

„Wettbewerbskonforme Methoden der Regulierung von Netznutzungsentgelten“

I. Einleitung

Die in Deutschland bislang praktizierte Strompreisaufsicht nach § 12 der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) war und ist eine Cost-Plus-Regulierung, bei der die Energieversorgungsunternehmen (EVU) ihre tatsächlichen Kosten zzgl. einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung zur Rechtfertigung ihrer Preise geltend machen können. Eine Begrenzung der Kostenhöhe unter dem Aspekt einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen, effizienten Betriebsführung, die nach § 12 BTOElt. rechtlich durchsetzbar gewesen wäre, fand praktisch nicht statt. Die nach deutschem Recht zuständigen Preisaufsichtsbehörden der Länder nahmen die Lohn- und Beschaffungskosten der EVU bei der Preisprüfung als unverrückbares Datum hin. Es genügte die Bescheinigung der Höhe dieser Kosten durch ein Wirtschaftsprüfergutachten, das vom EVU vorgelegt und finanziert wurde. Dies führte dazu, dass die Verbraucher die fixen und variablen Kosten der EVU auch dann zu tragen hatten, wenn sie monopolistisch überhöht waren.

Auch das Bundeskartellamt hat den Energieversorgungsunternehmen nur sehr selten in die Bücher geschaut, weil es die Haushaltskundenpreise als Regulierungsdomäne der Länder betrachtete. Nur bei industriellen Sonderabnehmern hat das Bundeskartellamt eine – insgesamt bescheidene – regulative Aufgabe übernehmen können. Diese Unterscheidung zwischen individuell beeinflussbaren unternehmens- und nicht beeinflussbaren marktstrukturellen Faktoren ist, was im Einzelnen noch darzulegen sein wird, für die Ausgestaltung der Anreizregulierung von großer Bedeutung. Es unterschied auf der Grundlage der Rechtsprechung zwischen nicht zu kontrollierenden unternehmens- und individuell nicht beeinflussbaren Kosten, die sich aus der objektiv-morphologischen (siedlungsgeographischen bzw. topologischen) Struktur des Gebietes ergeben, und solchen Kosten, die ihren Ursprung in

unternehmensstrukturellen Entscheidungen haben und daher beeinflussbar und demgemäß behördlich unter Effizienzaspekten kontrollierbar sind.¹

Die staatlichen Aufsichtsfunktionen mussten mit der von der EU erzwungenen wettbewerblichen Öffnung der Märkte verbessert werden, auch wenn manche Unternehmensvorstände und Wissenschaftler dem mit dem Schlagwort entgegentraten: Die Liberalisierung der Energiemärkte durch Aufhebung der bis 1998 geltenden Prokartell- und Demarkationsgesetzgebung dürfe nicht von neuen staatlichen Regulierungsmechanismen begleitet werden. Wer dies sagte, wusste es in Wirklichkeit besser: Die nach Beseitigung der gesetzlichen Monopolstrukturen de facto noch bestehenden natürlichen Netzmonopole mussten durch Schaffung subjektiver Netznutzungsansprüche kompetitiv für jedermann umgestaltet werden – so wie zuvor schon die elektronischen Netze durch das Telekommunikationsrecht (TKG) geöffnet worden waren. Zur effektiven Durchsetzung dieser Ansprüche war notwendig, die Cost-Plus-Regulierung durch eine wirksame Effizienzkontrolle zu ergänzen. Dies ist 2005 durch § 21 Abs. 2 EnWG und Art. 4 der EG-Stomhandelsverordnung geschehen.

Ob eine effiziente Bereitstellung des Netzes gemäß den Vorgaben des § 21 Abs. 2 EnWG stattfindet, ist von den Regulierungsbehörden durch Vergleich mit den Preisen effizient agierender, strukturell vergleichbarer Netzbetreiber festzustellen. Diese Effizienzprüfung ist ohne analytische Kostenmodelle, wie sie im Telekommunikationsbereich erfolgreich benutzt werden, nicht möglich. Behördliche Kosten- und Effizienzüberprüfungen bei fehlendem Wettbewerb sind allerdings nur „the second best“. Besser ist ein Kontrollverfahren, bei dem die Unternehmen aus Eigeninteresse alles tun, um ihre Kosten – unter Wahrung aller gesetzlichen quality standards zum Schutz von Zuverlässigkeit und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung – auf ein wettbewerbsanaloges Niveau zu senken. Genau dies ist das Ziel der Anreizregulierung. Diese soll die

¹ Vgl. dazu näher *Säcker*, Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2006, § 19 GWB, RdNr. 132ff.

