

Ulrich Büdenbender

Die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und staatlicher Lenkung

1 Überblick über die historische Entwicklung

Die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft unterliegt vor dem Hintergrund technisch-wirtschaftlicher Gegebenheiten bereits seit 1935 spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen.

1.1 Energiewirtschaftsgesetz 1935

Das Energiewirtschaftsgesetz von 1935, gültig bis 1998, erteilte der Geltung des Wettbewerbsprinzips eine eindeutige Absage. Die Gründe lagen in der Leitungsgemeinschaft der Strom- und Gasversorgung, der fehlenden Speicherbarkeit elektrischer Energie und einer nur begrenzten Speicherbarkeit von Gas, der hohen Kapitalintensität und der langfristigen Amortisation der gebundenen finanziellen Mittel – dies alles vor dem Hintergrund der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung einer sicheren und preiswürdigen Energieversorgung [1]. Dabei ging es nicht um einen besonderen Schutz der Energieversorgungsunternehmen (EVU), sondern um die berechtigten Belange der Verbraucher unter dem Aspekt der Sicherheit und Preiswürdigkeit der Versorgung, die nach Auffassung des damaligen Gesetzgebers nur in geschlossenen Versorgungsgebieten erreichbar war. In allen anderen Wirtschaftszweigen verpönte Gebietskartelle wurden rechtlich für zulässig erklärt. Die Staatsaufsicht war nach dem Energiewirtschaftsgesetz 1935 ausdrücklich darauf ausgerichtet, das Prinzip des Versorgungsmonopols jedes einzelnen Energieanbieters im Interesse seiner Kunden sicherzustellen.

Auch mit Inkrafttreten des Kartellgesetzes im Jahre 1958 wurde dieser Standpunkt nicht geändert; er galt bis 1998 fort.

1.2 Energiewirtschaftsgesetz 1998/2003

Ordnungs- und rechtspolitisch war diese Konzeption jedoch nie unumstritten. Wirtschafts- und Rechtswissenschaften, Politik, Kartellbehörden und die Interessenvertretungen der Verbraucher äußerten immer wieder Zweifel an der Tragfähigkeit der Argumentation zugunsten von Versorgungsmonopolen und kritisierten die damit verbundenen Ergebnisse hinsichtlich der Energiepreise. Insbesondere die Europäische Kommission stellte sich Ende der 80er und in den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts an die Spitze der Bewegung und verlangte die Einführung des Wettbewerbsprinzips, um einen kompetitiv gesteuerten gemeinsamen Markt auch in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft zu ermöglichen¹. Nach langen Auseinandersetzungen erlangte dieses Modell mit den Binnenmarkttrichtlinien für Elektrizität von 1996 [2] und für Gas von 1998 [3] normative Kraft. Der deutsche Gesetzgeber setzte sie mit der Energierechtsreform von 1998 [4], ergänzt um die Gasnovelle des Jahres 2003 [5], in innerstaatliches Recht um. Die Neuregelung bedeutete eine grundlegende Abkehr von dem Modell der geschlossenen Versorgungsgebiete. Versorgungsmonopole wurden für unzulässig erklärt; alle Sonderre-

Die Entflechtung der Netze von den liberalisierten Bereichen der Energieversorgungsunternehmen (EVU) spiegelt sich in der Staatsaufsicht wider: Die liberalisierten Tätigkeitsbereiche werden dem freien Spiel der Kräfte ausgesetzt und unterliegen im Falle von Marktmacht der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Demgegenüber wird der Netzbetrieb vollumfänglich und ausschließlich durch die Regulierungsbehörden überwacht. Trotz wesentlicher Unterschiede haben beide Formen der Staatsaufsicht die Funktion, unternehmerisches Handeln derart zu lenken, dass ein effektiver Wettbewerb im Energiemarkt möglich ist. Mit dem Ziel der Wettbewerbsförderung wird das Energierecht ständig Reformplänen unterzogen, ohne dass der Verordnungsgeber bereits bestehenden Konkretisierungsaufträgen umfassend nachkommen konnte. Unter Berücksichtigung der ausstehenden Rechtsverordnungen müssen Reformen ein angemessenes Verhältnis von staatlicher Steuerung und unternehmerischer Freiheit beachten.

Government supervision reflects the ongoing segregation of the distribution networks from the liberalised sectors of the power supply industry: The latter are exposed to full competition and are subject to the control of abusive practices by competition authorities. The networks, however, are controlled fully and exclusively by regulatory authorities. Despite their substantial differences, both forms of supervision are aimed at directing business activities to ensure effective competition on the energy markets. To promote competition, energy law is undergoing constant reform, but the required ordinances are yet to be enacted. New reform ideas should consider the outstanding ordinances and maintain an appropriate balance between government supervision and corporate freedom.

