen. Ferner könnten die Haftungsbestimmungen bei Netzausfällen entsprechend verstärkt werden (Gefährdungshaftung). Zur Absicherung vor dem Risiko eines Investitionsrückgangs nach erfolgter Entflechtung können auch die Vorgaben zur Aufstellung zehnjähriger Netzinvestitionspläne auf europäischer und regionaler Ebene dienen, die sich in dem 3. Legislativpaket zum Elektrizitäts- und Gasbinnenmarkt finden.³⁴

32. Weitere ökonomische Ineffizienzen könnten sich aus der veränderten Organisation des Geschäftsbetriebes ergeben. Ferner besteht die Gefahr einer Erhöhung des Geschäftsrisikos, wenn ehemals verbundene Unternehmenseinheiten getrennt werden. So hat die Netzgesellschaft keinen Einfluss auf die strategischen Entscheidun-

gen der Handels- bzw. Erzeugerunternehmen. Sollten die Strategien dieser Unternehmen zu einem deutlichen Nachfrageanstieg nach Transportdienstleistungen führen, könnte zumindest kurzfristig eine Situation entstehen, in welcher der Netzbetreiber dem Nachfrageanstieg nicht gerecht wird. Hinzu kommt ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit aufseiten der vertikal integrierten Versorger. Die Monopolkommission schätzt hingegen den möglichen Effizienzverlust, der durch eine Nichtrealisierung von Größen- und Verbundvorteilen hervorgerufen werden kann, als nicht besonders gravierend ein. Sie hat schon in ihrem Sondergutachten zum Energiemarkt darauf hingewiesen, dass ein Abbau etwaiger Synergien bereits durch die aktuell praktizierte gesellschaftsrechtliche und operationelle Entflechtung eingetreten sein könnte.³⁵

33. Generell kann durch eine vertikale Entflechtung nur die Diskriminierung der Nachfrager von Transportdienstleistungen verhindert werden. Da die Anreize zur Ausbeutung erhalten bleiben, wäre eine Regulierung des Netzbetriebs als natürliches Monopol auch weiterhin notwendig. Die Monopolkommission hat in ihrem Energie-Sondergutachten die hohe Angebotskonzentration auf dem Markt für den erstmaligen Stromabsatz als ein zentrales wettbewerbliches Problem auf dem Elektrizitätsmarkt identifiziert. Die enge oligopolistische Marktstruktur lässt sich durch das von der EU-Kommission geforderte Entflechtungsinstrument nur indirekt und bestenfalls langfristig beheben, da eine vertikale Entflechtung nur zu einer gewissen Senkung der Marktzutrittschranken für neue Anbieter auf dem Strommarkt führt. Allerdings bleiben andere Markteintrittsbarrieren – insbesondere institutioneller Art – bestehen, da sie durch die Entflechtung nicht tangiert werden.

34. Das Problem der hohen Konzentration auf der Erzeugerstufe ließe sich prinzipiell auf direktem Wege durch das Instrument der horizontalen Entflechtung lösen, welches insbesondere vom hessischen Wirtschaftsminister Rhiel vorgeschlagen wird.³⁶ Eine horizontale Se-

³² Vgl. hierzu ausführlich Monopolkommission, Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, Sondergutachten 47, Baden-Baden 2007, Tz. 46 ff.

³³ Nach Meinung einiger Experten wird auch bei den aktuellen Rahmenbedingungen zu wenig in die Netze investiert. So forderte der Fachverband Energietechnik einen zügigen Ausbau der Stromnetze, da es sonst zu zahlreichen Stromausfällen kommen würde. Vgl. o. V., Energietechnik fordert Ausbau der Stromnetze, Handelsblatt vom 23. April 2008, S. 21. Die Netzbetreiber rechtfertigen die geringe Investitionsbereitschaft damit, dass insbesondere der zukünftige Regulierungsrahmen eine zu geringe Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermögliche. Zudem dürfe die Unsicherheit über das zukünftige Eigentum an den Netzen die Investitionsbereitschaft bremsen.

³⁴ Vgl. Artikel 2c Abs. 5 und Artikel 2 j des Vorschlags für eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1228/2003 zum grenzüberschreitenden Stromhandel sowie Artikel 2c Abs. 5 und Artikel 2h Abs. 1 des Vorschlags für eine Verordnung zur Änderung und Ergänzung der bestehenden Verordnung 1775/2005 über Erdgasfernleitungsnetze.

³⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 607.

³⁶ Auch die in Tz. 46 charakterisierten rechtlichen Risiken haben bei der skizzierten horizontalen Entflechtung die gleiche Gültigkeit wie im Fall der vertikalen Separierung. Mittlerweile hat das Land Hessen – inspiriert durch die unbefriedigende marktstrukturelle Ausgangssituation auf dem Elektrizitätsmarkt – einen Entwurf zur Änderung des GWB eingebracht, der die Aufnahme eines allgemeinen Entflechtungsparagrafen (§ 41a GWB-E) vorsieht. Dieser Paragraf ist dabei generell an den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1, 2 oder 3 GWB geknüpft. Zusätzliche Voraussetzung zu dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung soll nach dem Entwurf sein, dass in absehbarer Zeit kein wesentlicher Wettbewerb auf dem betrachteten Markt zu erwarten ist. Das Bundeskartellamt kann hierauf aufbauend anordnen, dass innerhalb angemessener Frist eine Veräußerung bestimmter Teile des Vermögens des betroffenen Unternehmens erfolgen muss oder auf eine andere Weise eine Verselbständigung zu erfolgen hat. Das marktbeherrschende Unternehmen soll dem Bundeskartellamt insoweit konkrete Vorschläge unterbreiten, zu deren wettbewerblichen Auswirkungen eine Stellungnahme der Monopolkommission vorgesehen ist. Der Monopolkommission obliegt es dabei auch, eigene Vorschläge zu unterbreiten. In der Gesetzesbegründung wird hervorgehoben, dass im Vorfeld der Entflechtung in mindestens einem Fall der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach-

