

## 2. Vorlesung: Entflechtung

### A) Begriff der Entflechtung

#### I) Unbundling

Unter Entflechtung (englisch: unbundling) versteht man *„die Trennung von Unternehmensteilen zur Herstellung und Stärkung der Unabhängigkeit zwischen verschiedenen Geschäftsfeldern eines Unternehmens“*.

Dies kann geschehen in Form der rechtlichen Entflechtung (legal unbundling), der operationellen Entflechtung (functional unbundling), der informationellen Entflechtung (informational unbundling), der buchhalterischen Entflechtung (unbundling of accounts) und der eigentumsrechtlichen Entflechtung (ownership unbundling). Dabei stellt die eigentumsrechtliche Entflechtung die schärfste Form der Entflechtung dar und gleichzeitig den stärksten Eingriff in die unternehmerische Freiheit vor dem Hintergrund von Art. 2, 12 und 14 GG. Die anderen Formen der Entflechtung sind weniger eingriffsintensiv. In den §§ 6 ff. EnWG werden sie in Kombination miteinander angewendet.

#### II) Geschichte: *Sherman Antitrust Act*

Das im Jahre 1890 erlassene und nach seinem Autor benannte Gesetz stellt eine Reaktion auf die sich in der damals rasch wachsenden US-Wirtschaft herausbildenden Monopole dar. Neben einem generellen Monopolverbot, einem Verbot horizontaler Absprachen sowie verschiedenen Strafvorschriften sah das Gesetz auch die Möglichkeit einer Entflechtung vor, d.h. Unternehmen mit Monopolstellung konnten unter bestimmten Voraussetzungen aufgeteilt werden. Auf Grundlage des *Sherman Antitrust Acts* sind in den Vereinigten Staaten von Amerika bereits ab Beginn des 20. Jahrhunderts eine Reihe großer Konzerne zerschlagen worden, wie z.B. American Tobacco (1911), Standard Oil (1911) und AT&T (1982).

### B) Zielrichtung der Entflechtungsvorschriften des EnWG

Zielrichtung und Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften werden in § 6 EnWG definiert. Energieleitungsnetze stellen nach nahezu einhelliger Auffassung **natürliche Monopole** dar. Der Aufbau weiterer Parallelnetze ist ökonomisch sinnlos. Wer Eigentümer

eines Netzes ist, beherrscht den Markt im Netzgebiet. Neben den Vorschriften des EnWG sind deshalb immer auch die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20, 29 GWB und des Art. 82 EG zu beachten, die ein Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung beinhalten. Während die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften jedoch nur eine Missbrauchsabwehr beinhalten, sind die Entflechtungsvorschriften des EnWG wesentlich weitgehender in Funktion und Wirkungsweise. Das liegt an der unterschiedlichen Ausgangssituation: während die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften eine Störung des Wettbewerbs wieder beseitigen sollen, der zuvor bereits funktioniert hat, dienen die Entflechtungsvorschriften der erstmaligen Schaffung von Wettbewerb auf einem Markt, dessen Kernstück, das Netz, eben ein natürliches Monopol darstellt und dessen Randbereiche bis zum Beginn der Liberalisierung in den 90er Jahren auch in **Gebietsmonopole** aufgeteilt waren. Insgesamt dienen die Entflechtungsvorschriften der Schaffung eines europäischen Energiebinnenmarktes.

Aus den Zeiten der Gebietsmonopole sind vertikal integrierte EVU hervorgegangen, insbesondere die vier Übertragungsnetzbetreiber e.on, EnBW, RWE und Vattenfall. Aber auch viele Stadtwerke sind mittlerweile vertikal integrierte EVU. Das vertikal integrierte EVU ist in § 3 Nr. 38 EnWG legaldefiniert als: *„Ein im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen oder eine im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätige Gruppe von Unternehmen, die im Sinne des Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. EU Nr. L 24 S.1) miteinander verbunden sind, wobei das betreffende Unternehmen oder die betreffende Gruppe im Elektrizitätsbereich eine der Funktionen Übertragung oder Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität oder im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt“*.

Eine Konstellation, in der integrierte Unternehmen, die sowohl Zugriff auf die Netze haben als auch im Erzeugungs- oder Verteilermarkt tätig sind, mit nicht integrierten Unternehmen konkurrieren, die nur auf dem Erzeugungs- oder Verteilermarkt tätig sind, birgt unterschiedlichste unlautere Manipulationsmöglichkeiten für die integrierten Unternehmen, um sich dieser Konkurrenz zu verwehren. Dies stellt eine wesentliche Gefahr für den Wettbewerb dar.