¹ Zum Wettbewerb im deutschen Elektrizitätsmarkt vgl. auch von Hirschhausen/Weigt/Leuthold in diesem Heft.

gelingen, die ihre Zulässigkeit sicherstellten, wurden ersatzlos aufgehoben. Dabei verzichtete der deutsche Gesetzgeber auf europarechtlich an sich mögliche Übergangsregelungen im Sinne einer sukzessiven Einführung des Wettbewerbskonzeptes. Stattdessen wurde eine wettbewerbliche Steuerung in einem Zug gesetzlich verankert, wobei der Wettbewerb allerdings wegen der als natürliche Monopole geltenden Netze bildlich gesprochen nur „vor“ und „hinter“ dem Netz möglich ist. Erfasst sind folglich die Bereiche Stromerzeugung und Strombezug sowie Gasgewinnung und Gasbezug auf der einen Seite sowie der gesamte Energiehandel und der Energievertrieb bis hin zum Letztverbraucher auf der anderen Seite. Parallele Leitungsnetze stellen, von Ausnahmen abgesehen, eine volkswirtschaftlich unsinnige Doppelinvestition dar. Insoweit werden Netze als natürliche Monopole qualifiziert; lediglich auf der überregionalen Ferngasebene gibt es nach Selbsteinschätzung der Gaswirtschaft im Einzelfall Ausnahmen². Als Konsequenz dieser besonderen Marktstellung der Netze wurde ein umfassender Anspruch auf Anschluss und Zugang zu fremden Leitungsnetzen gegen den Netzbetreiber geschaffen. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Preise und Bedingungen, die in der Startphase der Energierechtsreform im Wege des verhandelten Netzzugangs konkretisiert wurden. Einzelheiten dazu legten die Verbände der Energiewirtschaft und der Energieverbraucher fest [6], damit nicht in jedem Einzelfall alle Details vertraglich erstmals fixiert werden mussten. Dieser Rechtszustand galt allerdings nur bis 2005. Er erhielt immer wieder heftige Kritik von den Interessenvertretungen der Energieverbraucher und insbesondere auch von der Europäischen Kommission, obwohl die angesprochenen Binnenmarkt-richtlinien von 1996 bzw. 1998 das Modell des verhandelten Netzzugangs neben demjenigen des regulierten (staatlich gesteuerten) Netzzugangs ausdrücklich zuließen.

1.3 Energiewirtschaftsgesetz 2005

Mit den Beschleunigungsrichtlinien für Elektrizität und Gas vom 26. Juni 2003 [7] erfuhr das Energierecht erneut eine grundlegende Änderung. Nunmehr wurde allein der regulierte Netzzugang für verbindlich erklärt und die Möglichkeit des verhandelten Netzzugangs ausdrücklich ausgeschlossen. Hiervon hatte, europaweit betrachtet, ohnehin nur die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht. Der regulierte Netzzugang ist durch eine präventive, d. h. dem unternehmerischen Verhalten zeitlich vorgelagerte staatliche Steuerung von Preisen und Bedingungen für den Netzzugang, teilweise auf normativer, teilweise auf administrativer Ebene, gekennzeichnet. Im Gegensatz dazu wurden zuvor die im Rahmen des verhandelten Netzzugangs genehmigungsfrei fixierten Preise und Bedingungen lediglich repressiv im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 32 GWB³ kontrolliert, darüber hinaus aber auch von den Zivilgerichten unter dem Aspekt der Angemessenheit nach §§ 6, 6a EnWG⁴ 1998 sowie in kartellrechtlichen Zivilprozessen nach § 33 GWB.

Die Beschleunigungsrichtlinien von 2003 wurden mit der Energierechtsreform von 2005 in innerstaatliches Recht umgesetzt⁵. Neben der Regulierung des Netzbetriebes (§§ 20, 21, 23a EnWG) bilden die Entflechtungsvorgaben (§§ 6 – 10 EnWG) einen Schwerpunkt. Danach müssen vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen den Netzbetrieb ausgliedern, in eine rechtlich selbstständige Gesellschaft einbringen sowie hinsichtlich der maßgeblichen Entscheidungen (Netzinvestitionen, Netzwartung und Netz-

betrieb, Organisation, Personalpolitik, Rechnungslegung und Informationspolitik) eigenständig durch die Unternehmensleitung Netzbetrieb führen lassen. Konzerninterne und konzernexterne Netznutzer sind gleich zu behandeln; eine Bevorzugung des konzerneigenen Energievertriebs ist verboten (§ 21 Abs. 1 EnWG). Eigentümern dürfen die Netze jedoch im Konzern verbleiben; eine Pflicht zur Veräußerung (Ownership-Unbundling) besteht nicht.

