

FRANZ JÜRGEN SÄCKER

Einführung in das Thema

Liebe Tagungsteilnehmer, liebe Kolleginnen und Kollegen,
herzlich willkommen zu einer Fachtagung mit einem so kontroversen Thema, dass spannende Diskussionen vorgezeichnet sind. Ich will nur einige Probleme bezeichnen, die hier eine Rolle spielen. Wir sollten keine Tagung machen, die in die Vergangenheit blickt und fragt: »*Hätten wir die Energiewende wirklich vollziehen sollen? Hätten wir die Kernkraftwerke wirklich langfristig – so wie es beschlossen ist – stilllegen sollen?*« Ich glaube, das ist eine müßige Diskussion, wir sollten nicht zurückzublicken, sondern wir müssen die aktuellen Probleme lösen, die sich heute stellen. Und insoweit steht die *Korrektur* der Energiewende, nicht ihre Rückgängigmachung im Mittelpunkt der Tagung. Wir wissen, dass erneuerbare Energien nicht alle Aufgaben lösen können. Die Energiepolitik steht vor drei schwierigen Zielen, die Herr *Müller* gerade benannt hat. Wir brauchen *Versorgungssicherheit*, wir brauchen *ökologische Strukturen* im Interesse des Klimaschutzes und wir brauchen *Bezahlbarkeit* im Interesse des Wohlstandes der Bürger und der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie.

Das EEG in der gegenwärtigen Struktur wird zwar den Anforderungen des Klimaschutzes, aber nicht den Anforderungen der Versorgungssicherheit gerecht. Erneuerbare Energien können wegen der Volatilität, die mit ihnen verbunden ist, keine Energieversorgungssicherheit liefern. Wir haben auch im Winter an der Nordsee windstille Tage und wir haben Zeiten, in denen die Wolken dicht sind. Auch für Offshore-Windparks gilt, dass sie nicht – wie Frau *Merkel* manchmal sagt –, rund um die Uhr Grundlast liefern. Sie stellen vielleicht an 230 bis 240 Tagen im Jahr eine ausreichende Energiemenge zur Verfügung. Aber für knapp 100 Tage wird auch hier die Windzufuhr nicht ausreichend sein, sodass notwendig das Bedürfnis besteht, mit konventionellen Kraftwerken, welcher Art auch immer, dafür Sorge zu tragen, dass die Energieversorgungssicherheit gewahrt wird. Je mehr wir erneuerbare Energien ausbauen, desto klarer wird, dass wir für die Phasen mangelnder Wind- und Sonnenenergie Backup-Kraftwerke brauchen. Wir müssen also im Grunde genommen immer zubauen, um für windstille Tage Vorsorge zu treffen. Alle alten Kraftwerke können aber nicht ewig weiterbetrieben werden, auch wenn jetzt mit der Reservekraftwerksverordnung eine Regelung gefunden wurde, nach der Kraftwerke nicht einfach aus dem Markt ausscheiden dürfen, sondern dass sie weiter auf der Basis bestimmter Kosten produzieren müssen, die ihnen dann für die Energiebereitstellung erstattet werden.

Ob das nun ausreichend ist, darüber kann man geteilter Meinung sein. Ich selber habe Zweifel, ob dies eine verfassungskonforme Regelung darstellt. Für uns Wirt-

schaftsrechtler ist klar: Unter den Bedingungen des Kartellrechts gab es immer zwei Freiheiten. Das war die Freiheit der Entscheidung, in einen Markt einzutreten – die konnte durch keine Behörde erzwungen werden – und es gab die Freiheit – wenn man keine Lust mehr hatte, wenn man keine Rentabilität mehr erzielte – aus dem Markt auszusteigen. Kein Kartellrecht hat bislang diese beiden Entscheidungen kontrolliert. Jetzt sind wir unter Berufung auf das Gemeinwohl dabei, das Aussteigen aus dem Markt einer Kontrolle zu unterwerfen. Ich will die durch die Energiewendepolitik bedingte Notwendigkeit dieser Regelung gar nicht in Frage stellen, aber doch auf die Besonderheit hinweisen, dass wir jetzt nicht nur systemische Banken, sondern auch systemische Kraftwerke haben, die jenseits der Gesetze der Marktwirtschaft funktionieren.