parierung betreffe die marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Markt für den erstmaligen Stromabsatz. Die Unternehmen würden dazu veranlasst, innerhalb angemessener Frist bestimmte Teile ihres Kraftwerksparks zu veräußern oder auf andere Weise zu verselbständigen. Hierdurch ließe sich prinzipiell eine direkte Wettbewerbsbelebung auf der Erzeugerebene erreichen, sofern geeignete Käufer für die Kraftwerke gefunden werden könnten. Eine horizontale Entflechtung birgt jedoch ebenfalls nicht unerhebliche ökonomische Risiken, auf welche die Monopolkommission bereits mehrfach hingewiesen hat. So besteht unter anderem die Gefahr, dass für die Erzeuger nach der Abgabe von Kraftwerkskapazitäten eine angemessene Risikodiversifikation über verschiedene Kraftwerkstypen (Grundlast-, Mittellast- und Spitzenlastkraftwerke) nicht mehr möglich ist. Darüber hinaus würde eine horizontale Entflechtung – sofern sie nicht von einer vertikalen Separierung des Netzbetriebs begleitet wird – auch weitgehend die bisher praktizierte Regulierung des Netzbetriebs erforderlich machen.³⁷

35. Jede Form der eigentumsrechtlichen Entflechtung verursacht einmalige direkte volkswirtschaftliche Kosten von nicht unerheblichem Ausmaß, denen ein – seiner Höhe nach – unsicherer volkswirtschaftlicher Nutzen gegenübersteht. Diese Kosten setzen sich unter anderem aus Anwalts-, Notar-, Unternehmensberatungs- und Wirtschaftsprüfungskosten sowie den Kosten für die rechtliche und organisatorische Umstrukturierung zusammen. Vor diesem Hintergrund sind die Preiseffekte nach einer vorgenommenen eigentumsrechtlichen Entflechtung nicht vorhersehbar. Denkbar wäre auch, dass als Folge die Energiepreise steigen können.

36. Es ist davon auszugehen, dass durch den Entflechtungszwang der erzielbare Verkaufserlös im Vergleich zu einem freiwilligen Verkauf gemindert wird. Die betroffenen Unternehmen können sich, falls sie die Kaufgebote als zu gering erachten, nicht für den Eigenbetrieb der Netze entscheiden. Diese Information werden die Käufer bei ihren Geboten berücksichtigen. Der Verkaufserlös wird in der Regel umso geringer ausfallen, je kleiner der potenzielle Käuferkreis ist. Dies lässt sich zum einen da-

gewiesen sein müsse. Ferner müsse es sich um einen Markt für bedeutende oder gar unverzichtbare Güter handeln, an denen ein erhebliches versorgungs- und strukturpolitisches Interesse bestehe. Eine Entflechtung könne nur erfolgen, wenn zuvor eine umfassende Marktanalyse durchgeführt worden sei. Die Entflechtung darf nach dem Gesetzentwurf ausnahmsweise nicht erfolgen, wenn ein Ministerdispens erteilt wird (§ 42a GWB-E). Dieser Dispens setze jedoch voraus, dass die bestehenden Wettbewerbsbedingungen durch gesamtwirtschaftliche Vorteile aufgewogen werden oder die gegebene Struktur der betroffenen Unternehmen durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sind. Ebenso wie bei der Ministererlaubnis in Fusionsfällen soll eine vorherige Stellungnahme der Monopolkommission eingeholt werden. Der Gesetzentwurf vom 2. November 2007 wurde von Herrn Staatsminister Rhiel in der Sitzung des Bundesrates am 14. März 2008 vorgestellt. In der Sitzung wurde beschlossen, den Entwurf zur weiteren Beratung an den Wirtschaftsausschuss des Bundesrates zu verweisen.

³⁷ Darüber hinaus bestünde die Gefahr einer Rekonzentration, die sich im Zeitablauf nach einer vorgenommenen Entflechtung insbesondere durch Fusionen ergeben könnte. Dieser Gefahr wäre unbedingt im Rahmen der Fusionskontrolle vorzubeugen.

rauf zurückzuführen, dass sich die potenziellen Käufer strategisch verhalten. Zum anderen ist es möglich, dass durch die spezifischen Anforderungen an einen potenziellen Käufer eines Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzes Interessenten mit einer vergleichsweise höheren Zahlungsbereitschaft ausgeschlossen werden. Beschränkt wird der Käuferkreis zunächst durch die Anforderungen an das notwendige netzspezifische Know-how. Zusätzlich limitieren die Regelungen des EnWG, die Entflechtungsbestimmungen der Richtlinienvorschläge sowie das hierin vorgesehene Zertifizierungsverfahren³⁸ den Käuferkreis.

37. An der Wirksamkeit des Entflechtungsinstruments für den Gassektor hegt die Monopolkommission grundsätzlich Zweifel. Der Großteil des Gasangebotes erfolgt von Unternehmen, die ihren Hauptsitz außerhalb der EU haben. Sollten Netze, die sich in ihrem Eigentum befinden und innerhalb der Europäischen Gemeinschaft liegen, entflochten werden, können sie problemlos mit einer Erhöhung der Netzentgelte bzw. Gaspreise an den EU-Grenzen reagieren. Darüber hinaus kann eine vertikale Entflechtung im Gasbereich dazu führen, dass die Markteintritte echter Newcomer im Bereich der Stromerzeugung unterbleiben. Befürchtet z. B. das Unternehmen Gazprom, dass es sein geplantes Gaskraftwerk nicht mit Gas über die eigenen Netze beliefern darf, könnte dieser Umstand den Gaskonzern an einem Markteintritt auf den Markt für erstmaligen Stromabsatz hindern.