Beispielsweise kann ein vertikal integriertes EVU seinen hauseigenen Energieversorger direkt durch **niedrigere Durchleitungspreise** bevorzugen. Denkbar sind auch **versteckte Quersubventionierungen** der Vertriebsparten des integrierten EVU durch dessen Netzsparte, wodurch wiederum die Konkurrenten auch durch erhöhte Netznutzungsentgelte diskriminiert werden. Auch durch die Schaffung eines **Informationsvorsprungs** der eigenen Vertriebsparten lassen sich Konkurrenten diskriminieren. Insgesamt ist zur Schaffung eines fairen Wettbewerbs auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkten die Gleichbehandlung interner und externer Unternehmen durch den Netzbetreiber nötig. Die Entflechtungsvorschriften alleine können dieses Ziel nicht gewährleisten. Sie treten als dritte Säule neben die Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung, sind diesen aber gewissermaßen vorgelagert. Ihr wesentlichstes Ziel ist die **Schaffung der Transparenz**, die eine sachgerechte Kontrolle von Netzzugang und Netzentgelten erst ermöglicht.

## C) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Entflechtung

Die effiziente Trennung der energiewirtschaftlichen Funktionen Produktion, Vertrieb und Speicherung vom Netzbetrieb, d.h. von Übertragung, Fernleitung und Verteilung, ist eines der herausragenden Ziele der sog. **Beschleunigungsrichtlinien** Elektrizität und Gas. So heißt es etwa in Art. 10 Abs. 1 der Elektrizitätsrichtlinie: „*Gehört der Übertragungsnetzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen, so muss er zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Übertragung zusammenhängen.*“ Art. 15 der Richtlinie enthält eine ähnliche Regelung für Verteilnetzbetreiber, sowie Art. 12 und 16 zur informationellen Entflechtung und Art. 18 und 19 zur buchhalterischen Entflechtung.

**Exkurs:** *Europäische Richtlinien sind Gesetze des europäischen Parlaments und des Rates der europäischen Union, die in den Mitgliedsstaaten nicht unmittelbar für die Bürger oder Unternehmen gelten, sondern nur die Staaten selbst binden. Sie bedürfen eines Transformationsaktes. Nach Art. 249 Abs. 3 EG ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel.*

Die Entflechtungsvorschriften der Elektrizitätsrichtlinie wurde in Deutschland in den §§ 6 ff. EnWG umgesetzt.

## D) Erscheinungsformen der Entflechtung

### I) *Rechtliche Entflechtung* (§ 7 EnWG)

Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung (*legal unbundling*) stellt einen recht weitgehenden Eingriff in die unternehmerische Handlungsfreiheit dar, da von den Unternehmen die vollständige **gesellschaftsrechtliche Trennung** des Netzbetriebs von den anderen energiewirtschaftlichen Tätigkeiten verlangt wird (§ 7 Abs. 1 EnWG). Die Trennung in verschiedene Rechtssubjekte soll die Transparenz der wechselseitigen Beziehungen zwischen den einzelnen Sparten eines integrierten EVU erhöhen. Intendiert ist auch, durch die Trennung zu einer Diversifizierung von Unternehmensinteressen beizutragen. Ob das gelingt, ist allerdings fraglich. Es leuchtet nicht unbedingt ein, dass der Geschäftsführer einer Tochter-GmbH automatisch anders denkt als der Abteilungsleiter einer Netzsparte.

Zu unterscheiden ist die gesellschaftsrechtliche Entflechtung von der eigentumsrechtlichen Entflechtung (s.u.). Während bei der eigentumsrechtlichen Entflechtung die integrierten EVU das Eigentum an den Netzen in irgendeiner Form verlieren, können sie bei der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung das Eigentum an den Netzen behalten. Die netzbetreibenden, entflochtenen Tochtergesellschaften erlangen sodann schuldrechtliche Verfügungsbefugnisse über die Netze, wie etwa durch Pachtverträge.

§ 7 Abs. 2 und 3 EnWG enthalten zwei Ausnahmeregelungen, die nur für Verteilernetzbetreiber (Gas und Elektrizität) gelten. Dies ergibt sich für Abs. 3 direkt aus dem Gesetzeswortlaut und für Abs. 2, der die Ausnahme für Unternehmen mit weniger als mittelbar 100.000 Kunden gelten lässt, aus der Erwägung, dass es kein Übertragungsnetz oder Fernleitungsnetz mit weniger als mittelbar 100.000 Endkunden gibt. § 7 Abs. 2 EnWG liegt die Erwägung zu Grunde, dass bei kleineren Unternehmen Aufwand und Ziel der rechtlichen Entflechtung in einem Missverhältnis zueinander stünden und der Zwang zur Entflechtung unverhältnismäßig würde. Diese Regelung wird **auch De-Minimis-Klausel** genannt.