Rein quantitativ unterscheidet sich das Energiewirtschaftsgesetz von 2005⁶ [8] allein um den Faktor 20 (!) von dem zuvor gültigen Energierecht. Dabei stehen zahlreiche für die Rechtspraxis wichtige Rechtsverordnungen, die die formal-gesetzlichen Vorgaben näher konkretisieren, noch aus. Hierzu zählt insbesondere die Rechtsverordnung zur Anreizregulierung nach § 21a Abs. 6 EnWG.

1.4 Weitere Reformdiskussionen

Trotz der grundlegenden Energierechtsreform von 2005 kommt die Thematik nicht zur Ruhe. Auf europäischer Ebene verfolgt die Kommission insbesondere das Interesse, die Strom- und Gasnetze noch weiter als nach geltendem Recht (§§ 6 ff. EnWG) aus vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen auszugliedern. Dies soll im Wege des sogenannten Ownership-Unbundling geschehen, das – anders als im geltenden Recht – eine eigentumsmäßige Trennung der Netze aus vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vorgibt, sei es (unwahrscheinlich) zugunsten einer staatlichen Institution, sei es (voraussichtlich) durch eine Zwangsveräußerung an private Investoren [9]. Aufgrund des massiven Widerstandes unter anderem aus Deutschland und Frankreich gegen eine solche Forderung hat die Kommission als mögliche Kompromisslinie die zwangsweise Übertragung des Netzbetriebes an einen (oder mehrere) von den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vollständig unabhängigen Netzbetreiber (Netz-Operator) in die Debatte geworfen. Dieses Modell ließe die Eigentumsstellung der bisherigen Netzeigentümer unberührt; es entzöge den vertikal integrierten EVU jedoch den gesamten Netzbetrieb vollständig. Auf nationalrechtlicher Ebene spielen seit Herbst 2006 Vorschläge des Bundeswirtschaftsministeriums eine Rolle, die den Bereich der Erzeugung und des Vertriebs von Strom und Gas, darüber hinaus aber auch von Fernwärme betreffen, also den an sich wettbewerblich zu steuernden und nicht der staatlichen Regulierung unterliegenden Sektor. Der Vorschlag für einen neuen § 29 GWB sieht eine erhebliche Verschärfung der Preismissbrauchsaufsicht gegenüber den generell gültigen Regeln (§§ 19, 20, 32, 33 GWB) vor, wenn auch befristet bis zum 31. Dezember 2012. Er wurde von der Bundesregierung am 25. April 2007 als Gesetzesentwurf [10] verabschiedet und in die parlamentarische Beratung eingebracht.

² Kritisch dazu *Büdenbender, Urlich*: DVBl 2006, S. 197 ff.

³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

⁴ Energiewirtschaftsgesetz.

⁵ BGBl. 2005 I 1970; vgl. ferner die auf §§ 21b, 24, 29 EnWG gestützten Rechtsverordnungen über den Zugang und die Entgelte für den Zugang zu den Elektrizitäts- und Gasnetzen, alle vom 25.7.2005, BGBl 2005 I 2243, 2225, 2210 und 2197.

⁶ S. Fußnote 5.

1.5 Rechtsunsicherheit

Nachdem das Energierecht von 1935 bis 1998 trotz einzelner Reformen, insbesondere im Kartellrecht, insgesamt durch ein beachtliches Maß an Stetigkeit gekennzeichnet war, ist die Zeit seit 1998 durch ständige Rechtsreformen und immer neue Reformforderungen geprägt. Dieser Zustand bewirkt in der Rechtspraxis ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit, der unabhängig davon, wie man politisch zu den einzelnen Forderungen steht, für alle Beteiligten misslich ist.