2.2 Unabhängiger Netzbetreiber (Independent System Operator, ISO)

38. Einen strukturellen Eingriff mit einer vergleichsweise geringeren Eingriffsintensität stellt die Schaffung eines unabhängigen Netzbetreibers dar (Independent System Operator, ISO).³⁹ Wird das ISO-Modell realisiert, so bleibt das Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetz zwar im Eigentum des vertikal integrierten Versorgungsunternehmens, die eigentliche Geschäftstätigkeit wird jedoch von dem unabhängigen Netzbetreiber wahrgenommen. Ein unabhängiger Netzbetreiber stellt ein Unternehmen oder eine Instanz dar, das bzw. die völlig getrennt von dem vertikal integrierten Unternehmen ist.⁴⁰ Der ISO wird auf Vorschlag des jeweiligen Eigentümers des Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzes vom Mitgliedstaat benannt, sofern ihm von der nationalen Regulierungsbehörde bescheinigt wurde, dass er den Anforderungen der Elektrizitäts- bzw. Gas-Richtlinie genügt.⁴¹ Die Benennung ist anschließend von der EU-Kommission zu genehmigen.⁴²

39. Die nationale Regulierungsbehörde überwacht im Anschluss die Beziehungen und die Kommunikation zwi-

³⁸ Vgl. Artikel 8b Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 7b Richtlinienvorschlag-Gas.

³⁹ Vgl. Artikel 10 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 9 Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁰ Vgl. Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Ziffer 1.2 sowie Richtlinienvorschlag-Gas, Ziffer 1.2.

⁴¹ Vgl. Art 10 Abs. 2 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 9 Abs. 2 Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴² Vgl. Art 10 Abs. 1 Satz 1 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 9 Abs. 1 Satz 1 Richtlinienvorschlag-Gas.

schen dem unabhängigen Netzbetreiber und dem Netzeigentümer.⁴³ Im Rahmen dieser Aufgabe hat sie die zwischen den Parteien getroffenen Verträge zu genehmigen und gegebenenfalls als Streitbeilegungsinstanz zu fungieren. Neben der Regelung und Gewährung des Netzzugangs Dritter ist der unabhängige Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber für den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes sowie für eine langfristig angelegte Investitionsplanung verantwortlich.⁴⁴ Er hat der nationalen Regulierungsbehörde jährlich eine Investitionsplanung vorzulegen und von dieser genehmigen zu lassen.⁴⁵ Die Regulierungsbehörde überprüft, ob die Investitionspläne mit dem europaweit geltenden zehnjährigen Netzentwicklungsplan übereinstimmen.⁴⁶ Der Eigentümer des Übertragungsnetzes hat die vom unabhängigen Netzbetreiber beschlossenen und von der Regulierungsbehörde genehmigten Investitionen entweder selbst zu finanzieren oder seine Zustimmung zur Finanzierung durch eine andere Partei, einschließlich des unabhängigen Netzbetreibers, zu erteilen.⁴⁷ Entsprechende Finanzierungsvereinbarungen unterliegen der Genehmigung der Regulierungsbehörde, die zuvor den Netzeigentümer sowie sonstige interessierte Parteien konsultieren muss. Die von den unabhängigen Netzbetreibern erhobenen Netzzugangstarife müssen dabei ein Entgelt für den bzw. die Netzeigentümer enthalten, das für die Nutzung der Netzvermögenswerte unter Berücksichtigung etwaiger neuer Investitionen in das Netz angemessen ist.⁴⁸ Dies ist durch die nationalen Regulierungsbehörden bei der Genehmigung der Netzentgelte entsprechend zu berücksichtigen.

40. Ein Vorteil des ISO-Modells gegenüber der eigentumsrechtlichen Entflechtung ist, dass das betroffene Verbundunternehmen Eigentümer des Netzes bleibt. Dieses Netz ist prinzipiell auch für andere Zwecke zu nutzen. So kann es bei Bedarf im Rahmen einer Kreditfinanzierung als Anlagevermögen beliehen werden. Ein zwangsweise angeordneter Verkauf könnte hingegen zu einer Minderung des Unternehmenswertes führen, was sich nachteilig auf die Kreditwürdigkeit auswirken kann.

41. Findet das ISO-Modell Anwendung, werden die aktuell gültigen Entflechtungsvorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes (§§ 6 bis 10 EnWG) erweitert.⁴⁹ Bei einer konsequenten Umsetzung des ISO-Modells kann eine

potenzielle Diskriminierung im Idealfall im gleichen Maße wie bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung unterbunden werden. Dies setzt jedoch spezifische zusätzliche Vorschriften, eine detaillierte Regulierung und umfassende Regulierungskontrollmechanismen voraus.⁵⁰

42. Die Monopolkommission hält es trotz einer umfassenden Kontrolle dennoch für realistisch, dass ein Verbundunternehmen als Netzeigentümer auch weiterhin die Möglichkeit hat, den ISO zu seinen Gunsten zu beeinflussen oder zumindest einen Informationsvorsprung gegenüber den Konkurrenten zu erlangen. So unterstützt die in Artikel 10 Abs. 6 Richtlinienvorschlag-Elektrizität sowie Artikel 9 Abs. 6 Richtlinienvorschlag-Gas geforderte Zusammenarbeit zwischen Netzeigentümer und unabhängigen Netzbetreiber die Möglichkeit zur Einflussnahme des Netzeigentümers auf den Netzbetreiber. Durch die Abhängigkeit von den Informationen des Netzeigentümers büßt der Netzbetreiber einen großen Teil der geforderten Unabhängigkeit ein. Ferner besteht auch die Gefahr, dass der ISO geschäftssensible Informationen des Netzeigentümers erhält und zu seinen Gunsten nutzt.

