

**KURZGUTACHTEN
ZU DEN AUSWIRKUNGEN DER LAUFZEITVERLÄNGERUNG FÜR DEN
BETRIEB VON KERNKRAFTWERKEN AUF DEN WETTBEWERB IM
STROMERZEUGUNGSMARKT**

im Auftrag der

Bundestagsfraktion Bündnis 90/ Die Grünen, Arbeitskreis I
Platz der Republik 1, 11011 Berlin

erstellt durch

Dr. Olaf Däuper, Rechtsanwalt
Dr. Roman Ringwald, Rechtsanwalt
Judith S. Conrad, Rechtsanwältin

von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

Tel. 030 / 611 28 40-0

Fax 030 / 611 28 40-99

E-mail: berlin@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1	ZUSAMMENFASSUNG	3
A.	Untersuchungsgegenstand	3
B.	Ergebnis	3
TEIL 2	DIE AUSWIRKUNG DER LAUFZEITVERLÄNGERUNG AUF WETTBEWERB UND PREISE	5
A.	Die Wettbewerbssituation auf dem deutschen Stromerzeugungsmarkt	5
B.	Die Auswirkungen der Laufzeitverlängerung	6
I.	Wettbewerbssituation auf dem Erzeugungsmarkt	6
II.	Kapitalausstattung der Betreiberunternehmen	7
III.	Preisbildung am Strommarkt	8
TEIL 3	DIE BEWERTUNG DER VON DER BUNDESREGIERUNG GEPLANTEN AUSGLEICHSMABNAHMEN	10
A.	Rückblick: Vorschläge Dritter vor und während der Verhandlungen	10
B.	Kernbrennstoffsteuer und Fonds	11
C.	Markttransparenzstelle	12
D.	Förderung für neue Kraftwerke kleinerer Betreiber	13
E.	Förderung von Offshore-Windparks	15
F.	Zwischenergebnis	16
TEIL 4	RECHTLICHE WÜRDIGUNG	17
A.	Vorüberlegungen zur Rechtsqualität der „Laufzeitverlängerung“	17
I.	Rückblick: Die rechtstechnische Umsetzung des „Atomausstiegs“	17
II.	Gesetzliche Regelungen zur Umsetzung der „Laufzeitverlängerung“	17
III.	Förderfondsvertrag	18
IV.	Energiekonzept	19
B.	Wettbewerbsrechtliche Bewertung	19
I.	Art. 106 AEUV (Ex-Art. 86 EG)	20
II.	Effet utile	21
C.	Verfassungsrechtliche Bewertung	21

Teil 1 Zusammenfassung

A. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand dieses Gutachtens sind die Auswirkungen bestimmter Maßnahmen im Rahmen des Energiekonzeptes der Bundesregierung vom 28.09.2010 auf den Wettbewerb im Stromerzeugungsmarkt und (damit zusammenhängend) kursorisch die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit nationalem Verfassungsrecht und europäischem Primärrecht. Untersucht werden

- die Verlängerung der Laufzeiten für Atomkraftwerke (AKW) um durchschnittlich 12 Jahre,
- die Kernbrennstoffsteuer,
- der von den Kernkraftwerksbetreibern zu zahlende „Förderbeitrag“ für einen „Energie- und Klimafonds“,
- die Einrichtung einer „Markttransparenzstelle“,
- die Förderung des Neubaus fossiler Kraftwerke durch kleinere Marktteilnehmer sowie
- die Förderung von Offshore-Windanlagen.

Im Kern soll dabei die folgende Aussage der Bundesregierung in wettbewerbstheoretischer und rechtlicher Hinsicht kritisch gewürdigt werden:

„Die Bundesregierung geht davon aus, dass die Laufzeitverlängerung keine nachteiligen Folgen auf den Wettbewerb im Energiesektor zur Folge haben wird, zumal die neue Kernbrennstoffsteuer und weitere Zahlungen der Kernkraftwerksbetreiber den überwiegenden Teil der Zusatzgewinne abschöpfen und damit einer wirtschaftlichen Besserstellung der KKW-Betreiber durch die Laufzeitverlängerung vorbeugen.“¹

B. Ergebnis

Im Ergebnis lassen sich die folgenden Kernaussagen zusammenfassen:

- Die Laufzeitverlängerung zementiert, auch unter Berücksichtigung aller untersuchten Maßnahmen, die „vermachteten Strukturen“ in der deutschen Elektrizitätswirtschaft (insbesondere auf dem Erzeugungsmarkt). Sie wirkt sich weiter ungünstig auf die ohnehin prekäre Wettbewerbssituation in diesem Bereich aus. Zum einen führt der Weiterbetrieb der AKW dazu, dass die Marktanteile der vier AKW-Betreibergesellschaften,

¹ Energiekonzept S. 16.

die sich aktuell um die 80% bewegen, auf Jahre hinaus festgeschrieben werden. Kraftwerksneubauten und damit eine Belebung des Wettbewerbs werden faktisch verhindert. Zum anderen können die vier EVU trotz der vermeintlichen „Gewinnabschöpfung“ mit Zusatzgewinnen in insgesamt zwei- bis dreistelliger Milliardenhöhe rechnen, so dass auch ihre Finanzkraft nachhaltig gestärkt wird.

- Die von der Bundesregierung im Rahmen ihres Energiekonzeptes vorgeschlagenen Maßnahmen sind nicht geeignet, die wettbewerbsfeindlichen Effekte einer Laufzeitverlängerung auszugleichen. Keine der Maßnahmen zielt auf das zentrale wettbewerbliche Problem der Laufzeitverlängerung: die Verfestigung der hohen Marktanteile von vier AKW-Betreiber-EVU auf dem Stromerzeugungsmarkt. Die Gewinnabschöpfung mittels Steuer und Förderbeitrag belässt zusätzliche Milliardenbeträge bei den AKW-Betreibern. Die geplante Markttransparenzstelle bietet gegenüber der bestehenden Expertise bei Bundeskartellamt und der Monopolkommission keinen Mehrwert. Die Förderprogramme für kleinere Unternehmen und Offshore-Windparks sind entweder im Volumen zu klein oder kommen sogar den vier AKW-Betreibern selbst zugute.
- Die Annahme, dass eine Laufzeitverlängerung automatisch dämpfend auf die Preise am Stromgroßhandelsmarkt wirkt, ist verfehlt. Zum einen haben es die vier EVU aufgrund ihrer Kraftwerksparks in der Hand, die Strommarktpreise im Großhandel zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Zum anderen gibt es auch keinen strikt kausalen Zusammenhang zwischen der Entwicklung von Großhandels- und Endverbraucherpreisen. Ein Anreiz für die vier marktbeherrschenden EVU zur Absenkung der Endverbraucherpreise ist (außer bei intensivem Wettbewerb um Marktanteile) nicht ersichtlich.
- Die Laufzeitverlängerung stellt sich in der Gesamtschau als eine wettbewerbswidrige Maßnahme der Bundesrepublik Deutschland und mithin als EU-rechtswidrig (Verstoß gegen Art. 106 i.V.m. 102 AEUV) dar und kann von der Europäischen Kommission untersucht werden. Auch ein Verstoß gegen nationales Verfassungsrecht, konkret gegen die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 12 GG, kommt in Betracht, da die Laufzeitverlängerung die Wettbewerbsbedingungen auf dem Erzeugungsmarkt zugunsten einer abgrenzbaren Gruppe Begünstigter und zu Lasten der Mitbewerber der vier EVU ungerechtfertigt verändert.