2 Wettbewerbliche Steuerung der Strom- und Gaswirtschaft

2.1 Ordnungspolitische Grundsätze

Jenseits der Netze als natürliche Monopole verfolgen die Energierechtsreformen von 1998 sowie insbesondere auch von 2005 das Ziel, die Bereiche Energieerzeugung/Energiegewinnung einerseits und Energiehandel/Energievertrieb andererseits uneingeschränkt wettbewerblig zu steuern. Abgesehen von einigen Sonderregeln für Haushaltskunden und sonstige Verbraucher in Landwirtschaft, Gewerbe und öffentlichen Einrichtungen mit einem spezifisch geringen Energieverbrauch, vom Gesetzgeber als Grundversorgung bezeichnet (§§ 36 ff. EnWG), fehlen spezialgesetzliche Vorgaben für diese Sektoren. Dies ist ordnungspolitisch logisch, da sich eine wettbewerblig gesteuerte Wirtschaft nach dem freien Spiel der Kräfte von Angebot und Nachfrage organisiert und daher, unter der Geltung von grundlegenden zivilrechtlichen Regelungen im BGB⁷, HGB⁸, GWB⁹, UWG¹⁰ mit Wirkung für alle Wirtschaftszweige rein ökonomisch gesteuert wird. Dies setzt allerdings einen hinreichend effektiven Wettbewerb voraus, der im Einzelfall von Kartellbehörden und Gerichten festzustellen ist. Fehlt es daran, unterliegt auch die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft wie jedes andere Unternehmen den Restriktionen des Kartellrechts, insbesondere der Missbrauchsaufsicht über Preise und Bedingungen nach §§ 19, 20, 32 GWB. Demgegenüber ist der von den Regulierungsbehörden des Bundes (Bundesnetzagentur) und der Länder regulierte Netzbereich zur Vermeidung von Überschneidungen in der Aufsicht von der Geltung des Kartellrechts ausgeschlossen (§ 111 EnWG).

2.2 Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle

Da das kartellrechtliche Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen seit 1999 als umfassend wirkende Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB ausgestaltet ist, können sich die von einem missbräuchlichen Verhalten betroffenen Kunden auch unabhängig von kartellbehördlichen Interventionen (§ 32 GWB) unmittelbar gegen solche Praktiken eines marktbeherrschenden Anbieters von Strom oder Gas wehren. Hierzu stellt § 33 GWB Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche zur Verfügung. Ob die Preise und Bedingungen in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft einer ausreichenden wettbewerbliehen Steuerung unterliegen, ist keine Frage spezifischen Energierechts.

⁷ Bürgerliches Gesetzbuch.

⁸ Handelsgesetzbuch.

⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

¹⁰ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Sie wird vielmehr nach denselben Kriterien geprüft, die generell für alle Wirtschaftszweige unter dem Aspekt einer marktbeherrschenden Stellung (Monopole, Duopole, Oligopole nach § 19 Abs. 1 – 3 GWB) gelten. Soweit im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung besteht, greifen für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft hinsichtlich der Bewertung unternehmerischen Verhaltens als missbräuchlich dieselben rechtlichen Grundsätze, die für alle Wirtschaftszweige zur Anwendung kommen. Insoweit wird der unbestimmte Missbrauchsbegriff in § 19 Abs. 1 GWB durch spezialgesetzlich ausformulierte Missbrauchsbeispiele in § 19 Abs. 4 Nr. 1 – 4 GWB konkretisiert. Darüber hinaus haben sich in kartellbehördlicher und gerichtlicher Praxis, unterstützt durch die Rechtswissenschaft sowie die Wirtschaftswissenschaften, umfangreiche Kriterien entwickelt [11], die zur näheren Ausgestaltung des Missbrauchsbegriffes, insbesondere hinsichtlich der Preispolitik, und damit zur Verbesserung der Rechtssicherheit herangezogen werden können. Allerdings betrifft diese Feststellung nur das geltende Recht, da die Bundesregierung für die leistungsgebundene Energiewirtschaft in § 29 GWB eine zusätzliche und deutlich schärfere Preismissbrauchsregelung als im geltenden Recht, wenn auch befristet bis zum 31. Dezember 2012, verankern will. Prägend für den Reformvorschlag sind insoweit die Erstreckung des Preismissbrauchsverbotes auf einzelne Entgeltbestandteile anstatt bisher nur auf die insgesamt zu zahlenden Entgelte, die zusätzliche Einführung eines unangemessenen Verhältnisses von Kosten und Entgelten als eigenständigen Ansatz für die Preismissbrauchsprüfung sowie einige weitere Details. Bisher ist dieses Konzept überwiegend auf erhebliche Kritik gestoßen ist, sodass abzuwarten bleibt, ob die Politik gleichwohl daran festhält. Nach den bisherigen Aussagen der Bundesregierung ist davon auszugehen.

3 Regulierung des Netzzugangs

3.1 Regulierung als Wettbewerbssurrogat

Eine staatliche Regulierung ist eine besondere Form der Wirtschaftsaufsicht und damit auch der Wirtschaftslenkung. Sie erfährt ihre Legitimation durch Wirtschaftszweige mit dem Charakter natürlicher Monopole. Kennzeichnend hierfür sind technisch-wirtschaftliche Rahmenbedingungen, die eine wettbewerbliche Steuerung nicht sinnvoll machen. Regelmäßig betroffen sind davon insbesondere die Netzwirtschaften, da doppelte Leitungsnetze typischerweise zu deutlich höheren Kosten ohne eine Vermehrung der Nachfrage netzgebundener Leistungen führen, mit der Konsequenz, dass sich die Preise für die Netznutzung unangemessen verteuern würden. Dies trifft insbesondere für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, darüber hinaus aber auch für die Fernwärmeversorgung zu. Die Qualifizierung als natürliche Monopole wird auch dadurch deutlich, dass sie weltweit festzustellen sind, unabhängig davon, wie differenziert die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen im Einzelnen ausgestaltet sind.