43. Die Verhinderung der Einflussnahme bzw. der Erlangung eines ungerechtfertigten Informationsvorsprungs hat im Vergleich zur eigentumsrechtlichen Entflechtung einen deutlich höheren Regulierungsaufwand und somit entsprechend höhere Kosten zur Folge. Darüber hinaus steigen die Transaktionskosten durch den Informationsaustausch und den erforderlichen Abstimmungsprozess zwischen dem ISO als zusätzlichem Marktteilnehmer auf der einen Seite und der Regulierungsbehörde sowie dem Netzeigentümer auf den jeweils anderen Seiten an. Falls sich sowohl für den Elektrizitäts- als auch im Gassektor durchsetzen ließe, dass alle Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetze in Deutschland oder gar in der EU von jeweils einem ISO betrieben werden würden, ließen sich erhebliche Größenvorteile realisieren. Die hierdurch induzierte deutliche Kostensenkung könnte im Ergebnis den skizzierten Transaktionskostenanstieg ausgleichen oder gar überkompensieren.⁵¹

44. Falls die Zwischenschaltung eines ISO jedoch zu einer Kostenerhöhung führt, diese aber nicht im Rahmen der Anreizregulierung Berücksichtigung findet, wird das Netzeigentum für die Verbundunternehmen nicht mehr reizvoll sein. Sie verlieren die Kontrolle über das Netz und haben die Netzinvestitionen auf Anweisungen Dritter durchzuführen, ohne eine gesicherte Rendite realisieren zu können. Der strategische Vorteil, den sie durch das Netzeigentum als vertikal integriertes Unternehmen erlangen, ist bei einer effektiven Regulierung auch nicht mehr gegeben. Vor diesem Hintergrund steht infrage, ob das ISO-Modell aus Sicht des Netzeigentümers sowie unter Betrachtung der zusätzlichen Transaktionskosten überhaupt eine echte Alternative ist.

⁴³ Vgl. Artikel 22c Abs. 2 b) Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Artikel 24c Abs. 2 b) Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁴ Vgl. Artikel 10 Abs. 5 Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Artikel 9 Abs. 5 Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁵ Vgl. Artikel 22c Abs. 2 c) Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Artikel 24 c Abs. 2 c) Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁶ Um als unabhängiger Netzbetreiber zugelassen zu werden, muss sich der jeweilige Bewerber im Vorfeld verpflichten, einen von der nationalen Regulierungsbehörde vorgeschlagenen zehnjährigen Netzentwicklungsplan im Sinne von Artikel 2c VO 1228/2003 umzusetzen (vgl. Artikel 10 Abs. 2c Richtlinienvorschlag-Elektrizität und Artikel 9 Abs. 2c Richtlinienvorschlag-Gas).

⁴⁷ Vgl. Artikel 10 Abs. 6 b) Richtlinienvorschlag-Elektrizität und Artikel 9 Abs. 6 b) Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁸ Vgl. 22c Abs. 2 d) Richtlinienvorschlag-Elektrizität und Artikel 24c Abs. 2 d) Richtlinienvorschlag-Gas.

⁴⁹ Vgl. zur Würdigung der Entflechtungsvorgaben des EnWG Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 230 ff., 466 ff.

⁵⁰ Vgl. Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Ziff. 1.2.

⁵¹ Ähnliche Größenvorteile ließen sich unter Umständen auch nach einer vorgenommenen eigentumsrechtlichen Entflechtung der Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetze realisieren, sofern alle Netze von einem Netzunternehmen gekauft würden.

2.3 Abschließende Würdigung der Monopolkommission

45. Die Monopolkommission vertritt wie auch die EU-Kommission die Ansicht, dass strukturpolitische Eingriffe ein ursachenadäquates Instrument darstellen, um den Wettbewerb auf dem Energiemarkt langfristig zu forcieren. Dennoch bilden die Untersuchungen der EU-Kommission und die hieraus abgeleiteten Implikationen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine hinreichende Basis, um einen derartig harten strukturpolitischen Eingriff rechtfertigen zu können. Die Untersuchungen der EU-Kommission beziehen sich auf einen Zeitraum, in dem die Regulierung der Netzanschluss- und Netzzugangsmodalitäten auf dem deutschen Markt für leitungsgebundene Energien noch nicht existierte bzw. gerade erst im Aufbau begriffen war.⁵² Der deutsche Gesetzgeber hat sich im Einklang mit den europäischen Vorgaben zunächst für eine Regulierung der Netze unter Beibehaltung der bestehenden Konzernstrukturen entschieden. Aus ökonomischer Sicht stellt die Regulierung der Netze eine mögliche Alternative beim Umgang mit monopolistischen Bottlenecks dar, wobei sie bei einem vertikal integrierten Unternehmen entsprechend aufwendiger ausgestaltet sein muss. Dem deutschen Regulierungsmodell kann jedoch nur attestiert werden, dass es die gewünschte Wirkung nicht entfaltet hat, sofern ihm ein realistisches Maß an Zeit für eine Entfaltung zugesprochen wurde.

46. Gegen die von der EU-Kommission favorisierte eigentumsrechtliche Entflechtung sprechen darüber hinaus auch rechtliche Erwägungen und Hürden. Ob die Gemeinschaft zu einem solchen Unbundling überhaupt die Gesetzgebungskompetenz hat, ist im Hinblick auf Artikel 295 EGV zweifelhaft; danach berührt der EG-Vertrag nicht die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung stellt ferner einen erheblichen Eingriff in die privaten Eigentumsrechte dar. Es ist anzunehmen, dass die Maßnahme von den Betroffenen gerichtlich angegriffen und in langwierigen Verfahren überprüft würde, so dass in der Zwischenzeit große Rechtsunsicherheit bestünde. Bei der Umsetzung der Richtlinie ist der deutsche Gesetzgeber an die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie nach Artikel 14 Abs. 1 GG gebunden. Darüber hinaus kann eine eigentumsrechtliche Entflechtung mit Artikel 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten kollidieren. Durch die vorgesehene eigentumsrechtliche Trennung von Netzbetrieb und Energieerzeugung bzw. -gewinnung sowie -verteilung wird nicht zuletzt auch der Schutzbereich des gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsrechts berührt. Die Grundrechte gehören nach ständiger Rechtsprechung

des EuGH zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der EuGH sichert. Künftig wird die Charta der Grundrechte für alle Gemeinschaftsorgane verbindliche Wirkung haben. Eingriffe in das Gemeinschaftsgrundrecht sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet, erforderlich und zudem angemessen sind.