Teil 2 Die Auswirkung der Laufzeitverlängerung auf Wettbewerb und Preise

A. Die Wettbewerbssituation auf dem deutschen Stromerzeugungsmarkt

Was die Anteile der verschiedenen Energieträger an der Bruttostromerzeugung angeht, stellt sich der deutsche Stromerzeugungsmarkt in der Übersicht wie folgt dar:

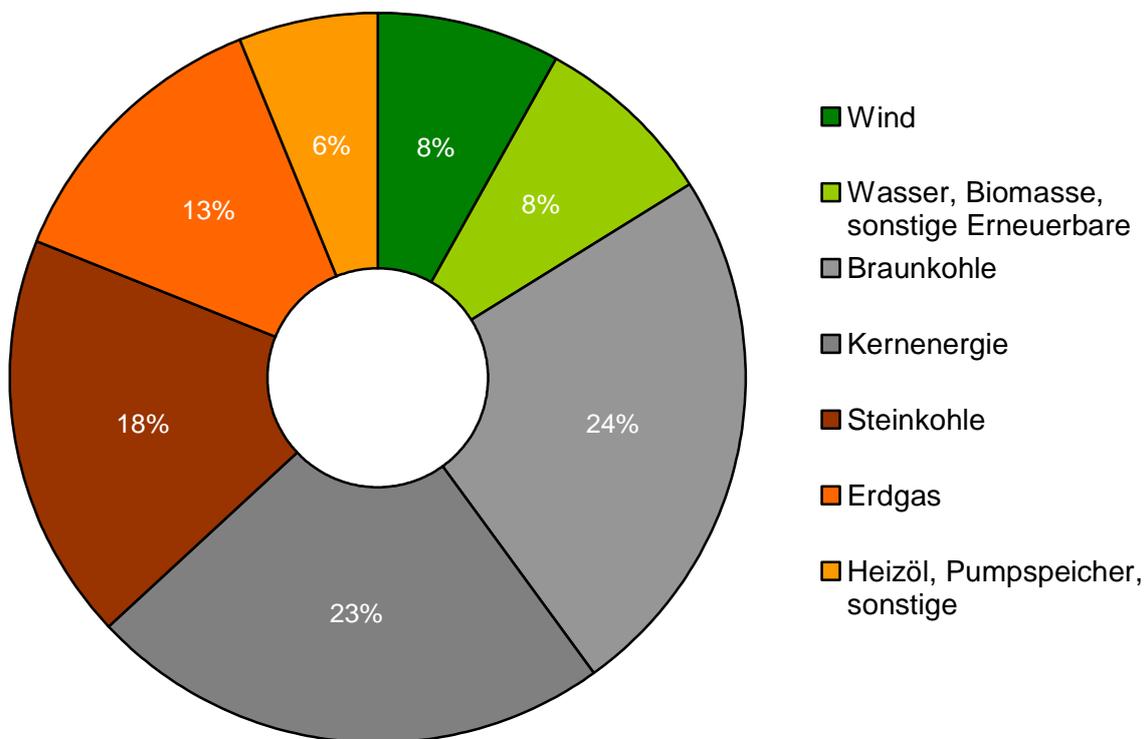


Abb.: Erzeugungsstruktur für Deutschland 2009 [Quelle: BDEW; Bruttostromerzeugung, Gesamt 596 TWh]

Der weit überwiegende Teil des deutschen Stroms wird mithin in Kohle- und Kernkraftwerken produziert. Auf in AKW erzeugte Elektrizität entfällt knapp ein Viertel der insgesamt in Deutschland erzeugten Elektrizität.

Nach Angaben des Bundeskartellamtes hatten die EVU in den Jahren 2005 bis 2008 folgende Marktanteile an der inländischen Nettostromerzeugungsmenge (ohne EEG-Strom)²:

² BT-Drs. 17/3089, S. 2.

Erzeuger	2005	2006	2007	2008
RWE	30– 35 %	30– 35 %	30– 35 %	32– 37 %
E.ON	20– 25 %	20– 25 %	20– 25 %	22– 27 %
Vattenfall	15– 20 %	15– 20 %	15– 20 %	13– 18 %
EnBW	10– 13 %	10– 13 %	10– 13 %	10– 13 %

Insgesamt ist demnach davon auszugehen, dass die vier EVU seit Jahren in etwa gleichbleibend 75 – 95 % der deutschen Nettostrommengen in ihren Kraftwerken erzeugen. Für die jüngste Entwicklung, zu der noch keine konkreten Zahlen vorliegen, ist zu berücksichtigen, dass Ende 2009 eine größere Veräußerung des E.ON-Konzerns stattfand, die gewisse Veränderungen bewirkt haben dürfte.³

Unter der Überschrift „*Vermachtete Erzeugerstrukturen in der Elektrizitätswirtschaft*“ schreibt dementsprechend auch die Monopolkommission in ihrem „Sondergutachten Strom und Gas 2009“⁴, dass sie bereits in ihrem vorangegangenen Sondergutachten aus 2007 „auf die problematischen Wirkungen einer vermachteten Erzeugerstruktur auf dem deutschen Strommarkt hingewiesen“ habe.

Weiter heißt es: „Dies legt die Vermutung nahe, dass die marktbeherrschenden Erzeuger über Möglichkeiten verfügen, durch unilaterale Maßnahmen oder über implizite oder gar explizite Koordination in wohlfahrtsschädigender Weise auf die Preisbildung Einfluss zu nehmen“ (Ziffer 82). Bei der Untersuchung der Erzeugungsstufe führt die Monopolkommission aus: „Strukturelle Unterschiede zwischen den unterschiedlichen Erzeugern zeigen sich insbesondere darin, dass nur die vier Verbundunternehmen EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall Europe ein differenziertes Erzeugerportfolio besitzen, dass die vollständige Merit-Order und alle Lastzeiten abdeckt“ (Ziffer 68).

B. Die Auswirkungen der Laufzeitverlängerung

I. Wettbewerbssituation auf dem Erzeugungsmarkt

Der „Atomausstieg“ bedeutet eine Neuausrichtung der Energieerzeugung. AKW werden dabei durch neue Erzeugungskapazitäten, insbesondere EE-Anlagen oder hocheffiziente KWK-Anlagen, ersetzt. Dieser Ansatz, das bislang allein den AKW-Betreibern vorbehaltene Marktsegment in der Energieerzeugung für Wettbewerber zu öffnen, hätte sich positiv auf die Wettbewerbssituation ausgewirkt. Die (oben dargestellten) Anteile der marktbeherrschenden EVU am Stromerzeugungsmarkt im Wettbewerb würden neu justiert und möglicherweise

³ ebd.

⁴ „Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. Sondergutachten gemäß § 62 Abs. 1 EnWG“, Bonn, Juli 2009.

zurückgehen. Gerade auch kleinere Marktteilnehmer investierten (teils in Form von Kooperationen) in neue Erzeugungskapazitäten. Weitere Investitionen stünden mit der zunehmenden Anzahl an stillgelegten AKW in den kommenden Jahren an.

Die Verlängerung der Laufzeiten bzw. Erhöhung der Reststrommengen bewirkt nun aber, dass die Neuausrichtung der Stromerzeugung verschoben wird. Für geplante oder bereits gebaute neue Kraftwerke bedeutet dies, dass sie nicht in dem Umfang (Vollbenutzungsstunden) wie bei der Investitionsentscheidung geplant eingesetzt werden und damit auch nicht die prognostizierten Deckungsbeiträge werden erwirtschaften können. Investitionen in alternative Erzeugungsanlagen werden daher im Regelfall unterbleiben oder sind, sofern sie bereits getätigt wurden, entweder als *stranded Investments* oder als deutlich weniger rentable Investitionen zu werten.

Daraus folgt eine dauerhafte Stagnation des Wettbewerbs im Stromerzeugungsbereich. Die von der Monopolkommission seit Jahren kritisierten „*vermachteten Erzeugerstrukturen*“ (s.o.) werden mithin dauerhaft zementiert.