Die fehlende wettbewerbliche Steuerung gebietet zum Schutz der Nachfrager nach Netzdienstleistungen die Einrichtung einer besonderen Staatsaufsicht. Denn die marktwirtschaftliche Freiheit von staatlicher Kontrolle rechtfertigt sich durch die mit besseren ökonomischen Ergebnissen verbundene wettbewerbliche Steuerung. Fehlt diese, besteht die Gefahr einer Ausbeutung der von dem marktbeherrschenden Netzbetreiber abhängigen Kunden. Ihr wird durch die Einrichtung einer staatlichen Aufsicht

begegnet. Diese kann als klassische Form der Kartellaufsicht oder als Regulierung erfolgen, wie sie für die leitungsgebundene Energiewirtschaft europarechtlich vorgegeben ist.

3.2 Unterschiede zwischen kartellrechtlicher Preismissbrauchskontrolle und fachspezifischer Regulierung

Fragt man nach den besonderen Facetten einer solchen Regulierung, insbesondere im Vergleich zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, so ergibt sich Folgendes: Ein wesentlicher Unterschied liegt in der zeitlichen Platzierung der Staatsaufsicht. Staatliche Regulierung ist dem unternehmerischen Verhalten zeitlich vorgelagert. Sie gibt wesentliche Vorgaben für das unternehmerische Verhalten, insbesondere auch im Rahmen der Gestaltung von Preisen und Bedingungen, die von den Netzbetreibern beachtet werden müssen. Für den Netzzugang in der Strom- und Gaswirtschaft geschieht dies mittels des Genehmigungserfordernisses für alle Netznutzungsentgelte nach §§ 20, 21, 21a, 23a EnWG sowie durch Rechtsverordnungen¹¹. Dies schließt nicht aus, zusätzlich eine repressive Missbrauchsaufsicht zu installieren, die überprüft, ob die präventiven staatlichen Vorgaben auch eingehalten werden (§ 31 EnWG). Darüber hinaus unterscheidet sich die Regulierung von der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle dadurch, dass die staatlichen Vorgaben einer Regulierung deutlich umfassender und dichter als im Rahmen einer bloßen Missbrauchskontrolle sind. Dies findet seine ordnungspolitische Rechtfertigung darin, dass die Missbrauchskontrolle lediglich ein Ausreißerverhalten unterbinden will, nicht aber die gesamte ökonomische Tätigkeit marktbeherrschender Unternehmen einer staatlichen Steuerung unterwirft. Demgegenüber nimmt eine Regulierung für sich in Anspruch, die wesentlichen Vorgaben für unternehmerisches Verhalten, und zwar nicht nur bei der Gewährleistung des Netzzugangs, sondern auch für die Ausgestaltung der Preise und Bedingungen zum Schutz der Netznutzer festzulegen. Sie erfasst daher alle Unternehmen in den relevanten Verhaltensweisen.

3.3 Vereinbarkeit von Wettbewerb und Regulierung

Auf den ersten Blick erscheint ein ordnungspolitisches System, das Wettbewerb und staatliche Regulierung verknüpft, in sich widersprüchlich. Denn grundsätzlich sind Wettbewerb und Staatsaufsicht „feindliche Brüder“. Dort, wo eine effiziente wettbewerbliche Kontrolle gegeben ist, tritt eine staatliche Wirtschaftslenkung zurück. Sie darf sich nur auf besondere Erscheinungsformen ökonomischer Betätigung, wie auf Errichtung und Betrieb umweltrelevanter Anlagen, beziehen. Logisch ist es widersinnig, unternehmerisches Verhalten bezüglich derselben Aspekte sowohl durch Wettbewerb als auch durch Staatsaufsicht steuern zu wollen. Fehlt eine hinreichende wettbewerbliche Kontrolle, tritt staatliche Lenkung durch Rechtsnormen und administrative Maßnahmen an ihre Stelle, seien sie präventiv oder repressiv wirkend im Verhältnis zur unternehmerischen Betätigung.