Die Monopolkommission hegt an der Angemessenheit dieses harten eigentumsrechtlichen Eingriffs zum gegenwärtigen Zeitpunkt erhebliche Zweifel. Dies gilt in besonderem Maße für den Gassektor. Gas kann von einer beträchtlichen Anzahl aktueller bzw. potenzieller Kunden durch andere Produkte wie Öl substituiert werden. Somit sind die Möglichkeiten zur Ausübung von Marktmacht im Vergleich zum Stromsektor deutlich geringer. Darüber hinaus bezweifelt die Monopolkommission – wie bereits erläutert – generell, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung ein ursachenadäquates Instrument zur Lösung der Wettbewerbsprobleme auf dem Gasmarkt darstellt. Falls Unternehmen wie Gazprom zu einer Entflechtung ihrer Netze innerhalb der EU gezwungen werden sollten, können sie hierauf problemlos mit einer Erhöhung der Netzentgelte/Gaspreise an der russischen Grenze reagieren. Bei einer Trennung von Gasproduktion, Transport und Vertrieb wäre die Gefahr einer doppelten Marginalisierung erheblich größer als auf dem Strommarkt, da die Gasimportpreise kaum beeinflusst werden können. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass sich keine Unternehmen finden werden, die im Gassektor in Deutschland investieren wollen.⁵³

47. Um den starken eigentumsrechtlichen Eingriff etwas abzumildern, sieht die EU-Kommission in ihren Richtlinienvorschlägen auch das Modell eines „Aktiensplit“ vor.⁵⁴ In diesem Fall soll die Aufspaltung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens durch den Tausch der alten Aktie gegen zwei neue Aktien, eine Aktie für Erzeugung bzw. Gasimport und Vertrieb sowie eine Aktie für den Netzbetrieb, erfolgen. Hierdurch wird die Netzgesellschaft rechtlich unabhängig und hat einen vom übrigen Unternehmensverbund personell getrennten Vorstand und Aufsichtsrat. Ein Aktiensplit eignet sich jedoch nur, sofern durch Auflagen sichergestellt werden kann, dass es zu einer dauerhaften Abspaltung des Netzes vom übrigen Unternehmensverbund kommt. Hierbei wird angenommen, dass sich durch den kontinuierlichen Aktienhandel die Eigentümerstruktur eines Unternehmens im Zeitablauf ändert. Dabei ist die breite Streuung der Aktien jedoch eine Voraussetzung. Die Monopolkommission hat bereits in vergangenen Gutachten darauf hingewiesen, dass sich diese Lösung bei der derzeitigen Eigentümerstruktur der deutschen Verbundunternehmen nicht eignet.⁵⁵ Bis auf die E.ON AG, die sich zum überwiegenden Teil in Streubesitz befindet, halten staatliche Akteure ei-

⁵² Vgl. European Commission, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724 vom 10. Januar 2007. In dieser Untersuchung werden Daten bis zum Beginn des Jahres 2006 genutzt. Die zugrunde liegenden Daten, die das von der Generaldirektion Wettbewerb beauftragte Beratungsunternehmen London Economics nutzte, beziehen sich auf die Jahre 2003 bis einschließlich 2005. Vgl. London Economics, Structure and Performance of Six European Wholesale Electricity Markets in 2003, 2004 and 2005, February 2007, S. 257.

⁵³ Vgl. ausführlich zu den Auswirkungen der vorgesehenen Entflechtungsmaßnahmen auf den Gassektor Dorigoni, S., Pontoni, F., Ownership Separation of the Gas Transportation Network: Theory and Practice, Working Paper n. 9, March 2008, <http://www.iefc.uni-bocconi.it> [Stand: 15.05.2008].

⁵⁴ Vgl. Richtlinienvorschlag-Elektrizität, Ziffer 1.2 sowie Richtlinienvorschlag-Gas, Ziffer 1.2.

⁵⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 611.

nen signifikanten Anteil an den verbleibenden drei Verbundunternehmen. Insbesondere im Fall der Vattenfall Europe AG, die eine 100 Prozent-Tochter des schwedischen Staatskonzerns Vattenfall AB ist, wird sich die gewünschte dauerhafte Abspaltung nicht einstellen. Vielmehr werden die Aktionäre beider Gesellschaften auf eine gleichartige Unternehmensstrategie hinwirken, da hierdurch der Gewinn des Gesamtkonzerns maximiert werden kann.

48. Die EU-Kommission betont zwar in ihren Erwägungsgründen, dass dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen öffentlichem und privatem Sektor Rechnung getragen werden soll. Zugleich führt sie jedoch aus, dass es für den öffentlichen Sektor ausreichen kann, wenn zwei voneinander getrennte öffentliche Einrichtungen Kontrolle über die Gasgewinnungsaktivitäten (bzw. die Stromerzeugungs- und Versorgungsaktivitäten) einerseits und die Fernleitungsaktivitäten (bzw. die Übertragungsaktivitäten) andererseits ausüben.⁵⁶ Dieser Widerspruch macht die asymmetrische Wirkung des Entflechtungsinstruments in den betroffenen EU-Ländern deutlich. Während z. B. der vertikal integrierte Stromkonzern E.ON durch den französischen Staat kontrolliert wird, sind Unternehmen wie E.ON über weite Teile in privatem Streubesitz. Im Falle von E.ON würde eine echte Trennung von Netzbetrieb sowie Erzeugungs- und Versorgungsaktivitäten erreicht. Dagegen wäre bei dem französischen Staatsunternehmen denkbar und nicht unwahrscheinlich, dass diese Aufgaben schlicht von unterschiedlichen Ministerien wahrgenommen werden. Aufgrund dieser ungleich gewichteten Maßnahmen könnte es zu einer mittel- bis langfristigen Wettbewerbsbelebung in Deutschland kommen, während die Maßnahme in Frankreich wirkungslos bliebe.

49. Auch das von der EU-Kommission alternativ vorgeschlagene ISO-Modell ist den oben skizzierten eigentumsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Zwar weist dieses Modell im Vergleich zur eigentumsrechtlichen Entflechtung eine geringere Eingriffstiefe auf. Gleichwohl ist auch die Verhältnismäßigkeit bzw. Angemessenheit dieser Maßnahme sehr zweifelhaft, da die Verfügungsgewalt und Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers beim ISO-Modell ebenfalls in erheblichem Umfang beschnitten werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der unabhängige Netzbetreiber und nicht der Eigentümer über die zu tätigen Investitionen entscheidet. Zudem ist die Realisierung des ISO-Modells mit einem erheblich höheren Regulierungsaufwand verbunden.