II. Kapitalausstattung der Betreiberunternehmen

Bereits vor den und während der Verhandlungen über die Laufzeitverlängerung waren von verschiedenen Gutachtern Berechnungen zu der Frage angestellt worden, welche absoluten Zusatzgewinne eine Laufzeitverlängerung für die vier EVU generieren könnte. Abhängig von den zugrunde gelegten Parametern, wie die genaue Höhe der zusätzlichen Strommengen für die AKW sowie die Strompreisentwicklung, wurden dabei unterschiedliche Zusatzerlöse und -gewinne errechnet.

Nachdem die Rahmenbedingungen der ausgehandelten Laufzeitverlängerung nunmehr feststehen, konnten verlässlichere Berechnungen erfolgen. So ergeben aktuelle Berechnungen des Ökoinstituts e.V.⁵ Zusatzerträge ab 2011 aus dem Strommarkt für die Betreiber der AKW i.H.v. insgesamt rund 67 Mrd. € (bzw. 58 Mrd. € auf der Preisgrundlage von 2010). Hiervon würden auf die EnBW rund 16 (12), auf die RWE rund 20 (15), auf E.ON 32 (25) sowie auf Vattenfall 5 (4) Mrd. € entfallen. Hinzu kommen Finanzerträge aus Rückstellungen i.H.v. insgesamt rund 24 (21) Mrd. €. Sofern moderat steigende Strompreise zugrunde gelegt werden, ergäben sich Zusatzerträge ab 2011 aus dem Strommarkt von insgesamt rund 127 (94) Mrd. €, zzgl. Finanzerträgen aus Rückstellungen i.H.v. rund 24 (21) Mrd. €.

Neben der oben unter I. beschriebenen Festigung der Marktmacht der vier EVU auf dem Erzeugungsmarkt werden diese durch die Laufzeitverlängerung also darüber hinaus ganz erheblich in ihrer Finanzkraft gestärkt, was notwendigerweise weitere negative Effekte auf

⁵ Matthes, Felix Chr.: „Auswertungsaktualisierung des am 05.09.2010 ausgehandelten Modells für die Laufzeitverlängerung der deutschen Kernkraftwerke“ vom 09.09.2010, S. 14-18.

den Wettbewerb im Energiemarkt insgesamt hat: So können die Gewinne in die Modernisierung des eigenen Erzeugungsparks, d.h. moderne fossile Kraftwerke und neue EE-Anlagen, reinvestiert werden, und es bleibt den konzernverbundenen Vertriebsunternehmen mehr Handlungsspielraum für eine aggressive Preisgestaltung zur Abwerbung beispielsweise von den begehrten industriellen Großkunden.⁶

III. Preisbildung am Strommarkt

Die Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken wirkt aus drei Gründen nicht dauerhaft preisdämpfend:

- Die Grenzkosten der abbeschriebenen Kernkraftwerke sind in der ganz überwiegenden Zeit des Jahres nicht preissetzend.
- Auch verhindert eine Laufzeitverlängerung Investitionen in neue Erzeugungskapazitäten, die langfristig preisdämpfend wirken.
- Schließlich behindert die marktbeherrschende Stellung der vier AKW-Betreiber-EVU einen Wettbewerb um günstige Preise.

Die Einsatzreihenfolge der deutschen Kraftwerke zur Deckung des Strombedarfs wird nach der sog. Merit-Order bestimmt. Ausgehend von den Börsenpreisen der Vortage erhalten die Kraftwerke in der Reihenfolge einen Zuschlag bis zur prognostizierten Nachfrage, die dann den Markträumungspreis determiniert. Der Preis für alle Strommengen wird durch das auf Basis der individuellen Betrachtung von Grenzkosten teuerste Kraftwerk bestimmt, das noch zum Einsatz kommen muss. Aufgrund ihrer niedrigen Grenzkosten⁷ sind die AKW in aller Regel nicht preissetzend. Dadurch, dass die EVU den erzeugten Strom aber zum Marktpreis, d.h. zum Preis des teuersten noch zum Einsatz kommenden Kraftwerks, veräußern können, ergeben sich jedoch hohe Margen, da zudem die meisten AKW in Deutschland weitestgehend oder komplett abgeschrieben sind. Nach diesem Prinzip der Preisbildung führen niedrige Grenzkosten von AKW zu höheren Margen bei deren Betreibern, aber nicht zu niedrigeren Strompreisen für die Verbraucher.

Die Laufzeitverlängerung verhindert gerade den Neubau hocheffizienter alternativer Erzeugungskapazitäten insbesondere durch andere Unternehmen als die vier EVU. Diese könnten aufgrund des geringeren Brennstoffeinsatzes zu deutlich günstigeren Grenzkosten produzieren als der derzeitige fossile Kraftwerkspark. Die Verlängerung der Laufzeiten der Kernkraft-

⁶ Vgl. auch Böge, Ulf: „Wettbewerbliche Würdigung einer Verlängerung der Laufzeiten für Kernkraftwerke“ (Kurzstudie, Meckenheim, 30.04.2010), S. 20.

⁷ Der Verweis auf niedrige Grenzkosten der AKW bedeutet nicht, dass die Stromproduktion in AKW im Rahmen einer Vollkostenrechnung auch volkswirtschaftlich günstig ist. Die Grenzkosten beziehen sich nur auf die konkreten Kosten zum Zeitpunkt der Stromerzeugung. Die Höhe der Bau- und Kapitalkosten oder Entsorgungskosten bleiben hierbei völlig unberücksichtigt.

werke mag somit allenfalls einen kurzfristig preisdämpfenden Effekt auf der Erzeugungsstufe generieren.

Der ehemalige Präsident des Bundeskartellamtes Dr. Ulf Böge gibt zudem zu bedenken, dass es die AKW-Betreiber, die auch ältere fossile Kraftwerke betreiben, in der Hand haben, beispielsweise die Braun- und Steinkohleverstromung zurückzufahren, so dass sich der Marktpreis an den dann zum Einsatz kommenden deutlich teureren Grenzkraftwerken auf Erdgas- und ggf. Erdölbasis orientieren würde. Mithin hätten es die vier EVU mit dieser Strategie sogar in der Hand, erheblich höhere Gewinne für sich zu generieren, da sie den Marktpreis in die Höhe treiben und damit die Differenz zwischen der Kernenergie und diesem zu ihren Gunsten optimieren könnten (Margenpflege).

Schließlich verläuft die Entwicklung von Großhandels- und Endverbraucherpreisen nicht automatisch parallel, vielmehr hängt dies auch maßgeblich von der Wettbewerbsintensität auf der Endverbraucherstufe ab. Böge führt hierzu in einer Kurzstudie aus: *„Strompreise auf der Endkundenstufe (private Haushalte) und an der Leipziger Börse haben sich in den letzten Jahren keineswegs parallel entwickelt.“*⁸

⁸ S.o. Fn 6, S. 22.

Teil 3 Die Bewertung der von der Bundesregierung geplanten Ausgleichsmaßnahmen

Die Bundesregierung hat im Rahmen ihres Energiekonzeptes Maßnahmen vorgeschlagen, die nach ihrer Auffassung die nachteiligen Auswirkungen der Laufzeitverlängerung auf den Wettbewerb im Stromerzeugungsmarkt abmildern. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob den geplanten Maßnahmen tatsächlich ein solcher Effekt zukommt.

A. Rückblick: Vorschläge Dritter vor und während der Verhandlungen

Im Vorfeld der Verhandlungen um die Laufzeitverlängerungen konzentrierte sich die Diskussion, wie die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb vermieden werden können, hauptsächlich auf die Frage der Abschöpfung der zusätzlich erzielten Gewinne.