Die grundsätzliche wettbewerbliche Ausrichtung der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft einerseits sowie die Errichtung eines Regulierungssystems andererseits ist vor diesem Hintergrund jedoch nicht widersprüchlich. Dies folgt daraus, dass die Netze als natürliche Monopole dem Wettbewerb eben nicht zugänglich sind. Vielmehr beschränkt sich die Möglichkeit eines kompetitiven Verhaltens auf die Bereiche „vor“ und „hinter“ dem Netz,

also auf Energieerzeugung/Energiegewinnung einerseits und Energiehandel/Energievertrieb andererseits. In diesem Sinne bildet die staatliche Regulierung der Netze keinen Widerspruch zu dem im Übrigen geltenden Wettbewerbsprinzip, sondern genau im Gegenteil die Voraussetzung dafür, dass Netze als natürliche Monopole sich nicht als Wettbewerbshindernis für die übrigen Bereiche der leitungsgebundenen Energiewirtschaft erweisen. Die grundsätzlich nicht als natürliche Monopole zu bewertenden Bereiche Energieerzeugung, Energiegewinnung, Energiehandel und Energievertrieb werden vom Netzbetrieb getrennt. Letzterer wird der Regulierung unterstellt, damit die Netzbetreiber als Monopolisten nicht über missbräuchliche Praktiken bei der Gestaltung der Preise oder Bedingungen für den Netzzugang und den Netzzugang, oder sogar darüber hinaus durch eine vollständige Verweigerung des Netzzugangs überhaupt, in der Lage sind, eine Wettbewerbssperre zu praktizieren. Hierzu zählt auch die verbotene (§ 21 Abs. 1 EnWG) bevorzugte Behandlung des konzerneigenen Energievertriebs im Vergleich zu konzernfremden Anbietern.

Damit erweist sich das Nebeneinander von Wettbewerb und Regulierung nicht als widersprüchlich, sondern als grundsätzlich sachgerecht und geboten. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, hinsichtlich der Intensität der Regulierung dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Netzbetrieb trotz Monopols eine unternehmerische Betätigung und kein staatlicher Regiebetrieb ist. Daher gilt es ordnungspolitisch, die staatlichen Vorgaben so zu gestalten, dass sie zwar eine effiziente Kontrolle ermöglichen, jedoch zugleich noch hinreichende Freiräume für unternehmerische Kreativität auch im Bereich des Netzbetriebes zulassen.

4 Die Ausgestaltung des Regulierungskonzeptes im Einzelnen

Der Schwerpunkt der Netzregulierung liegt im Bereich der Preise und Bedingungen für den Netzzugang. Sie ergänzen den umfassenden Anspruch auf Netzzugang (§ 20 EnWG). Danach hat der Netzbetreiber grundsätzlich jedem Interessenten sein Netz zu angemessenen Preisen und Bedingungen zu öffnen. Nur ausnahmsweise ist er befugt, den Netzzugang im Falle der Unmöglichkeit oder der Unwirtschaftlichkeit zu verweigern, wofür den Netzbetreiber die Darlegungs- und Beweislast einschließlich einer spezifischen Pflicht zur Begründung trifft (§ 20 Abs. 2 EnWG).

4.1 Kostenorientierte Regulierung

Für die Bildung der Netznutzungsentgelte stellt das geltende Recht auf das Modell der kostenorientierten Preisbildung ab, ergänzt um Aspekte des Vergleichsmarktpinzips. Einzelheiten werden durch die Netzentgeltverordnungen für Strom¹² und Gas¹³, beide vom 25. Juli 2005, vorgegeben. Sie statuieren das Konzept einer kalkulatorischen Preisbildung. §§ 4 ff. StromNEV¹⁴ und 4 ff. GasNEV¹⁵ legen im Einzelnen fest, welche Grundsätze für die

¹¹ S. Fußnote 5.

¹² S. Fußnote 5.

¹³ S. Fußnote 5.

¹⁴ Stromnetzentgeltverordnung.

¹⁵ Gasnetzentgeltverordnung.

Netzkostenermittlung gelten, auf welche Weise kalkulatorische Abschreibungen vorzunehmen sind, wie die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung im Einzelnen zu bemessen ist und wie kalkulatorische Steuern sowie Kosten-mindernde Erlöse und Erträge zu bewerten sind. Auf diese Weise enthält das Energierecht eine in Rechtsnormen gegossene Energie-Betriebswirtschaftslehre für den Netzbetrieb. Der Aspekt, dass die Betriebswirtschaftslehre zu einzelnen Facetten auch Alternativlösungen zur Verfügung stellt, ist insoweit irrelevant, als der Ordnungsgeber die Befugnis hat, aus dem Angebot der Betriebswirtschaftslehre einzelne Kriterien rechtlich verbindlich vorzugeben.