50. Vor diesem Hintergrund wirkt der Richtlinienentwurf der EU-Kommission voreilig. Aus Sicht der Monopolkommission sollte es in den nächsten zwei bis drei Jahren die oberste Priorität sein, die bestehende Netzregulierung zu festigen. Zusätzlich sollte das von der Monopolkommission im Sondergutachten Energie vorgeschlagene Maßnahmenbündel zur Senkung der strukturel-

len Marktzutrittsschranken zügig umgesetzt werden.⁵⁷ Falls sich nach einem Zeitraum von etwa sechs Jahren nach dem Beginn der Regulierung noch immer gravierende strukturelle Defizite auf den Märkten für leitungsgebundenen Energien nachweisen lassen, wäre eine eigentumsrechtliche Entflechtung als Ultima Ratio denkbar.

2.4 Aktuelle Entwicklung

51. Die Pläne der EU-Kommission stoßen auf geteiltes Echo in den Mitgliedstaaten. Während vor allem Großbritannien, die Niederlande, Schweden und Dänemark den Vorschlag der EU-Kommission unterstützen, trifft er insbesondere in Frankreich und Deutschland auf erheblichen Widerstand.⁵⁸ Diese beiden Länder haben einen Alternativvorschlag erarbeitet, den sog. dritten Weg („efficient and effective unbundling“), und sechs weitere Mitgliedstaaten⁵⁹ zur Unterstützung ihres Vorhabens gewinnen können. Der dritte Weg stellt eine weitere Alternative zur eigentumsrechtlichen Entflechtung und zum ISO-Modell dar, bei der die vertikale Integration der Versorgungsunternehmen auch weiterhin möglich sein soll. Demnach kann der von der EU-Kommission angestrebte Erfolg einer wirksamen Abtrennung des Netzbetriebs bereits durch die Einführung von Kontrollmaßnahmen und Sicherheitsklauseln gewährleistet werden. Diese gehen zum Teil über die bereits bestehenden europäischen und in nationales Recht umgesetzten Vorgaben hinaus (§§ 7 ff. EnWG). So soll ein Compliance-Programm zur Verhinderung einer Diskriminierung beim Netzzugang und Netzanschluss beitragen, dessen Einhaltung in den Unternehmen durch einen Compliance Officer zu überwachen ist. Dabei kann das Netzunternehmen den Compliance Officer selbst bestimmen. Im Gegensatz zum ISO-Modell der EU-Kommission soll der Mutterkonzern auch weiterhin Einfluss auf gewichtige Investitionsentscheidungen des Netzbetreibers ausüben können, indem er den jährlichen Finanzplan des Netzbetreibers genehmigt. Der Mutterkonzern erhält weiterhin die Möglichkeit, die Höhe des Verschuldungsgrades der Netztochter zu bestimmen. Dagegen soll der Netzbetreiber im Rahmen des Tagesgeschäfts unabhängig agieren können und nicht den Weisungen des Mutterkonzerns unterliegen. Auch die operationelle Entflechtungsvorgabe des § 8 EnWG soll

⁵⁶ Vgl. Erwägungsgrund 12 des Richtlinienvorschlags-Elektrizität bzw. des Richtlinienvorschlags-Gas.

⁵⁷ Zur Förderung eines strukturell gesicherten Wettbewerbs hat die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom November 2007 ein detailliertes Maßnahmenbündel für den Elektrizitäts- und Gasmarkt zusammengestellt. Hierbei spricht sie sich insbesondere für die Einführung eines zeitlich befristeten Moratoriums für die Erweiterung von Erzeugungskapazitäten durch die marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen aus. Hierdurch sollen (potenzielle) Wettbewerber die Gelegenheit erhalten, eigene Kraftwerkskapazitäten zu schaffen. Eine Aufhebung des Moratoriums kann dann erfolgen, wenn die Energieversorgungsunternehmen die grenzüberschreitenden Leitungsempässe beseitigt haben und/oder der Marktanteil an der Erzeugung erheblich gesunken ist. Vgl. detailliert zu den Vorschlägen der Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 613 ff., 466 ff.

⁵⁸ Die Länder berufen sich dabei insbesondere auf verfassungsrechtliche Bedenken, die Verletzung der Freiheit des Kapitalverkehrs sowie negative soziale Konsequenzen.

⁵⁹ Hierbei handelt es sich um die Länder Österreich, Bulgarien, Griechenland, Luxemburg, Lettland und die Slowakei.

insoweit verschärft werden, als Vorstandsmitglieder der Netzgesellschaft in den vergangenen drei Jahren keine Funktionen in den Bereichen Erzeugung und Vertrieb innerhalb des Konzerns wahrgenommen haben dürfen. Zusätzlich soll das übrige Personal bei der Netzgesellschaft angestellt sein. Eine Entsendung von Personen, die in anderen Geschäftsfeldern des Mutterkonzerns tätig sind, bleibt möglich, sofern hiervon kein diskriminierendes Potenzial ausgeht.

52. Am 29. Januar 2008 haben sich die acht Mitgliedstaaten in einem gemeinsamen Brief an die EU-Kommission und den federführenden Industrieausschuss des EU-Parlaments gewandt, um ihre Bedenken vorzutragen und um für den eigenen Vorschlag zu werben. Der Industrieausschuss hat sich jedoch mit knapper Mehrheit für den Vorschlag der EU-Kommission und gegen den Alternativvorschlag dieser Mitgliedstaaten ausgesprochen.