Unternehmen – so, wie es sonst nur wirksamer Wettbewerb tun könnte – dazu motivieren, innovations- und effizienzsteigernde Maßnahmen zu ergreifen, um so höhere Gewinne zu erzielen. Die Anreizregulierung muss in der noch nicht erlassenen Rechtsverordnung daher so konkretisiert werden, dass die Unternehmen dadurch, dass sie für die jeweilige Regulierungsperiode behördlich festgelegte Effizienzvorgaben übertreffen, zusätzliche Gewinne realisieren und diese behalten können. Ein solches Regulierungskonzept kann man als „System regulierter Selbstregulierung“² beschreiben, bei dem das Management seine Kraft nicht destruktiv zur Rechtfertigung hoher Kosten gegenüber Behörden und Gerichten verschwendet, sondern seine konstruktive Phantasie darauf ausrichtet, die Leistungen seines Unternehmens noch effizienter anzubieten. Die Aufgabe lautet also: Die bürokratische Rechtfertigung hoher Kosten im bisherigen Rate-of-Return-Verfahren (Cost-Plus-Verfahren) muss ersetzt werden durch eine Incentive Regulation, die die unternehmerische Kreativität zugunsten von Effizienzsteigerungen mobilisiert, weil sich nur so dauerhaft höhere Gewinne erzielen lassen. Unerlässliche Voraussetzung für das Funktionieren der Anreizregulierung ist, dass realistische Zielvorgaben gesetzt werden, die die Unternehmen nicht entmutigen, sondern anspornen. § 21a Abs. 5 S. 4 des neuen Energiewirtschaftsgesetzes 2005 (EnWG)³ weist daher in die richtige Richtung, wenn es dort heißt, dass die Effizienzvorgaben so gestaltet sein müssen, dass der Netzbetreiber die Vorgaben unter Nutzung der ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen erreichen und übertreffen kann.

Dazu muss die Behörde zunächst im Rahmen eines kostenbasierten Verfahrens prüfen, welche Erlöse ein EVU in Zukunft benötigt, um seine Versorgungsfunktion erfüllen zu können. Um eine solche Prognose sachgerecht

² J.P. Schneider, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 41.

³ BGBl. vom 25.06.2004 I Nr. 29, S. 1190. Der Änderungsbedarf ergab sich aus den Vorgaben der neuen EG-Richtlinien zum Recht der elektronischen Kommunikation, die eine Umsetzung bis zum 25.07.2003 bzw. 31.10.2003 geboten; vgl. dazu im Einzelnen: RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), ABl. EG vom 24.04.2002 Nr. L 108/33; RL 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), ABl. EG vom 24.04.2002 Nr. L 108/7; RL 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG vom 24.04.2002 Nr. L 108/51; RL 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG vom 24.4.2002 Nr. L 108/21; RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG vom 31.7.2002 Nr. L 201/37.

zu treffen, müssen die in der zurückliegenden Periode erzielten betriebsnotwendigen Gesamteinnahmen als Ausgangsbasis ermittelt werden. Gelingt es einem EVU, nach der Genehmigung der Tarife seine Aufwendungen unter das ihm zugebilligte Kostenniveau unter Berücksichtigung des branchenweiten Produktivitätsfortschritts während der Dauer der Regulierungsperiode zu senken, so verbleiben ihm die Vorteile aus der durchgeführten Rationalisierung und Kostensenkung. Nur so entsteht eine marktwirtschaftskonforme Anreizwirkung zur Realisierung von Produktivitätsverbesserungen und Einsparmaßnahmen.⁴

II. Probleme bei der konkreten Ausgestaltung der Anreizregulierung

Ich gehe im Folgenden auf die praktisch bedeutsamsten Einzelprobleme ein, die mit der Vorgabe realistischer Daten verbunden sind.

1.) Eigenkapitalrendite

Eine realistische Vorgabe bedarf genauer Daten darüber, welche marktübliche, risikoadäquate Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital von den Unternehmen erzielt wird und bis zu welcher Höhe Eigenkapital unter Wettbewerbsbedingungen zur Finanzierung von Investitionen eingesetzt wird. Sicherlich gäbe ein Eigenkapitalanteil bei der Produktionsgesellschaft von 20% und ein Eigenkapital von 80% bei der Netzgesellschaft Anlass zu Nachfragen bzgl. einer wettbewerbsanalogen, effizienten Zuordnung des Eigenkapitals im Konzern. Ob sich betriebswirtschaftlich, wie die Bundesnetzagentur für die Regulierung der Energiepreise (BNetzA)⁵ in Anlehnung an die sog. frühere Verbändevereinbarung⁶ meint, ein Anteil von 40% als branchenüblicher, Eigenkapitaleinsatz von der BNetzA festschreiben lässt, bedarf vor dem Hintergrund von 900 Strom- und 800 Gasversorgungsunternehmen in

⁴ Vgl. dazu *Baur/Pritzsche*, Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005. Umfassend dazu nunmehr der Entwurf des Anreizregulierungsberichts der BNetzA vom 2. Mai 2006.