Abgrenzungsprobleme wirft zudem der **Kundenbegriff** auf und damit die Frage, wer eigentlich Kunde im Sinne der Vorschrift ist. Nicht gemeint sein dürfte jeder Nutznießer des verkauften Energieprodukts, z.B. alle Mitglieder einer Familie, die ein beheiztes Haus bewohnen, da die Kundenanzahl dann kaum ermittelt werden könnte. Für die unmittelbar

angeschlossenen Kunden dürfte jeweils nur der technische Anschluss zu zählen sein oder der einzelne Vertrag, während für mittelbar angeschlossene Kunden jedenfalls nicht die Anschlüsse von Kunden, die ihrerseits Verteilernetzbetreiber sind, gemeint sein können. Bei Unternehmen, die sowohl Gas- als auch Elektrizitätsnetze betreiben, sind die Kunden nicht zusammenzuzählen.

Laut § 7 Abs. 3 EnWG gilt diese Verpflichtung für alle Verteilernetzbetreiber erst ab dem 01. Juli 2007, während sämtliche Übertragungsnetzbetreiber die Entflechtungsvorgaben unmittelbar mit Inkrafttreten des EnWG am 13. Juli 2005 umzusetzen hatten.

#### Exkurs: "Unbundling und Vereinbarkeit der Gesellschaftsform einer GmbH"

*Als Rechtsform für eine auszugliedernde Netzgesellschaft entspricht die GmbH den Bedürfnissen der derzeit noch vertikal integrierten Versorgungsunternehmen. Zugleich ist sie, abstrakt betrachtet, als Rechtsform kompatibel mit den Vorgaben der Richtlinien zur Entflechtung und den Vorschriften des EnWG. Zu beachten ist allerdings, dass es bei der konkreten Ausgestaltung der Satzung einer Netz-GmbH darum gehen muss, dass die Entflechtungsvorgaben eingehalten werden. Das gilt zwar weniger für die Bereiche des Weisungsrechts oder des Informations- und Einsichtnahmerechts der Gesellschafter, denn insoweit führen bereits gesetzliche Vorgaben zur Vereinbarkeit dieser Einflussnahmerechte mit den Entflechtungsvorgaben. Jedoch sind die Vorgaben bei der Regelung der Voraussetzungen für die Abberufung der Geschäftsführer der Netz-GmbH in der Satzung zu berücksichtigen.*

## **II) Operationelle Entflechtung (§ 8 EnWG)**

Operationelle Entflechtung (*functional unbundling*) bedeutet laut § 8 Abs. 1 EnWG die Sicherstellung der Unabhängigkeit der Netzbetreiber von den Konzernmüttern in den integrierten EVU hinsichtlich der Organisation, der Entscheidungsgewalt und der Ausübung des Netzgeschäfts. § 8 Abs. 1 EnWG stellt damit zusätzlich zu der formellen Anforderung der rechtlichen Entflechtung materielle Anforderungen für die Organisation der Zusammenarbeit in den integrierten EVU auf.

§ 8 Abs. 2 EnWG enthält in Nr. 1 das **Verbot einer Doppelzuständigkeit** auf der Leitungsebene (Alt.1) und für Personen mit Letztentscheidungsbefugnissen in besonders

diskriminierungsrelevanten Bereichen (Alt. 2). Dabei kommt der zweiten Alternative augenscheinlich eine Auffangfunktion zu. Im Wesentlichen dürften die bezeichneten Personengruppen deckungsgleich sein. Es ist z.B. unzulässig, dass der Geschäftsführer einer Netz-GmbH zugleich eine Funktion für eine Vertriebs- oder Erzeugungsgesellschaft wahrnimmt. Ziel der Regelung ist es, Interessenskonflikte zu vermeiden. § 8 Abs. 2 Nr. 1 EnWG stellt im Umkehrschluss aber auch klar, dass Mitarbeiter ohne die genannten Führungsfunktionen bei beiden Sparten, Netz und Wettbewerbsbereich, arbeiten können. Diese Personengruppe muss allerdings gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 EnWG in dem Fall, dass sie für den Netzbetreiber tätig wird, auch ausschließlich dessen **fachlicher Weisung** unterworfen werden, was eine anderweitige organisatorische oder disziplinarische Weisungsbefugnis nicht ausschließt. Insgesamt lässt § 8 Abs. 2 EnWG damit die Organisation eines integrierten EVU mit so genannten „**Shared Services**“, d.h. beispielsweise mit gemeinsamer Rechtsabteilung, Personalabteilung oder IT-Servicestelle, zu. Bei der Ausgestaltung sind dann allerdings die Regeln über die informationelle Entflechtung (s.u.) einzuhalten.