53. Vor dem Hintergrund, dass die acht Befürworterstaaten des dritten Weges eine Einigung im Ministerrat blockieren können, sucht die EU-Kommission einen Kompromiss mit den Gegnern ihres Vorschlags. Zunächst erhoffte sich die EU-Kommission, diesen Kompromiss auf der Basis einer deutlichen Verschärfung des dritten Weges erreichen zu können. So sollte ein von den Regulierungsbehörden bestimmter, unabhängiger Treuhänder eingesetzt werden. Dieser Treuhänder hätte die Aufgabe erhalten, die Aufsichtsratsmitglieder der Netztochter zu ernennen.⁶⁰ Die acht Mitgliedstaaten lehnten den Einsatz eines Treuhänders jedoch strikt ab. Im Mai 2008 hat die EU-Kommission sodann ihre Bereitschaft signalisiert, einen dritten Weg ohne den Einsatz eines unabhängigen Treuhänders einzuführen. Sie hat in diesem Zusammenhang zunächst einen Ergänzungsentwurf für den Richtlinienvorschlag auf dem Gasmarkt erarbeitet.⁶¹ Eine entsprechende Regelung soll auch für den Strommarkt folgen, sofern dieser Arbeitsentwurf der EU-Kommission eine Mehrheit findet. Statt eines unabhängigen Treuhänders sollen nun die Anteilseigner der Netzgesellschaft (in der Regel der Mutterkonzern) die Aufsichtsratsmitglieder bestimmen. Dabei soll der Aufsichtsrat (Supervisory Body) für alle Entscheidungen zuständig sein, die einen beträchtlichen Einfluss auf das Anlagevermögen des vertikal integrierten Unternehmens haben könnten.⁶² Zusätzlich soll den Regulierungsbehörden ein Vetorecht eingeräumt werden, dass sich auch auf Personal- und Investitionsentscheidungen des Aufsichtsrats erstreckt. Derartige Entscheidungen sind der nationalen Regulierungsbehörde mitzuteilen und werden nur dann verbindlich, wenn die Behörde nicht innerhalb einer Frist von drei Wochen widerspricht. Im Juni 2006 einigte sich der

⁶⁰ Vgl. Hauschild, H. Stratmann, K., Brüssel sucht im Netzstreit Kompromiss, Handelsblatt vom 15. Mai 2008, S. 12.

⁶¹ Vgl. EU-Kommission, Draft of 08/05, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, <http://www.euractiv.com/de/energie/energieliberalisierung-kompromiss-sicht/article-172423> [Stand: 16.05. 2008].

⁶² Dies betrifft insbesondere die Genehmigung des jährlichen Finanzplans, die Höhe des Verschuldungsgrads des Netzbetreibers und die Höhe der an die Anteilseigner auszuschüttenden Dividenden.

Ministerrat, den dritten Weg als zusätzliche Option in das Legislativpaket für beide Sektoren – Strom und Gas – aufzunehmen.⁶³

54. Die Monopolkommission unterstützt prinzipiell den Weg einer Verschärfung der bestehenden Entflechtungsvorschriften des EnWG. Zweifelhaft ist, ob die von den acht Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Maßnahmen bereits ausreichen, um eine Diskriminierung der Transportdienstleistungsnachfrager wirksam zu verhindern. Wie die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten zum Energiemarkt dargelegt hat, sollte es sämtlichen Mitarbeitern des Netzbetreibers verboten sein, andere Funktionen innerhalb des Konzerns wahrzunehmen.⁶⁴ Dies würde die Weitergabe von Informationen und die Bevorzugung von Konzernschwestern deutlich erschweren. Deshalb begrüßt die Monopolkommission, dass im aktuellen Kompromissvorschlag der EU-Kommission eine Entsendung von Personal aus anderen Geschäftsbereichen des Mutterkonzerns in die Netzgesellschaft – anders als beim sog. dritten Weg der acht Mitgliedstaaten – generell ausgeschlossen wird.

55. Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass die EU-Kommission das Ziel einer Verbesserung der strukturellen Ausgangssituation auf dem Energiemarkt nicht nur im Rahmen der skizzierten Gesetzesinitiative, sondern auch bei der Ausübung ihrer Exekutivfunktion innerhalb von Missbrauchsverfahren verfolgt. Diese wurden, wie bereits erwähnt, gegen vier große europäische Energieversorger eingeleitet. Hierbei kann die EU-Kommission schon erste Erfolge in struktureller Hinsicht verzeichnen. Unter dem Damoklesschwert einer möglichen Bußgeldfestsetzung von bis zu 10 Prozent des weltweiten Konzernumsatzes hat die deutsche E.ON AG angeboten, die eigenen Übertragungsnetze an einen Betreiber zu veräußern, der nicht im Bereich der Stromerzeugung oder Stromversorgung tätig ist. Zudem will E.ON 4 800 MW Kraftwerksleistung an Wettbewerber verkaufen.⁶⁵ Die EU-Kommission prüft aktuell diese Verpflichtungszusage von E.ON und unterzieht sie einem Markttest. Im Rahmen dieses Markttests werden verschiedene europäische Marktteilnehmer hinsichtlich der Wettbewerbseffekte der von E.ON gemachten Zusagen befragt. Nach dieser Prü-

⁶³ Vgl. Hauschild, H., Energiekonzerne dürfen ihre Netze behalten, Handelsblatt vom 9. Juni 2008, S. 3. Nachdem sich der Ministerrat am 6. Juni 2008 auf eine Verschärfung des dritten Weges als zusätzliche Option geeinigt hat, fand dieser Kompromiss im EU-Parlament bisher keine Mehrheit. Vgl. Hauschild, H., Neue Runde im Streit um Energiekonzerne, EU-Parlament stimmt für Zerschlagung der Versorger, Handelsblatt vom 19. Juni 2008, S. 5.

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 49, a. a. O., Tz. 243.