⁵ Positionspapier der BNetzA vom 7. März 2006, S. 12ff.

⁶ Vgl. dazu *Säcker*, Neues Energierecht, 2. Aufl. 2004, S. 135ff.

Deutschland m.E. noch betriebswirtschaftlicher Fundierung. Typisierungen, die im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit unvermeidbar sind, müssen sich im Urteil unabhängiger Experten als sachgerecht erweisen. Jede abstrahierende Loslösung von der individuellen Situation des konkreten Unternehmens bei der Anreizregulierung ist mit der Gefahr verbunden, dass der stattdessen herangezogene Durchschnitt der branchenspezifischen Kosten Besonderheiten des konkreten Unternehmens nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt. Eine Yardstick-Regulierung muss daher m.E. mit Ausnahmemöglichkeiten zugunsten einzelner Unternehmen verbunden sein, denen dann aber die Beweislast für die behauptete objektive, strukturelle Besonderheit ihres Netzbetriebs auferlegt werden muss.⁷ Eine Bildung von Strukturklassen gleichartiger Unternehmen und eine daran geknüpfte Anreizregulierung mit gruppenspezifischen Effizienzzielen sollte daher nicht vorschnell gedacht werden.

2.) Revenue-Cap-Regulierung

Problematisch ist m.E. die von der BNetzA bevorzugte, vom Gesetz als Option zugelassene Revenue-Cap-Regulierung anstelle einer Price-Cap-Regulierung. Eine Gesamterlösobergrenzenregulierung hat, worauf Christoph Müller⁸ m.E. zutreffend aufmerksam gemacht hat, mit dem Problem zu kämpfen, dass sie Rückwirkungen auf die Produzenten- und Händlerebene hat. Bei einer Revenue-Cap-Regulierung sind die Erlöse des Monopolunternehmens unabhängig vom Umfang der erbrachten Dienstleistungen. Je weniger Dienstleistungen erbracht werden müssen, umso geringer die Kosten, ohne dass dadurch die durch eine Obergrenze regulierten Gesamterlöse des Netzbetreibers sinken.

Bei einer Price-Cap-Regulierung, die als Minimum die Grenzkosten einschließlich einer Eigenkapitalverzinsung abdeckt, lohnt sich für den Netzbetreiber eine höhere Ausbringungsmenge, da er dann höhere Fixkostendeckungsbeiträge erreicht und mit jeder zusätzlichen Leistung seinen

⁷ Vgl. dazu *Schwarze*, WuW 2003, S. 241ff.

⁸ et 2006, S. 34ff.

Gewinn steigert. Der Netzbetreiber muss unter diesen Umständen ein Interesse daran haben, möglichst viele Kunden an sein Netz anzuschließen und möglichst viele neue Kraftwerksbetreiber und Händler aus dem Umfeld anzulocken, die über seine Kuppelstellen und Netze Strom an Kunden in seinem Netzgebiet liefern. Der anstehende Neubau von konventionellen Kraftwerken, der durch die Stilllegung der Kernkraftwerke in Deutschland erforderlich wird, wird zu einem Wettbewerb um optimale Kraftwerksstandorte führen und die Netzbetreiber zu Überlegungen zwingen, ob und unter welchen Umständen der durch den erforderlichen Kraftwerksneubau notwendige Ausbau der Netze unter Berücksichtigung des Umstands wirtschaftlich attraktiv ist, dass sie die Kosten bedarfsgerechten Ausbaus auf die Netznutzer abwälzen können (§§ 17ff. EnWG).

3.) Preisobergrenze zu Beginn der Regulierungsperiode gemäß § 21a Abs. 2 EnWG

Bezogen auf das jeweilige Übertragungs- und Verteilnetz ist zu prüfen, ob es von seinem Betreiber kosteneffizient geführt wird. Als Obergrenze für die Höhe der Netznutzungsentgelte ist zu Beginn einer Regulierungsperiode nicht der nach § 23a EnWG beantragte Preis, sondern der nach § 21 Abs. 2 EnWG gerechtfertigte Preis festzusetzen.⁹ Dieser Preis beinhaltet nicht nur durch den Netzbetreiber beeinflussbare Kostenanteile, sondern auch von ihm nicht zu beeinflussende Kostenanteile. Die nicht durch unternehmerische Maßnahmen zu beeinflussenden Kostenkomponenten, die sich namentlich aus objektiv-strukturellen (z.B. siedlungsgeographischen) Unterschieden der Versorgungsgebiete ergeben, können im Wege der Anreizregulierung nicht abgesenkt werden; sie können nur, wie auch der Gesetzgeber in § 21 Abs. 4 S. 5 EnWG feststellt, nach § 21 Abs. 2 EnWG daraufhin überprüft werden, ob sie korrekt ermittelt sind und auch bei effizienter Betriebsführung entstanden wären.