§ 8 Abs. 3 EnWG gibt den integrierten EVU auf, für die berufliche **Handlungsunabhängigkeit** des Leitungspersonals der Netzbetreiber zu sorgen. Das System der finanziellen und statusmäßigen Erfolgshonorierung muss danach so ausgerichtet sein, dass Anreize zur Übervorteilung der Wettbewerbssparten vermieden werden.

Der Zweck des § 8 Abs. 4 EnWG ist es, die **Entscheidungsunabhängigkeit** der Netzbetreiber gegenüber den Konzernmüttern im integrierten EVU sicherzustellen. Dazu wird eine detaillierte **Kompetenzregel** aufgestellt, wonach den Konzernmüttern grundsätzlich nur eine **Rahmenkompetenz** verbleibt, die ihrer gesellschaftsrechtlichen Position und ihrer Position als Eigentümerin der Netze nur teilweise entspricht, d.h. teilweise eingeschränkt wird. Diese beinhaltet die Kompetenz zu abstrakt generellen Vorgaben wie Finanzplänen, Verschuldensobergrenzen oder anderen Zielvorgaben. Ansonsten sind die Netzbetreiber nicht nur in der Ausübung des täglichen Geschäfts frei. Konkrete Weisungen an den Netzbetreiber sind unzulässig, es besteht insoweit **Weisungsfreiheit**. Wie diese zu gewährleisten ist, ist für jede gesellschaftsrechtliche Konstellation anders zu beurteilen. Im häufigen Fall der Organisation der Netzgesellschaft als GmbH sind Weisungen, die über das o.g. Maß hinausgehen, auszuschließen, da gem. § 37 GmbHG die Geschäftsführung einer GmbH grundsätzlich der uneingeschränkten Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung unterliegt, zu der auch die Konzernmutter gehört.

§ 8 Abs. 5 EnWG begründet die Pflicht der integrierten Unternehmen ein sog. **Gleichbehandlungsprogramm** für Mitarbeiter der Netzbetreiber zu initiieren, eine Person (Beauftragter) oder Stelle zur Überwachung des Programms einzurichten sowie eine jährliche Berichtspflicht bzgl. der getroffenen Maßnahmen gegenüber der Regulierungsbehörde. Alle Mitarbeiter des integrierten EVU, die mit dem Netzbereich in Berührung kommen sind in dem Programm über ihre speziellen Pflichten und die aus der Nichtbefolgung resultierenden Sanktionen aufzuklären. Der Pflichtenkatalog richtet sich dabei nach den speziellen Anforderungen, die die Entflechtungsziele an den Einzelnen stellen. Dabei ist die offensichtlichste Pflicht die zur Vertraulichkeitswahrung. § 8 Abs. 5 EnWG greift durch seine konkreten Vorgaben tief in die unternehmerische Freiheit ein.

§ 8 Abs. 6 EnWG enthält eine der Regelung in § 7 Abs. 2 EnWG weitgehend entsprechende **De-Minimis-Klausel** für Unternehmen mit weniger als 100.000 Kunden.

### ***III) Informationelle Entflechtung (§ 9 EnWG)***

Informationelle Entflechtung (*informational unbundling*) bedeutet, dass sämtliche betrieblich relevanten Informationen von vertikal integrierten EVU und deren entflochtenen Netzbetriebsgesellschaften auseinander zu halten sind. Ziel dessen ist es, **Informationsvorsprünge** der integrierten Unternehmen gegenüber den nicht integrierten Wettbewerbern auf den vor- oder nachgelagerten Märkten zu **verhindern**. Dabei sind insbesondere betriebswirtschaftlich wertvolle Informationen zurückzuhalten. Dazu gehören im Elektrizitätsbereich etwa Lastprofile der Netznutzer, Netzkundendaten wie z.B. Adresse, Zählerstände etc., Lieferanteninformationen und Projektinformationen etwa über neue Kraftwerkskapazitäten. Um einen Informationsaustausch zu verhindern sind in den Unternehmen organisatorische Maßnahmen notwendig, wie z.B. die Errichtung sog. „**Chinese Walls**“.

§ 9 Abs. 1 EnWG verpflichtet zur **Vertraulichkeit** bezüglich sämtlicher Informationen, die in Ausübung der Netzbetreibertätigkeit erlangt wurden. In Ausübung bedeutet dabei, dass sie nicht lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit erlangt wurden. Im Zweifel bedeutet das, dass es sich um **externe Informationen** handelt.