⁶⁵ Dies entspricht knapp einem Fünftel der Erzeugungskapazität von E.ON in Deutschland. Vgl. E.ON AG (Hrsg.), E.ON schlägt strukturelle Maßnahmen für mehr Wettbewerb im deutschen Strommarkt vor, Pressemitteilung vom 28. Februar 2008, <http://www.eon.com/de/presse/news-show.do?id=8449> [Stand: 15.04.2008]. Im Mai 2008 hat auch die RWE AG angekündigt, dass sie über den Verkauf ihres Gastransportnetzes nachdenke, um ein drohendes Bußgeldverfahren abzuwenden. Die Idee für einen möglichen Netzverkauf kam dabei von der Generaldirektion Wettbewerb, nicht wie im Falle E.ON vom Unternehmen selbst. Vgl. Flauger, J., Hauschild, H., Stratmann, K., RWE brüskiert Merkel, Handelsblatt vom 29. Mai 2008, S. 3.

fung, die sich noch einige Monate hinziehen kann, entscheidet die EU-Kommission über die Einstellung der laufenden Kartellverfahren gegen E.ON. Sollte die EU-Kommission auf diese Verpflichtungszusage von E.ON eingehen, würde sie das Verfahren einstellen und die Zusage für bindend für die Unternehmen im Sinne von Artikel 9 Abs. 1 der Verordnung 1/2003 erklären. Für die Abgabe der Erzeugungskapazitäten wird E.ON ab dem Zeitpunkt der Entscheidung ein Zeitraum von sechs Monaten eingeräumt. Sofern es erforderlich ist, kann dieser Zeitraum um zusätzliche sechs Monate erweitert werden. Für die Veräußerung des Übertragungsnetzes werden dem deutschen Verbundunternehmen zwei Jahre eingeräumt.⁶⁶

56. Typischerweise unterliegen derartige Verpflichtungszusagen, die unter dem Eindruck eines drohenden Bußgeldes und einer langen Verfahrensdauer getätigt werden, keiner regelmäßigen gerichtlichen Überprüfung. Der dargestellte Verfahrensverlauf macht deutlich, dass die EU-Kommission infolge ihres gesetzlichen Initiativmonopols und ihrer zugleich bestehenden weitreichenden Exekutivfunktionen über eine „Doppelmacht“ im Wettbewerbsrecht verfügt.⁶⁷ Ziele, welche die EU-Kommission im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten nicht zu realisieren vermag, kann sie als ausführendes Organ einfacher durchsetzen, da ihr im Wettbewerbsrecht weitreichende Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten eingeräumt werden.

3 Übergang von der Regulierung zur Wettbewerbsaufsicht bei Telekommunikationsmärkten

57. Die sektorspezifische Regulierung der Telekommunikationsmärkte war von Beginn an auf Zeit angelegt.⁶⁸ Ihre Notwendigkeit entfällt, sobald ein Markt nachhaltig wettbewerbsorientiert ist. In ihrem letzten Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten hat die Monopolkommission festgestellt, dass der Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten im Festnetz inzwischen soweit gefestigt ist, dass auch nach einer Rückführung der Regulierung nicht mit einer Remonopolisierung zu rechnen ist.⁶⁹ An die Stelle der Regulierung nach dem TKG tritt die Wettbewerbsaufsicht nach dem GWB. Die institutionelle Zuständigkeit wechselt von der Bundesnetzagentur zum Bundeskartellamt. Dabei vollzieht sich der Übergang von Märkten in das allgemeine Wettbewerbsrecht im Wesentlichen auf zwei Wegen. Entweder erfüllt ein Markt die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG für die Regulierungsbedürftigkeit nicht oder

die Marktanalyse gemäß § 11 TKG kommt zu dem Ergebnis, dass auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. In der Diskussion um den Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht stehen zwei Aspekte im Vordergrund. Erstens wird bemängelt, dass die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 TKG, der so genannte Drei-Kriterien-Test, lediglich kursorisch durchgeführt wird. Unzureichend geprüft werde insbesondere das Kriterium der Insuffizienz des Wettbewerbsrechts. In der Folge komme es zu einer Zementierung der Regulierung. Zweitens wird vorgebracht, dass das Wettbewerbsrecht bei der Verfolgung von missbräuchlichen Verhaltensweisen weniger effizient sei als die Ex-Post-Regulierung nach dem TKG und dass die Regulierungsbehörde für die Missbrauchsaufsicht im Bereich der Telekommunikation die sachnähere Behörde sei. Daher bedürfe es bei der Deregulierung eines Zwischenschritts. Dazu werden verschiedene Vorschläge diskutiert. Statt einen Markt unmittelbar in das allgemeine Wettbewerbsrecht zu entlassen, soll zunächst eine Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des TKG durchgeführt werden, die auch auf Telekommunikationsmärkten Anwendung findet, für die die Regulierungsbedürftigkeit nicht vorliegt. Vorgeschlagen wird zudem, dass die Missbrauchsaufsicht institutionell bei der Regulierungsbehörde verbleibt, diese aber Wettbewerbsrecht anwendet. Relativ neu in der Diskussion ist der Vorschlag, dass die Anwendung von Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht sowie die institutionelle Zuordnung der Aufsicht mithilfe einer sog. „ladder of remedies“ vorgenommen wird.

3.1 Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit

58. Nach § 10 TKG kommen für eine sektorspezifische Regulierung nur Märkte in Betracht, die (i) durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (ii) längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (iii) die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Dieser sog. Drei-Kriterien-Test hat seine gemeinschaftsrechtliche Grundlage in den Erwägungsgründen der Märkteempfehlungen der Europäischen Kommission aus den Jahren 2003 und 2007 sowie in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.⁷⁰ Mit

⁶⁶ Vgl. E.ON AG (Hrsg.), E.ON nennt Einzelheiten zur Abgabe von Netz- und Kraftwerkskapazitäten, Pressemitteilung vom 14. Mai 2008, <http://www.eon.com/de/presse/news-show.do?id=8647&back=%2fde%2f421.jsp> [Stand: 15.05.2008].

⁶⁷ Vgl. hierzu auch Ehrlicke, U., Die Doppelmacht der Kommission in Wettbewerbsachen – ein Plädoyer für die Etablierung einer eigenständigen und unabhängigen EG-Wettbewerbsbehörde, *Wirtschaft und Wettbewerb* 58, 2008, S. 411.

⁶⁸ Vgl. Monopolkommission, *Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?*, Sondergutachten 29, Baden-Baden 2000, Tz. 1.

⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, *Sondergutachten 50*, a. a. O., Tz. 66 f., 243.

⁷⁰ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, *ABl. EG Nr. L 114* vom 8. Mai 2003 (Märkteempfehlung), S. 45; Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, *ABl. EG Nr. L 344* vom 28. Dezember 2007 (überarbeitete Märkteempfehlung), S. 45; Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), *ABl. EG Nr. L 108* vom 24. April 2002, S. 33.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.