Die Abgrenzung der beeinflussbaren von den unbeeinflussbaren Kostenanteilen ist mit vielen Schwierigkeiten befrachtet. Der Gesetzgeber selbst hat nur unproblematische externe unternehmensunabhängige Kostenelemente wie

⁹ Vgl. *Säcker*, RdE 2006, S. 65ff.

Wegenutzungsgebühren, Betriebssteuern und gesetzlich angeordnete Abnahme- und Vergütungspflichten für erneuerbare Energien¹⁰ aufgeführt. Hierin gehören m.E. auch die gesetzlich auferlegten Netzpflege- und Netzausbaukosten gemäß §§ 11ff. EnWG, aber auch die in der Vergangenheit aufgewandten Kosten des Netzerwerbs nach dem Sachzeitwert. Dieser ist von der Rechtsprechung als grundsätzlich angemessen bewertet worden und nur für Grenzfälle ertragswertbezogenen Korrekturfaktoren unterworfen worden.¹¹ Eine Beschränkung auf den noch nicht in der Vergangenheit abgeschrieben Wert des Netzes kann es hier nicht geben. Der vertragsgemäß gezahlte Kaufpreis für das im Rahmen der „Rekommunalisierung“ der Energieversorgung übernommene Netz ist im Nachhinein nicht mehr beeinflussbar und kann daher auch nicht nach unten korrigiert werden. Nicht jeder „Fehler“ der Vergangenheit lässt sich mit dem Instrument der Anreizregulierung ausbügeln. Die in § 6 Abs. 6 Stromnetz-Entgeltverordnung getroffene Regelung ist daher in ihrer pauschalen Form problematisch.

4.) Kosten aus Altverträgen

Beeinflussbar sind dagegen Kosten, die sich aus fortbestehenden Arbeits-, Dienst-, Werk-, Pacht- und Mietverträgen ergeben; ebenso ist die Höhe der in Zukunft anfallenden Zinsen aus Darlehensverträgen nicht jeder Beeinflussung entzogen. Ich verweise nur auf vereinbarte Preis- und Zinsanpassungsklauseln.¹² Ebenso klar ist es aber auch, dass sich die aus diesen Verträgen ergebenden Kosten für das Unternehmen nicht von heute auf morgen in zumutbarer Weise (§ 21a Abs. 5 S. 4 EnWG) abändern lassen. Hier stellt sich die Frage, ob der Abschluss von Verträgen mit zu vielen Arbeitskräften und zu überhöhten Entgelten in der Monopolzeit bei im Übrigen suboptimaler Rationalität der Produktionsstruktur heute von der BNetzA als nicht leistungsgerecht i.S. von § 21 Abs. 2 EnWG beurteilt werden kann, so dass die daraus resultierenden überhöhten Kosten gemäß § 21 Abs. 2 EnWG um einen Ineffizienzfaktor nach unten korrigiert

¹⁰ Vgl. dazu die Kommentierung des EEG und des KWK-Gesetzes, in: BerlKommEnR, 2. Aufl. 2006.

¹¹ Vgl. BGHZ 143, S. 128ff.

¹² Vgl. dazu näher *Säcker*, RdE 2006, S. 65ff.; *Markert*, RdE 2006, S. 84ff.

werden müssen, bevor sie bei der Fixierung der Obergrenze zu Beginn der ersten Regulierungsperiode berücksichtigt werden können.

Lässt sich im Vergleich mit strukturell gleichartigen Unternehmen die Ineffizienz feststellen, so kann sich das Unternehmen nicht darauf berufen, dass es in der Vergangenheit vor Inkrafttreten des EnWG 2005 rechtmäßig gehandelt habe. Die Verpflichtung, als marktbeherrschendes Unternehmen keine missbräuchlich überhöhten Preise zu nehmen, bestand seit dem Inkrafttreten des GWB im Jahre 1958; die Verpflichtung, bei den Tarifikundenpreisen nur Kosten aus rationeller (=effizienter) Betriebsführung in Rechnung zu stellen, bestand, auch wenn diese Verpflichtung nur unzureichend durchgesetzt wurde, noch länger. Es bestand daher rechtlich keine Freiheit, überhöhte Kosten nur deshalb zu „produzieren“, weil sie mangels Wettbewerb mit den Preisen überwältigt werden konnten. Zumindest nach der wettbewerblichen Öffnung der Energiemärkte durch die Reform des Wettbewerbsrechts und des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 bestand rechtlich Anlass zu wettbewerbsgerechtem unternehmerischen Verhalten.