Es muss also die Versorgungssicherheit gewährleistet werden. Ohne Versorgungssicherheit funktioniert keine Maschine, kein Telefon, kein Computer. Wir würden wie Robinson auf einer einsamen Insel leben – was niemand will. Wenn wir nicht genug konventionelle Kraftwerke haben, die ergänzend Strom liefern, stellt sich natürlich sofort das Problem, ob wir dann nicht die Industrie und die Verbraucher durch Bewirtschaftung der Nachfrage aus dem Netz »rauswerfen« müssen. Müssen wir nicht die Konsumentensouveränität deutlich einschränken und in windschwachen Zeiten die Lasten runterfahren? Dies ist ein Problem der Zukunft. Im Energiewirtschaftsrecht ist das Herunterfahren der Lasten bereits vorgesehen. Es bedarf aber der Vereinbarung, damit kein Unheil zur Unzeit angerichtet wird. Solche Vereinbarungen haben sich bislang bei Weitem noch nicht im erforderlichen Umfang schließen lassen. Insoweit also wird man mit dem Problem von Abschaltvereinbarungen nicht alle Probleme lösen können. Das Problem von Kapazitätsmärkten, wie wir genügend Energie für Wind- und Sonnenflauten bereitstellen können, wird uns noch lange beschäftigen. Wir werden das auch nicht national lösen können, sondern wir brauchen eine europäische Lösung für das Problem. Denn die EU-Kommission wird nicht erneut nationale Kapazitätsmärkte dulden, mit der Wettbewerbsbeschränkungen für Unternehmen in Nachbarstaaten verbunden sind.

Der zweite Punkt, der zentral ist, ist der Klimaschutz. Natürlich trägt das EEG zum Klimaschutz bei, indem wir CO₂-Minderungen erreichen. Vor dem Hintergrund, dass wir Backup-Kraftwerke brauchen, die wir einsetzen, erleben wir natürlich, dass die ältesten Kraftwerke, weil sie billig produzieren und abgeschrieben sind, in den Phasen der Windstille massiv produzieren. Wir sparen zurzeit, wenn wir die Gesamtbilanz sehen, kaum CO₂ ein. Die riesige Geldmenge, die wir ausgeben, um hier erneuerbare Energien zu fördern, wäre natürlich viel besser investiert, wenn wir das Geld in die Staaten, in denen die schmutzigsten Industrieanlagen laufen, gegeben hätten. Dann hätten wir einen Beitrag für den Klimaschutz geleistet. So leisten wir einen hervorragenden symbolischen Beitrag zum Klimaschutz, den wir auch leisten wollten, weil wir eine Vorreiterfunktion als reiches Industrieland übernehmen wollten. Ich will das gar nicht kritisieren, wenn die Vorreiterrolle funktionieren würde. Im Moment sieht es nicht danach aus. Ich weiß natürlich auch, dass es unrealistisch wäre, anzunehmen, dass die deutsche Bevölkerung, das Parlament, akzeptiert hätte, wenn wir die Summe,

die wir für die Förderung erneuerbarer Energien ausgeben, als Hilfe für die Dritte Welt zur Reduzierung der dortigen schrecklichen CO₂-Emissionen ausgegeben hätten.

Der dritte entscheidende Punkt ist die Bezahlbarkeit. Die Bezahlbarkeit der Energie lässt sich allmählich nicht mehr voll gewährleisten. Es sind immer mehr Personen, die hier ohne Hilfestellung des Staates bei ihrem persönlichen Einkommen, die Energiekosten nicht mehr effektiv tragen können. Und auch die Industrie leidet unter dem Thema der teuren Energie. Das gilt ebenso für die nicht-stromintensiven Betriebe, weil sie natürlich auch im Verhältnis zu Nachbarstaaten teure Stromkosten zu bewältigen haben. Und die Schnittstelle zwischen subventionierten und nicht-subventionierten stromintensiven Industrien ist eine schwierige Grenzlinie, an der der Gesetzgeber sich zurzeit den Kopf zerbricht. Niemand weiß eine EU-konforme vernünftige Lösung.

Sie wissen, dass Brüssel im vergangenen Jahr ein Beihilfekontrollverfahren gegen das EEG insgesamt, insbesondere aber auch gegen die Förderung der stromintensiven Unternehmen, wegen wettbewerbsschädlicher Auswirkungen auf Nachbarstaaten – das ist der Kernpunkt – erhoben hat. Denn die Förderung der erneuerbaren Energien hat dazu geführt, dass eine ganze Fülle von Beschwerden, etwa von tschechischen und holländischen Unternehmen, eingegangen ist, die sich durch die – ich nenne es jetzt einfach vorläufig subventionierten – Energiepreise stromintensiver Unternehmen in ihrer eigenen Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt fühlen. Die deutsche Regierung ist – Herr *Nettesheim* wird hierauf gleich eingehen –, (immer noch) der Ansicht, dass es sich nicht um Beihilfen handelt. Herr *Gabriel* hat das noch einmal betont. Ich habe große Zweifel daran. Wer die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Verstoß des französischen EEG gegen das Beihilferecht gelesen hat, wird kaum annehmen können, dass der Europäische Gerichtshof das deutsche EEG in diesem Punkt aufrechterhalten wird.