Im Wesentlichen ging es dabei um die Frage, welcher Anteil der Gewinne abgeschöpft werden sollte. So wurde in verschiedenen Gutachten die Auffassung vertreten, dass erst die Abschöpfung sämtlicher Zusatzgewinne zu einer Wettbewerbsneutralität der Laufzeitverlängerung führen würde⁹. Umgekehrt hätte es für die EVU keinen Grund gegeben, eine Laufzeitverlängerung zu vereinbaren, wenn sie nicht hieraus wirtschaftliche Vorteile ziehen könnten. Böge vertrat in seiner Kurzstudie sogar die Auffassung, „*dass selbst eine volle Gewinnabschöpfung weder hinsichtlich der Finanzkraft noch der Marktstruktur längerfristig wettbewerbsneutral wäre*“¹⁰, da die Verfestigung der Marktmacht der EVU die Wettbewerber langfristig schwächen würde. Dieser Auffassung ist beizupflichten, da insbesondere die durch die Laufzeitverlängerung bewirkte Zementierung der Marktstrukturen auch durch eine volle Abschöpfung der Zusatzgewinne nicht beseitigt würde.

Andere Marktbeteiligte, aber auch der Präsident des Bundeskartellamtes haben deswegen strukturelle Markteingriffe zu Lasten der AKW-Betreiber gefordert. Wenn diese ihre AKW weiterbetreiben dürften, so müssten sie im Gegenzug andere eigene Erzeugungskapazitäten abgeben oder stilllegen.¹¹ Eine solche Maßnahme hätte den positiven Effekt, dass sich der Anteil an den Erzeugungskapazitäten zu Gunsten der kleineren Marktteilnehmer verändern würde. Keine dieser Maßnahmen wurde in den Vereinbarungen mit den EVU und im Energiekonzept jedoch umgesetzt.

⁹ Gutachter der Kanzlei Becker Büttner Held, Handelsblatt vom 12.03.2010.

¹⁰ S.o. Fn 6, S. 28.

¹¹ Bode, Sven / Bruckner, Thomas / Kondziella, Hendrik; „Auswirkungen einer Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke auf die Preise und die Wettbewerbsstruktur im deutschen Strommarkt. Kurzstudie im Auftrag von 8KU, Berlin“ vom 24.02.2010, S. 27-32; Böge (s.o. Fn 6), S. 30-33; Kartellamtspräsident Mundt im Handelsblatt vom 16.03.2010.

B. Kernbrennstoffsteuer und Fonds

Die Verlängerungen der Laufzeiten der 17 AKW wurde an bestimmte finanzielle Nachteile für die Betreiber-EVU geknüpft. So soll zum einen für die Jahre 2011 bis 2016 eine Kernbrennstoffsteuer in Höhe von 145,00 € pro Gramm Plutonium 239/241, Uran 233/235 erhoben werden. Das Öko-Institut e.V. errechnet für die Jahre 2011-2016 eine Kernbrennstoff-Steuerschuld der EVU i.H.v. insgesamt rund 13 Mrd. € nominal bzw. rund 12 Mrd. € auf der Preisgrundlage von 2010¹².

Zum anderen haben sich die besagten vier EVU in einem sog. „Förderfondsvertrag“ (FFV) bereit erklärt, ab dem 01.01.2017 für jede zusätzlich eingespeiste MWh einen sog. „Förderbeitrag“ in Höhe von 9,00 € (§ 1 Ziff. 1.2 FFV) in einen Energie- und Klimafonds zu zahlen, der als Sondervermögen des Bundes ausgestaltet wird und aus dem „Fördermaßnahmen zur Umsetzung des Energiekonzeptes“ der Bundesregierung finanziert werden sollen (Präambel (B) FFV). Die Höhe des Förderbeitrages wird dabei anhand des Verbraucherpreis-Indexes sowie bestimmter an der Energiebörse EEX gebildeter Preise angepasst (§ 1 Ziff. 1.3 - 1.5. FFV). Die EVU sind verpflichtet, nicht rückzahlbare Vorausleistungen in Höhe von insgesamt 300 Mio. €/Jahr in den Jahren 2011 und 2012 sowie in Höhe von insgesamt 200 Mio. €/Jahr in den Jahren 2013 bis 2016 in den Fonds einzuzahlen (§ 2 Ziff. 2.1 FFV). Die Vorausleistungspflicht wird gemindert, wenn die Gesamthöhe der erhobenen Kernbrennstoffsteuer oder einer ähnlichen Steuer den Jahresbetrag von 2,3 Mrd. € übersteigt (§ 2 Ziff. 2.2 FFV).

Eine Minderung des jeweiligen Förderbeitrages ist für den Fall vorgesehen, dass die Laufzeitverlängerung nicht in der vorgesehenen Form zustande kommt, dass Nachrüstungs- oder Sicherheitsanforderungen (den Instandhaltungsaufwand ausgenommen) ab dem 06.09.2010 einen Gesamtbetrag von 500 Mio. € netto überschreiten und/oder dass eine höhere Kernbrennstoffsteuer oder „eine anderweitige Steuer, Abgabe oder sonstige Belastung“ speziell im Zusammenhang mit der Elektrizitätserzeugung aus Kernenergie (einschließlich Verteilung und Handel) eintritt (§ 4 Ziff. 4.1, 4.2 FFV). Ausdrücklich wird hier und im Rahmen eines Anpassungs- und Sonderkündigungsrechts die Rechtslage in Bezug auf die Entsorgung genannt (§ 4 Ziff. 4.1 (ii) sowie § 5 FFV). Rechnerisch negative Förderbeiträge eines AKWs können gegen Förderbeiträge der anderen AKW desselben EVU angerechnet werden (§ 4 Ziff. 4.3 FFV).

Die Bundesregierung geht, wie bereits oben in Teil 1 zitiert, ausdrücklich davon aus, dass die Laufzeitverlängerung keine nachteiligen Wirkungen auf den Wettbewerb im Energiesektor zur Folge haben wird und dass die neue Kernbrennstoffsteuer und weitere Zahlungen der Kernkraftwerksbetreiber den überwiegenden Teil der Zusatzgewinne abschöpfen.

¹² S.o. Fn 5.

An anderer Stelle im Energiekonzept¹³ heißt es gar, es werde „*zusätzlich zur bis Ende 2016 befristeten Kernbrennstoffsteuer eine vertragliche Vereinbarung mit den Betreibern der deutschen Kernkraftwerke über die Abschöpfung der Zusatzgewinne aus der Laufzeitverlängerung getroffen*“, was nach dem Wortlaut die Abschöpfung sämtlicher Zusatzgewinne bedeuten würde.

Das Öko-Institut hat konkret berechnet, welcher Anteil der Zusatzerträge nach den Vereinbarungen abgeschöpft wird. Je nach der Höhe der zugrunde gelegten Ertragssteuern sowie der Strompreisentwicklung kommt das Öko-Institut e.V. zu dem Ergebnis, dass etwa zwischen einem Viertel bis knapp unter die Hälfte (47 %) der gesamten Zusatzerträge abgeschöpft würde.¹⁴ Im Ergebnis wird also der „*überwiegende Teil der Zusatzgewinne*“ gerade nicht abgeschöpft, sondern verbleibt bei den AKW-Betreibern.

Wenn man mit Böge (S. 30) davon ausgeht, dass selbst eine „*merkliche Gewinnabschöpfung [...] ein wichtiger, aber nicht ausreichender Baustein für eine wettbewerbsneutrale Lösung*“ ist, so muss dies im Umkehrschluss bedeuten, dass eine Abschöpfung von lediglich einem Viertel bis knapp zur Hälfte der Zusatzgewinne aller Voraussicht nach keinen kompensierenden Effekt zugunsten des Wettbewerbs haben wird. Vielmehr verbleiben den EVU in absoluten Zahlen immer noch Zusatzgewinne in zwei- bis dreistelliger Milliardenhöhe, die – zusätzlich zu den gleichbleibenden (oder perspektivisch sogar wieder ansteigenden) Marktanteilen – für die Zukunft auch eine deutlich verstärkte Kapitalausstattung der vier EVU bedeuten.