Für den Fall, dass Informationen über die eigene Tätigkeit als Netzbetreiber offen gelegt werden sollen, normiert § 9 Abs. 2 EnWG, dass dies in nicht diskriminierender Weise zu geschehen hat. Dabei handelt es sich um **interne Informationen**. Eine nicht diskriminierende Offenlegung bedeutet Gleichbehandlung der Netznutzer bezüglich Informationsgrad, Informationsverfügbarkeit und Informationsschnelligkeit. Das dürfte z.B. im Rahmen eines Geschäftsberichts gegeben sein, nicht jedoch bei der Informationsweitergabe an einen beliebigen Verband.

§ 9 EnWG enthält **keine De-Minimis-Klausel** und gilt folglich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch für Unternehmen mit weniger als 100.000 Kunden.

#### ***IV) Buchhalterische Entflechtung (§ 10 EnWG)***

Buchhalterische Entflechtung (*unbundling of accounts*) bedeutet laut § 10 Abs. 3 EnWG, dass die verschiedenen Sparten eines integrierten EVU ihre Rechnungslegung dadurch aufspalten, dass sie **getrennte Konten** führen. Dadurch soll eine höhere Transparenz der Kostenzuordnung gewährleistet werden. Das wiederum soll dazu führen, dass die Tarife, die ein integriertes EVU von den Mitbewerbern verlangt, mit den Kosten verglichen werden können, die es den eigenen Konzernteilen in Rechnung stellt. Da dies nur zu einer **virtuellen Trennung** der Konzernteile führt und keine strukturellen Eingriffe gemacht werden, ist diese Regelung wenig eingriffsintensiv. Die gesamte Rechnungslegung eines integrierten EVU hat so zu erfolgen, als ob es sich bei den Konzernteilen um eigenständige Unternehmen handelte. Diese werden dann so behandelt, als seien sie Kapitalgesellschaften. So sieht z.B. § 10 Abs. 1 EnWG vor, dass alle Konzernteile ungeachtet ihrer Rechtsform einen Jahresabschluss i.S.v. §§ 264 ff. und 316 ff. HGB aufstellen und prüfen lassen müssen.

Auch § 10 EnWG enthält **keine De-Minimis-Klausel**.

#### ***V) Eigentumsrechtliche Entflechtung***

Eigentumsrechtliche Entflechtung (*ownership unbundling*) bedeutet die komplette Ablösung der Netzsparten von den Erzeugungs- und Vertriebssparten der integrierten EVU. Ziel ist, dass am Ende ein oder mehrere unabhängige Unternehmen das Eigentum an den Netzen



halten und diese betreiben. Letztlich wird man dafür die Konzerne zum Verkauf der Netze zwingen müssen. Dies stößt in Deutschland auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Während in Deutschland die Übertragungsnetze im Eigentum der vier großen Energiekonzerne e.on, RWE, EnBW und Vattenfall stehen, sind sie z.B. in den Niederlanden bereits im Jahre 2001 eigentumsrechtlich entflochten worden.

Eine derartige eigentumsrechtliche Entflechtung ist bislang weder europarechtlich vorgegeben worden noch im EnWG verankert, beherrscht jedoch wie kaum ein anderes Thema aktuell das energiewirtschaftsrechtliche und –politische Schrifttum. Aufgrund der erheblichen vor allem verfassungsrechtlichen Bedenken werden mittlerweile verschiedenste Alternativvorschläge zur klassischen Enteignung diskutiert, wie insbesondere die Lösung über einen sog. „Independent System Operator“ (ISO) oder auch einen sog. „Aktien Split“.

In Art. 10 Abs. 1 der Beschleunigungsrichtlinie Elektrizität von 2003 heißt es noch: „[...] *Diese Bestimmungen begründen keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Übertragungsnetzes vorzunehmen.*“

Nach wie vor hält die europäische Kommission jedoch eine eigentumsrechtliche Entflechtung für das überlegene Konzept. In einer Mitteilung an den Rat und das europäische Parlament führt sie folgende Vorteile an, die ihrer Meinung nach eine solche Lösung mit sich brächte:

- Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs und dessen bessere Wahrnehmbarkeit
- Förderung von Investitionen in die Erzeugungs- und Gasimportinfrastruktur
- Steigerung der Effektivität des Informationsaustausches zwischen Netzbetreibern
- Anreiz für Investitionsentscheidungen ohne Beeinflussung durch Versorgungssparte
- Möglichkeit grenzüberschreitender Zusammenschlüsse
- Geringere Notwendigkeit für eine hohe Regulierungsdichte, weniger Bürokratie