Natürlich kann ich »sophisticated« erklären, dass es einen gewissen Unterschied gibt – dass das EEG nicht ganz so staatsnah wie das französische Recht ist. Aber wer sich des Hintergrunds bewusst ist, dass wir doch mithilfe des Beihilferechts, das Bestandteil der Wettbewerbsvorschriften ist, ein System unverfälschten Wettbewerbs schützen wollen, weiß, dass diese Frage der Konstruktion, wie staatsnah die Sache ist, langfristig keine Rolle spielt. Ich gehe davon aus – und das sehen inzwischen auch sehr viele, die sich mit dem Europarecht vertraut gemacht haben, genauso –, dass wir hier vor dem Europäischen Gerichtshof schlechte Chancen haben, die Position der Bundesregierung zu verteidigen. Der Wille muss darauf gerichtet sein, in den nächsten vier Monaten in Brüssel eine Lösung zu finden, um eine Genehmigung für den Kernbereich des EEG zu bekommen. Ob man diese erhält, für sechs Jahre oder für wie lange auch immer, ist eine schwierige Frage. Ich erwähne dies nur, weil der Aspekt der Bezahlbarkeit des Stroms natürlich sehr stark von der Frage abhängig ist, ob man mit Brüssel eine Regelung findet, die unsere teuren Strompreise für stromintensive Unternehmen erträglich macht. Selbst wenn man statt der jetzigen fünf Prozent die Unternehmen mit 20 Prozent der Stromkosten belasten würde, wären es etwa 30 Unternehmen, die zum Konkursrichter müssten, um Insolvenz anzumelden; etwa Unternehmen in

den Bereichen Aluminiumindustrie und Papierindustrie. Wenn man die Bilanzen liest, ist das auch nachvollziehbar. Ich glaube nicht, dass man die Bilanzen so verändern kann, dass für manche Unternehmen im Inland eine Insolvenzanmeldung vermieden werden könnte.

Gleichzeitig ist mit den drohenden Gefahren auch das Rückstellungsproblem verbunden. Die EEG-Reform hängt davon ab, dass man mit Brüssel eine harmonische Lösung findet. In Brüssel ist man sehr verärgert über die rechtsferne Polemik, mit der in Deutschland argumentiert wird. Schon fast auf Biertischniveau ist vor allem das Argument, dass, solange die deutschen Strompreise höher seien als in den Staaten, mit denen wir im Wettbewerb stehen, wir doch dann damit nichts falsch machen könnten, indem wir diese Preise erniedrigen und verbilligen – wir stellten den Wettbewerb damit wieder her. Aber das ist natürlich ein grobes Missverständnis: Wenn wir zu hohe Preise für Textilarbeitnehmer haben, dann geht die deutsche Textilindustrie zugrunde, dann können wir nicht mit Subventionen helfen, um im Binnenmarkt zu bestehen. Der Binnenmarkt sieht vor, dass in dem Rahmen, in dem rechtmäßig Produkte und Dienstleistungen in den Verkehr gebracht werden, ein Wettbewerb stattfindet. Wenn Deutschland zu überhöhten Preisen Strom produziert, dann ist es nicht selbstverständlich, dass wir verlangen können, dass Brüssel den Wettbewerb verfälschende Strompreissubventionen genehmigt.