Eine kostenorientierte Entgeltbildung birgt die Gefahr in sich, dass durch die Netzbetreiber überflüssige Kosten „produziert“ und zulasten der Verbraucher uneingeschränkt in Preise überführt werden. Aus diesem Grund enthält § 21 EnWG verschiedene Grundlagen zur Begrenzung der Anerkennungsfähigkeit von Kosten. Hierzu zählen das Gebot einer effizienten Leistungserbringung (§ 21 Abs. 2 S. 1 EnWG) sowie die Vorgabe, dass Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, für die Preisbildung nicht berücksichtigt werden dürfen. Sind sie gleichwohl angefallen, werden sie aus der kostenbasierten Entgeltberechnung nach der StromNEV und der GasNEV eliminiert und gehen damit allein zulasten des Netzbetreibers (§ 21 Abs. 2 S. 2 EnWG). Die gleiche Zielsetzung verfolgt das nach § 21 Abs. 3, 4 EnWG vorgegebene Vergleichsverfahren mit Gegenüberstellung von Kosten, Preisen, Gesamterlösen und Bedingungen vergleichbarer Netzbetreiber, das in §§ 22 ff. StromNEV und in §§ 21 ff. GasNEV näher konkretisiert wird. Mit Hilfe des Vergleichsverfahrens soll ermittelt werden, welche Praktiken auf dem Markt des Netzbetriebes in den verschiedenen Spannungs- bzw. Druckstufen üblich sind. Wer davon ohne Sachgrund abweicht, muss daraus resultierende Mehraufwendungen zu seinen eigenen Lasten nehmen und darf diese über die Preise nicht an die Netznutzer weitergeben. Mit den genannten Kriterien der effizienten Leistungserbringung, des Gebotes eines wettbewerbsanalogen Verhaltens sowie mit den Vorgaben der Vergleichsverfahren für die Entgeltbildung und Entgeltregulierung wird erreicht, dass Kosten nicht beliebig produziert und zulasten der Energieverbraucher in Preise umgerechnet werden können¹⁶.

4.2 Anreizregulierung

Nach dem Willen des Normgebers soll das beschriebene, hier nur in den Grundzügen behandelte Konzept der kostenorientierten Netzentgeltbildung und Netzentgeltregulierung nur für eine Übergangsphase gelten. Ab 1. Januar 2009 wird es durch die Anreizregulierung gemäß § 21a EnWG abgelöst. Damit verfolgt der Normgeber das Ziel, einerseits mittels konkreter Vorgaben über Benchmarking-Verfahren Effizienzreserven zugunsten der Netznutzer zu heben und andererseits wirtschaftliche Anreize für solche Netzbetreiber zu geben, die diese Vorgaben übererfüllen. Im Einzelnen sieht § 21a EnWG, noch zu konkretisieren durch eine Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG seitens der Bundesregierung¹⁷, vor, dass die Regulierungsbehörden Anreizziele unter Beachtung der hierfür geltenden normativen Vorgaben formulieren. Insoweit ist es Aufgabe des jeweiligen Netzbetreibers, diese Vorgaben zu erreichen. Gelingt ihm dies exakt, so erzielt er die Erlöse aus dem Netzbetrieb, die die Regulierungsbehörde für angemessen hält. Gelingt ihm dies nur teilweise, gelten die Effizienzziele

gleichwohl; wegen deren nur teilweiser Umsetzung verschlechtert sich die Erlöslage des Netzbetreibers. Schafft er hingegen eine Übererfüllung der Effizienzvorgaben jenseits der regulierungsbehördlichen Daten, so darf der Netzbetreiber jedenfalls für die laufende Regulierungsperiode (Dauer zwischen zwei und fünf Jahren) die daraus resultierenden Mehrerlöse vereinnahmen. Darin liegt der Anzeizeffekt der Anreizregulierung, die dem Konzept den Namen gibt. Das Konzept der Anreizregulierung wird in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft im Ausland, ferner aber auch für die Telekommunikation im In- und Ausland bereits seit längerem praktiziert, sodass die daraus resultierenden Erfahrungen unter Beachtung der spezifischen Eigenarten des deutschen Marktes für Strom und Gas übertragbar sind¹⁸.

Das Gesetz¹⁹ erlaubt die Vorgabe von Obergrenzen für die einzelnen Netzzugangsentgelte (Price-Cap) oder für die Gesamterlöse aus dem Netzbetrieb (Revenue-Cap), wobei die politische Absicht eindeutig auf die Einrichtung eines Revenue-Cap-Verfahrens zielt. Die regulierungsbehördlichen Obergrenzen sowie die Effizienzvorgaben sind für einzelne Netzbetreiber oder für Gruppen von Netzbetreibern, ferner alternativ für das gesamte Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetz oder für Teile des Netzes (einzelne Netz- und Umspannebenen) festzulegen. Die Vorgaben sind für die gesamte Dauer der Regulierungsperiode im Sinne von Planungssicherheit mit der Möglichkeit von Abstufungen zu fixieren. Die Effizienzziele müssen die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung unter Berücksichtigung der Inflation, ferner die netzspezifische Produktivitätsverbesserung, darüber hinaus aber auch Aspekte der Versorgungsqualität und einer angemessenen Verzinsung des investierten Kapitals beachten. Von besonderer Bedeutung sind Benchmarking-Verfahren, die die zu formulierenden Leistungsanreize aus dem nationalen wie internationalen Markt für den Netzbetrieb ableiten.