C. Markttransparenzstelle

Im Energiekonzept der Bundesregierung ist die Einrichtung einer „*Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas*“ vorgesehen, die beim Bundeskartellamt angesiedelt werden soll. Nach den Angaben im Energiekonzept (Seite 17) soll die Transparenzstelle „*laufend marktrelevante Daten erheben, sammeln und analysieren*“, was „*der effektiveren Aufdeckung möglichen Fehlverhaltens bei der Preisbildung*“ dienen soll.

Nachdem der FFV vorsieht, dass das Sondervermögen (der Fonds) „*zur Finanzierung von Fördermaßnahmen zur Umsetzung des Energiekonzeptes*“ dienen soll, die Transparenzstelle aber keine „Fördermaßnahme“ darstellt, steht die Markttransparenzstelle nicht in direktem Zusammenhang mit der Laufzeitverlängerung. Auch der Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ (EKFG)¹⁵ und der darin enthaltende Wirtschaftsplan des Fonds enthält keinerlei Hinweis auf die Transparenzstelle.

¹³ S. 18.

¹⁴ S.o. Fn 5.

¹⁵ BT-Drs. 17/3053 vom 28.09.2010.

Nach der kurzen Beschreibung der Markttransparenzstelle im Energiekonzept (S. 17) soll diese lediglich die Funktion der Marktbeobachtung und -analyse haben und damit die Arbeit des Bundeskartellamtes unterstützen. Auch wenn eine verbesserte personelle und sonstige Ausstattung des Bundeskartellamtes speziell im Bereich des Energiehandels grundsätzlich zu begrüßen ist, ist nicht ersichtlich, dass die Einrichtung dieser neuen Stelle tatsächlich geeignet wäre, Schieflagen im Strommarkt wirksamer entgegenzuwirken als die ohnehin schon bestehende allgemeine Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes. Vielmehr bildet der Energiebereich bereits jetzt einen der wichtigsten Arbeitsschwerpunkte des Bundeskartellamtes sowie die Monopolkommission. Diese Institutionen analysieren und kritisieren bereits seit Jahren sehr detailliert und ausführlich speziell die aus Marktsicht eher ungünstigen Konstellationen im Stromerzeugungsmarkt (s.o.). Die Schwierigkeiten für das Bundeskartellamt, effektiv mehr Wettbewerb im Stromerzeugungsmarkt herzustellen, liegen mithin allem Anschein nach nicht in mangelnden Ressourcen zu Marktbeobachtung und -analyse begründet, sondern vielmehr in der – auch verfassungsrechtlich gebotenen – Begrenzung der Befugnisse der Kartellbehörde.

Die Einrichtung einer neuen „Markttransparenzstelle für den Großhandel mit Strom und Gas“ hätte somit vermutlich keine merkbar günstigeren Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation im Strommarkt als die ohnehin schon bestehende allgemeine Missbrauchsaufsicht.

D. Förderung für neue Kraftwerke kleinerer Betreiber

Ein ausdrücklich durch den Förderfonds zu finanzierendes Instrument zur Verbesserung der Marktsituation soll dagegen die Förderung des Neubaus „*hocheffizienter und CCS-fähiger fossiler Kraftwerke*“ sein. Die Förderung können nur diejenigen Kraftwerksbetreiber erhalten, deren Anteil an den deutschen Erzeugungskapazitäten weniger als 5 % beträgt. Vorrangig sollen Kraftwerke mit Kraft-Wärme-Kopplung gefördert werden. Die Fördersumme für diese Maßnahme ist begrenzt auf 5 % der jährlichen Ausgaben des Energie- und Klimafonds in den Jahren 2013 bis 2016 (Seite 19 Energiekonzept).

Die Förderung des Neubaus hocheffizienter fossiler Kraftwerke kleinerer Kraftwerksbetreiber soll aus dem „*Energie- und Klimafonds*“ finanziert werden. Bei dem „*Energie- und Klimafonds*“ handelt es sich um das Sondervermögen des Bundes, in das die AKW-Betreiber auf der Grundlage des Förderfonds-Vertrages einzahlen sollen.¹⁶

Die Förderung von Erzeugungskapazitäten kleinerer Kraftwerksbetreiber steht mithin im Zusammenhang mit der Laufzeitverlängerung und wird letztlich über diese mitfinanziert. Grundsätzlich erscheint ein Instrument, das die benachteiligten Mitbewerber in ihrer Finanzkraft stärkt und ihnen den Aufbau eigener Erzeugungskapazitäten erleichtert, geeignet, die nach-

¹⁶ Vgl. Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ (EKFG) (Entwurf), BT-Drs. 17/3053.

teiligen Auswirkungen der Laufzeitverlängerung auf den Wettbewerb im Stromerzeugungsmarkt (teilweise) abzumildern.

Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Förderung von Kraftwerken deren Rentabilität am Markt nicht ersetzen kann. Wenn der Atomausstieg verschoben wird, dann werden die Marktanteile der Kernkraftwerke zunächst nicht für Wettbewerber frei. Der Bedarf an neuen Erzeugungsanlagen sinkt. Dieser Effekt wird auch durch eine Förderung nicht behoben.

Außerdem ist bislang noch nicht ersichtlich, welche Projekte unter welchen Bedingungen und vor allem mit welchen Fördersummen gefördert werden sollen. Im Energiekonzept ist lediglich festgeschrieben, dass die Fördersumme „auf 5 % der jährlichen Ausgaben des Energie- und Klimafonds in den Jahren 2013 bis 2016 [begrenzt]“ ist.

Wie hoch die jährlichen Ausgaben des Energie- und Klimafonds sein werden, ist nicht näher bestimmt. Aus dem Entwurf des EKFG (§ 4) lässt sich jedoch zumindest ansatzweise ableiten, wie hoch die Einnahmen des Energie- und Klimafonds sein werden.

Aus § 4 Abs. 1 Nr. 1 EKFG-E i.V.m. § 2 Ziff. 2.1 FFV ergibt sich, dass der Fonds bis Ende 2012 über Mittel aus den „Förderbeiträgen“ der EVU i.H.v. insgesamt 600 Mio. € verfügen wird (je 300 Mio. € in den Jahren 2011 und 2012). Hinzukommen sollen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 EKFG-E Einnahmen aus der Kernbrennstoffsteuer, sofern diese den Betrag von 2,3 Mrd. € jährlich übersteigen. Dieser Fall ist jedoch nach den Berechnungen des Öko-Instituts e.V. ausgeschlossen.¹⁷ Kapitalerträge des Fonds gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 EKFG-E können im Rahmen dieses Gutachtens nicht prognostiziert werden.

Selbst wenn im Jahr 2013 sämtliche aus den Jahren 2011 und 2012 eingenommenen Mittel ausgegeben würden, stünde mithin – ohne die Berücksichtigung der Kapitalerträge – für 2013 maximal eine Summe von 30 Mio. € (5% der Gesamtsumme) für die Förderung des Neubaus von Kraftwerken kleinerer Betreiber zur Verfügung.

In den Jahren 2013 bis 2016 sind von den EVU jährlich nur noch insgesamt 200 Mio. € in den Fonds einzuzahlen. Umgekehrt könnten jedoch bestimmte Einnahmen aus dem Emissionshandel zusätzlich in den Fonds fließen (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 EKFG-E), deren Höhe hier nicht abgeschätzt werden kann. Ohne die Berücksichtigung letzterer sowie eventueller Kapitalerträge stünden danach jährlich nur noch maximal 10 Mio. € zur Verfügung.