Natürlich gibt es Art. 107 Abs. 3 AEUV. Man hätte wettbewerbsneutrale Hilfen im Sinne des Klimaschutzes genehmigen müssen. Das wäre gar kein Problem gewesen. Brüssel hat das immer wieder angeboten; die deutsche Bundesregierung hat mit der Starrheit des Dogmas, dass das deutsche System des EEG ein rein privatrechtlicher, staatsferner Ausgleich sei, die Auffassung vertreten, dass es keine Beihilfe ist. Sie konnte sich dabei, nach meiner Ansicht, nicht auf das alte PreussenElektra-Urteil stützen. Nach dem Urteil zum französischen EEG wird es immer schwerer, die Position aufrecht zu erhalten, zumal wir in den nächsten vier Monaten, damit das EEG endlich reformiert werden kann, eine Lösung mit Brüssel finden müssen. Es nützt nichts, wenn das neue EEG genauso gegen das Beihilfenrecht verstößt und erneut ein Verfahren eingeleitet wird wie gegen das EEG von 2012. Das ist das Dilemma, vor dem die Politik steht. Man kann auch nicht sagen, wir halten das aus, bis der Europäische Gerichtshof entschieden hat. Wenn wir mit den Bilanzleuten und Wirtschaftsprüfern sprechen, sagen diese, dass man nichts »aushalten« könne, wenn Brüssel dann erneut ein förmliches Beihilfekontrollverfahren eröffnet. Dann müssen die Unternehmen Rückstellungen in der Bilanz bilden. Dann besteht aber das Problem bereits heute, und daher ist es undenkbar, hier über Jahre lang das Problem zu »pflegen« und abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof entscheidet.

Wir haben also ein aktuelles Problem. Es ist einer der Grundfehler in der deutschen Diskussion gewesen, dass wir unter den Ereignissen von Fukushima die Energiewende sehr schnell vollzogen haben. Wir waren stolz darauf, als Erste zu reagieren, als Erster eine Lösung zu finden. Das will ich gar nicht kritisieren. Fehlerhaft ist es aber, dass man versucht hat, dies einseitig im Binnenmarkt für Energie zu machen; im Gegensatz zu den anderen europäischen Ländern. Und ich bin erstaunt, wenn unser neuer Wirt-

schaftsminister, der auch für Energie zuständig ist, mit der Parole in die Öffentlichkeit geht, über den Trick der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften habe Brüssel die nationale Energiepolitik hier eingeschränkt. Alle Vorschriften des EU-Vertrages, auch die Eigentumsverfassung, die der EU-Vertrag der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten unterstellt, stehen nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter den Wettbewerbsvorschriften. Sie müssen übereinstimmend mit den Wettbewerbsvorschriften angewendet werden. Und das bedeutet auch, dass die Kompetenzen, die Art. 194 AEUV bei den Mitgliedsstaaten belässt, in Übereinstimmung mit den Wettbewerbsvorschriften ausgeübt werden müssen. Die Beihilfenpolitik ist ein Element der Wettbewerbsvorschriften und man hätte von Anfang an unter dem Aspekt des Klimaschutzes eine Lösung mit Brüssel und nicht gegen Brüssel finden müssen. Es ist interessant, dass historische Erfahrungen verloren gehen. Deutschland hatte die gleiche Erfahrung bei dem »kleinen« Problem der Einführung des Dreivegekatalsators. Deutschland wollte ihn isoliert als einziges Land einführen und ausländische PKWs nur dann zulassen, wenn sie einen Dreivegekatalsator hatten. Brüssel intervenierte sofort, und wir konnten in einem mehrjährigen Verfahren in Abstimmung mit den übrigen Ländern dann den Dreivegekatalsator einführen, um die Umwelt zu entlasten.

Ein ähnlicher Weg wäre auch bei der Reform der Energiewende notwendig gewesen. Wir stehen jetzt vor dem Problem, dass wir die Energiewende, die den ökologischen Aspekt einseitig in den Vordergrund geschoben hat, mit dem ökonomischen Aspekt und mit dem Aspekt der Energieversorgungssicherheit mit all den vielen Facetten, die damit verbunden sind, in Übereinstimmung bringen müssen. Und wir müssen dies nicht alleine, sondern in Übereinstimmung mit Brüssel tun. Der zuständige Abteilungsleiter im alten Umweltministerium sagte in der vergangenen Woche in einer Diskussion: *»In den ersten Jahren sind wir noch zu wenig nach Brüssel geflogen, heute fliegen wir so viel nach Brüssel, dass ich schon die Vornamen aller Stewardessen kenne, die zwischen Berlin und Brüssel tätig sind«*. Das kennzeichnet symbolisch dieses Problem. Jetzt müssen wir in Brüssel kleine Brötchen backen und zu einer Lösung kommen – mit Kraftmalerei geht das nicht. Viele sagen, Deutschland habe solch große Macht in der EU; die müsse man einsetzen. Auch Brüssel ist aber in vieler Hinsicht – nach meinen Eindrücken, ich habe seit über 25 Jahren mit der Brüsseler Wettbewerbspolitik zu tun – sensibel. Nicht jeder Druck geht in die richtige Richtung. Ich habe bei der gescheiterten Fusion Volvo/Scania erlebt, wie der schwedische Ministerpräsident sieben Mal in Brüssel aufgetreten ist. Sehr deutlich und präzise betonte er, wie überlebenswichtig es für Skandinavien sei, dass diese Fusion funktioniere. Mit jedem Besuch des Ministerpräsidenten wurde die Chance der Fusion aber geringer. Man muss eben sehen, Brüssel ist ein juristisch-bürokratisches Gebilde, wo man den Einfluss der Stäbe und Generaldirektoren nicht unterschätzen sollte. Die Kommissare können nicht frei gegen die Generaldirektoren agieren. Es ist ein komplexes Verfahren der Einwilligung – bürokratische Mechanismen gibt es auch in Brüssel. Ein Telefongespräch zwischen Frau *Merkel* und Herrn *Barroso* kann die Probleme nicht lösen, sondern es ist wesentlich komplizierter. Manchmal glauben auch Vorstandschefs von