Das Konzept der Anreizregulierung lebt einerseits von anspruchsvollen Vorgaben im Interesse der Netznutzer, andererseits aber von der Erreichbarkeit und auch Übererfüllbarkeit dieser Vorgaben durch besonders leistungsfähige Netzbetreiber, da daraus der Effekt der Anreizregulierung im Sinne ökonomischer Belohnung besonders effizienter Netzbetreiber resultiert. Weitere Einzelheiten sind in einer Rechtsverordnung zu fixieren, die nicht nur die vorstehend angesprochenen Kriterien konkretisiert, sondern zugleich festlegt, von welchem Zeitpunkt an die Anreizregulierung zulässig ist (§ 21a Abs. 6 EnWG).

5 Ordnungspolitische Bewertung

Die beschriebene Gemengelage von Wettbewerb und Regulierung macht das Energierecht zu einer rechts- und ordnungspolitisch interessanten Materie. Rechtsanwender in Behörden, Gerichten und Unternehmen müssen das gesetz-

¹⁶ Vgl. dazu nur die Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de.

¹⁷ Die Bundesregierung hat im Juli 2007 die Anreizregulierungsverordnung verabschiedet und dem Bundesrat zur Zustimmung zugeleitet.

¹⁸ S. hierzu den Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de.

¹⁹ Zu weiteren Einzelheiten der komplexen Materie s. *Balzer, Miriam; Schönefuß, Stephan*: RdE 2006, 213; *Ruge, Reinhard*: ZNER 2006, 200; *Ehrlicke, Ulrich*: et 2006 Heft 11 special S. 3.

geberische Streben nach einem angemessenen Verhältnis von staatlicher Steuerung und unternehmerischer Freiheit beachten. Eine ineffiziente staatliche Steuerung des Netzbetriebes ist ebenso verfehlt wie eine Überreglementierung. Es liegt in der Natur der Sache, dass es dabei Bewertungsunterschiede gibt, je nachdem, von welcher ordnungspolitischen Grundüberzeugung aus die Rechtslage betrachtet wird. Es kommt hinzu, dass technische, ökonomische und ökologische Aspekte sich mit rechtlichen Fragen in einer Gemengelage befinden. Sie verlangen vom Rechtsanwender, in klassischer Form interdisziplinär zu arbeiten und zu denken, um der Materie gerecht zu werden.

Literatur

- [1] *Büdenbender, Ulrich*: Energierecht. 1982. S. 18 ff.
- [2] ABl. 1997 Nr. L 27/20 vom 30.1.1997
- [3] ABl. 1998 Nr. L 204/1 vom 21.7.1998
- [4] BGBl. 1998 I 730
- [5] BGBl. 2003 I 686
- [6] *Büdenbender, Ulrich*: Verbändevereinbarungen im Energierecht. In: Schriftenreihe Recht/Technik/Wirtschaft. Bd. 89. 2003
- [7] ABl. 2003 Nr. L 176/37 ff. und 56 ff. vom 15.7.2003
- [8] *Büdenbender, Ulrich; Rosin, Peter*: Energierechtsreform 2005. Band 1: Einführung – Normentexte – Materialien. 2005; Salje, Peter: EnWG, Kommentar. 2006
- [9] <http://ec.europa.eu/energy/energy-policy/index.en.htm>
- [10] www.bmwi.de
- [11] *Bechthold, Rainer*: GWB, 4. Aufl. 2006. § 19 Rn. 64 ff.

Manuskripteingang: 16.1.2007
Angenommen am: 8.5.2007



Büdenbender, Ulrich Prof. Dr. iur. habil.

Studium der Rechtswissenschaften von 1967 bis 1971 an der Universität Bonn ♦ 1973 Promotion zum Dr. iur. ♦ von 1975 bis 1998 Tätigkeit als Justitiar im Rechtsbereich, Personaldirektor und seit 1991 als Vorstandsmitglied in einem großen deutschen Konzern ♦ 1995 Habilitation/Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Zivilprozessrecht ♦ seit 1998 Professor für Bürgerliches Recht, Energiewirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden ♦ Honorarprofessor an der Universität Essen