Bei einer Aufteilung dieser bereits recht großzügig (Einnahmen = Ausgaben) kalkulierten Beträge auf mehrere Einzelprojekte würde für jedes nur noch ein Förderbetrag verbleiben, der im Verhältnis zu den Gesamtinvestitionen für einen Kraftwerksneubau einerseits sowie

¹⁷ S.o. Fn 5, S. 14.

zu dem gerade aufgrund der Laufzeitverlängerung sehr hohen Risiko eines *Stranded Investments* in keinem angemessenen Verhältnis steht.

Im Ergebnis sind aufgrund der vorgesehenen Förderung von Kraftwerksneubauten kleinerer Betreiber kaum messbare Verbesserungen der Wettbewerbsintensität zu erwarten.

E. Förderung von Offshore-Windparks

Das Energiekonzept sieht ferner vor, dass die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) im Jahr 2011 ein Sonderprogramm „Offshore-Windenergie“ mit einem Kreditvolumen von insgesamt 5 Mrd. € zu Marktzinsen auflegen soll (S. 9). Ziel ist es, die nach Einschätzung der Bundesregierung schwer kalkulierbaren Investitionsrisiken der noch jungen Offshore-Technologie abzufedern. Gefördert werden soll *„die Errichtung der ersten zehn Offshore-Windparks“*. Daneben soll geprüft werden, ob die Modalitäten der aktuellen Einspeisevergütung verändert werden können, um Investitionen zu erleichtern. Hinzu kommen sollen Änderungen im Genehmigungsverfahren, ein für die Offshore-Entwicklung günstiger Raumordnungsplan sowie *„weitere flankierende Maßnahmen“*.

Im Gegensatz zur vorgenannten Maßnahme der Förderung des Neubaus fossiler Kraftwerke steht die Maßnahme *„Ausbau der Offshore-Windenergie“* (S. 9 Energiekonzept) in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Laufzeitverlängerung. Auch ist sie systematisch nicht dem Gliederungspunkt *„C. Kernenergie und fossile Kraftwerke“* zugeordnet, sondern dem Gliederungspunkt *„A. Erneuerbare Energien als eine tragende Säule zukünftiger Energieversorgung“*. Da es sich bei dem Bereich der Offshore-Windenergie jedoch um eine Erzeugungssparte handelt, in der neben den vier EVU auch zahlreiche kleinere Unternehmen aktiv sind, soll es hier dennoch als eine Maßnahme mit berücksichtigt werden, die grundsätzlich geeignet erscheint, die Wettbewerbssituation im Stromerzeugungsmarkt zu verbessern.

Die Förderung der *„Errichtung der ersten 10 Offshore-Windparks“* soll über Kredite der KfW mit einem Gesamtvolumen von 5 Mrd. € zu Marktzinsen erfolgen. Ein Zusammenhang mit dem *„Energie- und Klimafonds“* ist hier nicht ersichtlich. Im Gegensatz zu der oben unter Punkt D. beschriebenen Maßnahme gibt es keine Einschränkung in Bezug auf die förderfähigen Unternehmen. Die Inanspruchnahme der Förderung steht somit ohne Weiteres auch den vier AKW-Betreiber-EVU offen. Selbst wenn also alle zehn geförderten Offshore-Projekte außerhalb der Einflussphäre der vier EVU lägen (was nicht der Fall ist bzw. sein wird), würde dies keine kausal verknüpfte Kompensation für die Laufzeitverlängerung darstellen, sondern infolge einer eigenen Markterwartung und einer frühzeitigen Beschäftigung mit dem Thema „Offshore-Windenergie“ dieser anderen Unternehmen erfolgen, mithin also die Folge einer unabhängig von der Laufzeitverlängerung errungenen Marktstellung im Bereich Offshore-Windenergie sein.

Sinn und Zweck der Regelung ist mithin erkennbar nicht die Beeinflussung der Erzeugerstrukturen im Strommarkt, sondern die Förderung klimaschützender Erzeugungstechnologien. Auch hier hält sich das gesamte Fördervolumen – bei Kreditprogrammen ist dies im Wesentlichen auf das Ausfallrisiko begrenzt – in engen Grenzen. Im Vergleich zu den gesamten Investitionssummen im Offshore-Bereich, die von der Bundesregierung selbst im Energiekonzept mit 75 Mrd. € bis 2030 beziffert werden (S. 9), gilt auch hier im Übrigen wie oben unter IV., dass zwar Investitionen möglicherweise erleichtert werden, dies aber das mit Investitionen in Offshore-Windenergie verbundenen Risiko nur marginal verändert.

Ergänzend soll noch darauf hingewiesen werden, dass auch und gerade die vier AKW-Betreiber-EVU in der Offshore-Windenergie aktiv sind und hier nicht nur im Erzeugungsmarkt, sondern auch auf vorgelagerten Wertschöpfungsstufen (Beispiel Installationsschiffe) Geschäftsfelder entwickeln und eigene Gesellschaften ausgegründet haben (z.B. „RWE Offshore Logistics Company GmbH“). Das einzig aktuell erwähnenswerte in Betrieb befindliche Offshore-Projekt vor der deutschen Küste, „Alpha Ventus“, wird gemeinsam von den Unternehmen EWE, E.ON und Vattenfall betrieben, wobei ein größerer Anteilseigner der EWE AG die EnBW ist. Auch diese rein praktischen Erwägungen machen deutlich, dass das Instrument Offshore-Förderung jedenfalls nicht geeignet ist, Schief lagen im Erzeugungsmarkt, die durch die Laufzeitverlängerung entstehen, auch nur abzumildern, da dieses Förderinstrument der KfW keine Kompensation für die Laufzeitverlängerung darstellt.

F. Zwischenergebnis

Die von der Bundesregierung im Rahmen ihres Energiekonzeptes vorgeschlagenen Maßnahmen sind nicht geeignet, die wettbewerbsfeindlichen Effekte einer Laufzeitverlängerung auszugleichen.

Die Gewinnabschöpfung mittels Steuer und Förderbeitrag belässt zusätzliche Milliardenbeträge bei den AKW-Betreibern. Die geplante Markttransparenzstelle bietet gegenüber der bestehenden Expertise bei Bundeskartellamt und der Monopolkommission keinen Mehrwert. Die Förderprogramme für kleinere Unternehmen und Offshore-Windparks sind entweder im Volumen zu klein oder kommen sogar den vier AKW-Betreibern selbst zugute.

Keine der Maßnahmen zielt auf das zentrale wettbewerbliche Problem der Laufzeitverlängerung: die Verfestigung der hohen Marktanteile von vier KKW-EVU auf dem Stromerzeugungsmarkt.

Teil 4 Rechtliche Würdigung

Die folgende rechtliche Prüfung konzentriert sich im Wesentlichen auf Fragen des materiellen Rechts, dabei hauptsächlich auf wettbewerbsrechtliche Fragen. Neben dem hier hauptsächlich relevanten europäischen Primärrecht wird auch das wettbewerbsschützende nationale Verfassungsrecht beleuchtet. Fragen der formellen Rechtmäßigkeit der verschiedenen Instrumente im Rahmen der Laufzeitverlängerung, insbesondere die in der Öffentlichkeit viel diskutierte Frage, ob die avisierte Gesetzesänderung einer Zustimmung des Bundesrates bedarf, waren hier nicht zu prüfen.

A. Vorüberlegungen zur Rechtsqualität der „Laufzeitverlängerung“

Die in der Öffentlichkeit einheitlich diskutierte „Laufzeitverlängerung“ besteht in der Praxis aus mehreren unterschiedlichen Instrumenten, deren Rechtsqualität hier vorab kurz erläutert werden soll.