Industrieunternehmen, wenn sie mit dem zuständigen Kommissar gesprochen haben und nette Worte ausgetauscht worden sind, hätten sie die Schlacht gewonnen. Aber sie wird dadurch nicht gewonnen.

Ich befürchte allerdings, dass viele Unternehmen ganz erhebliche Anpassungsschwierigkeiten haben und viele Investitionen nicht mehr in Deutschland stattfinden werden. Ich weiß von zwei Unternehmen, in denen ein Investitionsstopp in der EU beschlossen wurde, weil sie Zweifel haben, ob sie mit dem künftigen System »Strompreis« überleben können. Bei BASF ging es bereits durch die Presse. Das liegt natürlich nicht nur am deutschen EEG, das hängt natürlich auch damit zusammen, dass in Amerika über die Fracking-Methode sich plötzlich viele Produkte billiger herstellen lassen und dann als Folge des zu hohen Strom- und Gaspreises in Deutschland im internationalen Wettbewerb Nachteile eintreten. Wenn wir ein Interesse haben, eine Deindustrialisierung zu vermeiden, werden wir eine Reform der Energiewende anstreben müssen, die die Unternehmen am Leben lässt. Auf unserer Tagung wollen wir diese Probleme erörtern. Da wir Juristen sind und dies eine juristische Tagung ist, wird natürlich die juristische Betrachtung im Vordergrund stehen. Was sind die Rahmenbedingungen, unter denen diese Energiewende jetzt korrigiert werden kann, so dass sie alle drei Ziele der Energiepolitik erfüllt? Die bloße Betonung der Gleichrangigkeit der drei Ziele führt noch nicht zur Lösung. Die Quadratur des Kreises, auf die Herr Müller als schwer zu bewältigende Aufgabe hingewiesen hat, wird alle, die sich mit dem Energierecht beschäftigen, noch lange quälen.

Wir haben keine perfekten Lösungen, die uns diese »Quadratur« der drei Ziele im Sinne einer einfachen Harmonisierung, im Sinne praktischer Konkordanz ermöglichen. Die Politiker müssen die Wende, die sie politisch eingeleitet haben, auch politisch korrigieren. Die Rolle der Juristen bei dieser Korrektur kann nur die einer Klarstellung und Absicherung sein. Wir haben in den letzten drei Jahren 34 Reformen im Energierecht gehabt. Das zeigt, dass eine wissenschaftliche Durchdringung dabei nicht möglich war; der Beitrag der Juristen bei diesem Geschäft ist in der Politik relativ gering. Ich habe nicht das Gefühl, dass das Bundeswirtschaftsministerium in diesem Punkt sehr wissenschaftsfreundlich ist. Deshalb hoffe ich, dass durch hochqualifizierte Referate von Herrn *Nettesheim* und von Herrn *Wieland*, es ein Stück klarer wird, wie der europa- und verfassungsrechtliche Rahmen bei dieser Reform zu beurteilen ist. Ich habe Ihnen mit diesen Einleitungsworten hoffentlich nicht die Vorfreude auf diese Tagung verdorben, weil »ja alles unklar und schwierig« ist, sondern vielleicht können wir am Ende der Tagung ein Resümee ziehen, dass wir jetzt auf einem etwas höheren Argumentationsniveau die Probleme etwas klarer sehen, auch wenn wir sie nicht lösen können. Viel Spaß bei unserer Tagung.