I. Rückblick: Die rechtstechnische Umsetzung des „Atomausstiegs“

Der am 04.07.2000 von Vertretern der Bundesregierung und den vier damaligen AKW-Betreiber EVU unterzeichnete „Atomkonsens“ diente dem Zweck, nachfolgende Rechtsstreitigkeiten und eventuelle Entschädigungszahlungen zu vermeiden. Die Begrenzung der Stromerzeugung aus AKW wurde sodann rechtsverbindlich am 22.04.2002 durch das „Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität“ umgesetzt. Rechtstechnisch erfolgte dies so, dass die Berechtigung zum Anlagenbetrieb nach Erreichen der betreffenden Reststrommenge automatisch erlischt (§ 7 Abs. 1a AtG). Die Betriebsgenehmigung für die AKW erlischt mithin beim Eintritt dieser Bedingung von Gesetzes wegen. Der sog. „Atomausstieg“ erfolgte demnach durch Gesetz und kann mithin grundsätzlich durch eine erneute Gesetzesänderung inhaltlich modifiziert oder gänzlich aufgehoben werden.

II. Gesetzliche Regelungen zur Umsetzung der „Laufzeitverlängerung“

Im Rahmen der Laufzeitverlängerung sollen drei gesetzliche Neuregelungen erfolgen: eine Änderung des Atomgesetzes, ein Gesetz zur Einführung einer Kernbrennstoffsteuer sowie ein Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie und Klimafonds“ (EKFG).

Die hier maßgebliche 11. Novelle des Atomgesetzes¹⁸ beschränkt sich im Wesentlichen auf die Einführung einer neuen Spalte „zusätzliche Elektrizitätsmengen“ in der Tabelle, die die sog. Reststrommengen festlegt, und einen entsprechend Verweis hierauf im Gesetzestext.¹⁹

Der Entwurf des Kernbrennstoffsteuergesetzes²⁰ definiert den Steuergegenstand sowie den Steuertarif und enthält weitere steuerrechtlich übliche Regelungen.

Der Entwurf des EKFG²¹ bildet die gesetzliche Grundlage für die Bildung eines Sondervermögens des Bundes und legt fest, welche Maßnahmen hieraus finanziert werden sollen. Weiterhin bildet er die gesetzliche Grundlage für die Vereinbarung mit den AKW-Betreibergesellschaften („Förderfondsvertrag“). Der Gesetzesentwurf enthält in seiner Anlage einen Wirtschaftsplan für den „Energie- und Klimafonds“, der die Fördersummen pro Haushaltsjahr für die einzelnen Maßnahmenbereiche genauer festlegt.

Sämtliche vorgesehenen gesetzlichen Regelungen liegen derzeit lediglich in der Entwurfsfassung vor. Die zweite und dritte Lesung im Bundestag sollen am 28.10.2010 erfolgen.

III. Förderfondsvertrag

Rechtsgrundlage für den bereits zwischen der Bundesregierung und den AKW-Betreibergesellschaften vereinbarten FFV soll, wie oben unter II. erläutert, ein Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ sein, das jedoch bislang noch nicht verabschiedet wurde (s.o.). Der FFV kann mithin formell erst nach Inkrafttreten des betreffenden Gesetzes geschlossen werden.

Bei dem FFV handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des FFV selbst, der als Vertrag zwischen der Bundesregierung und privaten Unternehmen ausgestaltet ist. Zudem sieht der Vertrag Rechtsfolgen vor, etwa wenn der Bund zu einem späteren Zeitpunkt höhere Sicherheitsstandards einführt, die zu Nachrüstungskosten pro Kernkraftwerk von über 500 Mio. Euro führen, vgl. § 4.1 lit (i) (b) FFV. Diese Rechtsfolgen verdeutlichen den dauerhaften Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien und unterscheiden den FFV vom Atomkonsens aus dem Jahre 2000.

Dieses Verständnis wird des Weiteren gestützt durch die Ermächtigung der Bundesregierung durch den Bundestag zum Abschluss des FFV, wie sie in § 4 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs für die Einrichtung des Sondervermögens EKFG enthalten ist. Dort heißt es:

¹⁸ BT-Drs. 17/3051.

¹⁹ Die zwölfte Novelle, BT-Ds. 17/3052, befasst sich mit Fragen der Sicherheit und hat daher für dieses Gutachten keine direkte Relevanz.

²⁰ BT-Drs. 17/3054.

²¹ BT-Drs. 17/3053.

“Das Bundesministerium der Finanzen kann für den Bund mit den Betreibergesellschaften von Kernkraftwerken in Deutschland und ihren Konzernobergesellschaften einen Vertrag schließen, nach dem ein Teil der zusätzlichen Gewinne aus der Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke an das Sondervermögen zu zahlen ist. Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes über den öffentlichrechtlichen Vertrag sind anzuwenden.“

In „vertragstechnischer“ Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass der FFV weitgehende Anpassungsvorschriften zugunsten der AKW-Betreibergesellschaften enthält. Beispielsweise wird der Förderbeitrag gemäß § 4 FFV gemindert, sofern sich bestimmte gesetzliche oder sonstige Rahmenbedingungen ändern. Besonders weitgehend erscheint hierbei die Regelung in § 4 Ziffer 4.1 (ii) FFV, wonach sich der von den AKW-Betreibergesellschaften zu zahlende Förderbeitrag nicht nur bei einer Erhöhung der Kernbrennstoffsteuer mindert, sondern auch dann,

„wenn eine anderweitige Steuer, Abgabe oder sonstige Belastung eingeführt, begründet oder erhöht wird, durch die eine Zahlungspflicht im Zusammenhang mit dem Kernbrennstoffkreislauf, der Entsorgung, der Elektrizitätserzeugung aus Kernenergie, der Verteilung oder dem Handel von Elektrizität aus Kernenergie begründet oder erhöht wird“.

Insbesondere der Begriff der „sonstigen Belastung“ und die Bezugnahme auch auf Verteilung und Handel von Elektrizität gewähren den AKW-Betreibergesellschaften nach dem vertraglichen Wortlaut kaum noch eingrenzbar Rechte zur Minderung ihres Förderbeitrages.

Hinsichtlich der Kündigungsrechte gilt, dass die Vertragsparteien ausdrücklich kein Recht zur ordentlichen Kündigung haben. Jedoch gilt ausdrücklich ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG für den Fall, dass sich die wesentlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses in einer für eine Vertragspartei unzumutbaren Weise verändern (§ 5 FFV).

IV. Energiekonzept

Im Gegensatz zu den unter II. und III. dargestellten Instrumenten begründet das Energiekonzept der Bundesregierung keine direkten Rechte und Pflichten für Dritte. Vielmehr handelt es sich um eine politische Erklärung, die im Rahmen rechtlicher Prüfungen höchstens indirekt für Auslegungsfragen eine Rolle spielen wird.

B. Wettbewerbsrechtliche Bewertung

Die Prüfung der Laufzeitverlängerung aus der Sicht des übergeordneten Wettbewerbsrechts beschränkt sich im Folgenden auf Aspekte des europäischen Rechts, da das nationale Wettbewerbsrecht lediglich die Grundlage für Sanktionen gegenüber Unternehmen bildet, jedoch direkt keine Bewertung des Handelns der Bundesregierung ermöglicht.

I. Art. 106 AEUV (Ex-Art. 86 EG)

Anders ist dies bei Art. 106 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 01.12.2009 (AEUV). Dieser verbietet es den Mitgliedsstaaten „in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren“, Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die dem europäischen Primärrecht, insbesondere den Verboten der Diskriminierung, der Handels- oder Wettbewerbsbeschränkung, des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der unzulässigen staatlichen Beihilfen, widersprechen. Die hier gemeinten privilegierten Unternehmen sind solche, denen Rechte gewährt werden, die ihnen gegenüber anderen Unternehmen eine Sonderstellung einräumen und gleichzeitig eine besondere Einflussnahme staatlicher Stellen auf die unternehmerische Tätigkeit ermöglicht.²² „Ausschließlich“ meint dabei, dass nur die jeweiligen Unternehmen bestimmte Tätigkeiten ausüben dürfen.²³ Auch wenn im begrenzten Rahmen dieses Gutachtens keine abschließende rechtliche Einschätzung der Laufzeitverlängerung unter diesen Voraussetzungen möglich ist, so ergibt eine überschlägige Bewertung jedoch folgendes Bild:

Bei den AKW-Betreibergesellschaften handelt es sich um Unternehmen, denen die Bundesrepublik ausschließliche, zumindest aber besondere Rechte gewährt. Das Verbot des Neubaus weiterer Kernkraftwerke (§ 7 Abs. 1 Satz 2 AtomG) ermöglicht es ausschließlich ihnen, Strom aus Kernenergie zu erzeugen. Jedenfalls haben die KWK-betreibenden EVU aber eine i.S.d. Art. 106 AEUV besondere Stellung inne, da ihnen gegenüber den Wettbewerbern vorteilhafte Bedingungen eingeräumt werden.²⁴

Die Laufzeitverlängerung in ihrer bisher absehbaren Form widerspricht Art. 102 AEUV, der die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung untersagt. Als Beispiele für Missbrauch ist in der Norm selbst unter anderem die „Einschränkung der Erzeugung“ genannt. Nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) liegt ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV bereits dann vor, wenn staatlicherseits eine sog. „missbrauchsgeneigte Lage“ geschaffen wird.²⁵ Die missbrauchsgeneigte Lage im deutschen Stromerzeugungsmarkt – Stichwort: „vermachtete Strukturen“ – ist von den deutschen Kartellbehörden wiederholt bestätigt und kritisiert worden (s.o.). Wie bereits oben (unter Teil 2 B.) ausgeführt, führt die Laufzeitverlängerung in der derzeit vorliegenden Entwurfsfassung

²² Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Art. 86 EGV m.w. Nachw.

²³ EuGH Sacchi, Slg. 1991, 409, Rn. 14; Ahmed Saeed Flugreisen, Slg. 1989, 803, Rn. 50; Hafen von Genua, Slg. 1991, 5889, Rn. 13; vgl. auch; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, 2007, Art. 31, 86 EGV, B., Rn. 44 m.w. Nachw.

²⁴ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, 2007, Art. 31, 86 EGV, B., Rn. 45 m.w. Nachw.; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Art. 86 EGV, Rn. 23 ff. m.w. Nachw. Der EuGH differenziert nicht zwischen den beiden Tatbestandsmerkmalen, vgl. EuGH, Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, 8089, Rn. 24

²⁵ EuGH, Hafen von Genua, Slg. 1991, 5889, Rn. 17; fortführend in Corsica Ferries, Slg. 1994, 1783, Rn. 43; Albany, Slg. 1999, 5757, Rn. 93

zu einer drastischen Verschärfung der ohnehin bereits prekären Wettbewerbslage im Stromerzeugungsmarkt und verstärkt die „Missbrauchsneigung“ mithin noch weiter. Die gleichzeitig beschlossenen ergänzenden Maßnahmen sind grundsätzlich nicht geeignet, den erheblich negativen Effekt auf den Wettbewerb in spürbarer Weise zu vermindern (s.o.).

Nach überschlägiger Prüfung verstößt die Laufzeitverlängerung demnach gegen europäisches Wettbewerbsrecht. Nach Art. 106 Abs. 3 AEUV wäre die Kommission befugt, eine geeignete Richtlinie oder einen Beschluss an die Bundesrepublik zu richten.

II. Effet utile

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, die unter dem Schlagwort „*effet utile*“ bekannt ist, dürfen die Mitgliedsstaaten keine Maßnahmen treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) europäischen Primärrechts, also auch der Wettbewerbsregeln im AEUV aufheben könnten.²⁶ Zunächst muss jedoch ein vorangegangenes wettbewerbswidriges Verhalten eines Unternehmens vorliegen, auf das sich die staatliche Maßnahme – zumindest in ihren Auswirkungen - bezieht. Die Frage, ob den vier EVU bereits ein wettbewerbswidriges Verhalten im Stromerzeugungsbereich vorgeworfen werden kann, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens, so dass ein Verstoß gegen den „*effet utile*“, der grundsätzlich in Betracht kommt, hier nicht weiter untersucht werden soll.

C. Verfassungsrechtliche Bewertung

Zwar ist der Wettbewerb als solcher kein direkter Gegenstand des deutschen Grundgesetzes (GG), das nicht direkt eine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibt. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch im Laufe der Jahrzehnte dem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 GG, auch einen Schutz als „Wettbewerbsfreiheit“ entnommen.

So ist das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb Bestandteil ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG).²⁷ Zwar stellt natürlich nicht jede staatliche Maßnahme, die einem Unternehmen Nachteile bringt, eine Grundrechtsbeeinträchtigung dar. Sofern der Staat die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs zu Lasten einzelner Unternehmen ändert, ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit aber grundsätzlich eröffnet.²⁸ Dabei reicht es bereits aus, wenn die Maßnahme eine mittelbare und/oder unbeabsichtigte Beeinträchtigung des

²⁶ EuGH, INNO/ATAB, Slg. 1995, 2909, Rn. 20; Centro Servizio Spediporto, Slg. 2003, 8055, Rn. 45; Mauri, Slg. 2005, 1278, Rn. 29; vgl. auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, 2007, Art. 31, 86 EGV, B., Rn. 31 m.w. Nachw.

²⁷ BVerfGE 32, 311 (317)

²⁸ BVerfGE 32, 311 (317), 46, 120/137; 82, 209 (223); BVerfGE 71, 183 (191); BSGE 93, 296; 87, 95 (97); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Auflage, 2009, Art. 12, Rn. 15; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12, Rn. 144 ff.

grundrechtlich geschützten Verhaltens bewirkt.²⁹ Im Rahmen der Berufsfreiheit ist jedoch zumindest eine erkennbare „*berufsregelnde Tendenz*“ der Maßnahme erforderlich.³⁰

Dass die im Stromerzeugungsmarkt tätigen Unternehmen von einer faktischen Begünstigung der vier EVU durch die Laufzeitverlängerung, wie sie oben bereits ausführlich dargestellt wurde, stark in ihrer Unternehmensführung beeinträchtigt werden, ist offensichtlich. Die Beeinträchtigung bestünde auch gerade aufgrund dessen, dass die staatliche Maßnahme eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Die übrigen Maßnahmen des Pakets sind nicht geeignet, eine hinreichend ausgleichende Wirkung herbeizuführen.

Die „Laufzeitverlängerung“ könnte demnach auf Grundlage einer überschlägigen Prüfung auch gegen das in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG enthaltene Gebot der Wettbewerbsneutralität des Gesetzgebers, jedenfalls das Marktumfeld nicht für einzelne Unternehmen einseitig und zu Lasten aller anderen Mitwettbewerber zu verbessern, verstoßen.

Berlin, den 25. 10.2010

Dr. Olaf Däuper
Rechtsanwalt

Dr. Roman Ringwald
Rechtsanwalt

Judith S. Conrad
Rechtsanwältin

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist zunächst für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine - auch auszugsweise - Veröffentlichung bedarf der vorherigen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird; § 334 BGB ist anwendbar. Ferner weisen wir darauf hin, dass bei der Weitergabe dieses Gutachtens an Dritte ein vertragsähnliches Verhältnis mit dem Dritten zu Stande kommen könnte. Auch in diesem Falle gelten unsere Haftungsbeschränkungen gemäß Mandatsvertrag und zwar für alle Dritten insgesamt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Dritten vor der Weitergabe darauf hinzuweisen.

²⁹ Vgl. z.B. BVerfGE 105, 270 (300f); Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 20. Auflage, 2005, Rn. 238 ff.

³⁰ BVerfGE 13, 181 (185); 46, 120 (137); 49, 24 (47).