Auch wenn man dies feststellt, lässt sich gleichwohl nicht leugnen, dass die aus Altverträgen resultierenden überhöhten Kosten rechtswirksam vereinbart worden sind und deshalb von den Unternehmen nicht mit Wirksamwerden des EnWG und der Anreizregulierung (§ 21a EnWG) mit einem Federstrich beseitigt werden können. Soweit in der Vergangenheit wettbewerbsinkonforme begründete Kosten vertraglich festgeschrieben sind und die Verträge von den Unternehmen derzeit erfüllt werden müssen, halte ich es daher für unvermeidlich, dass die BNetzA zu Beginn der ersten Regulierungsperiode die Kosten aus bestehenden gültigen Altverträgen bei der Fixierung der Obergrenze anerkennen muss. Sie kann und muss aber Effizienzvorgaben nach § 21a Abs. 4 S. 5 EnWG machen, die die Unternehmen zwingen, mit allen zumutbaren Mitteln einschließlich des Einsatzes von (Änderungs-)Kündigungen die aus diesen Verträgen resultierenden Kosten ineffizienter Leistungserbringung drastisch zu reduzieren. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass vor allem bei zahlreichen kommunalen Unternehmen in personalwirtschaftlicher Hinsicht Kostensenkungen zur Effizienzsteigerung notwendig sind.

5.) Regelenergiekosten

Beeinflussbar sind auch die Beschaffungskosten für Regelenergie, die der Netzbetrieb zu wettbewerbskonformen Bedingungen erwerben muss. Ob das derzeit in Deutschland praktizierte Ausschreibungsverfahren zu wettbewerbsanalogen Preisen führt, ist noch nicht geklärt. Der Zweite Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat in der mündlichen Verhandlung über die Klage eines Verbrauchers gegen eine einseitig vorgenommene Strompreiserhöhung zum Ausdruck gebracht, dass ein EVU, das Preiserhöhungen gegenüber seinen Kunden durchsetzen will, gemäß § 315 BGB darlegen müsse, dass es sich seinerseits gegenüber seinem Vorlieferanten zur Wehr gesetzt und die Erhöhung der Beschaffungskosten, auf die es sich zur Legitimierung seiner eigenen Preiserhöhung beruft, nicht ungeprüft akzeptiert habe.¹³

6.) Gemeinkosten

Auch die Gemeinkosten sind keine unbeeinflussbaren Fixkosten; sie sind ohnehin dem Netzbetrieb nur insoweit zuzuordnen, als sie zur effizienten Erbringung der Leistung des Netzbetriebs erforderlich sind (vgl. StromnetzEntgeltverordnung). Auch hier kann die Anreizregulierung durch geeignete Effizienzangaben nach § 21a Abs. 5 EnWG dafür sorgen, dass überhöhte Gemeinkosten gesenkt werden, wobei dies umso schneller gelingen wird, wenn den Unternehmen aus der Entkoppelung von Kosten und Erlösen durch übertroffene Zielvorgaben zusätzliche Gewinne winken.

7.) Investitionskosten zur Erhaltung effizienter, zuverlässiger Netze

Die Kosten von Netzinvestitionen zur Erhaltung der Anlagensubstanz und zur Verbesserung der Versorgungsqualität sind durch Qualitätsvorgaben festgelegte, unbeeinflussbare Größen i.S. von § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG; sie unterliegen aber auch im Rahmen der Anreizregulierung einer Effizienzkontrolle (§ 21a Abs. 4 S. 5 EnWG). Unter Effizienzaspekten ist zu prüfen, ob nicht überörtliche netztechnische Verbundsysteme, IT-Zusammenarbeit, gemeinsame Störfall- und

¹³ Vgl. die Pressemitteilung des OLG Düsseldorf vom 29.3. 2006.

Notdiensteinrichtungen betriebswirtschaftlich eine deutlich höhere Effizienz aufweisen als ein Beharren auf „splendid isolation“ und deshalb die Bildung von Netzführungsgesellschaften der Netzfusionen auf lokaler und regionaler Ebene anzustreben ist.¹⁴ Wettbewerbsorientierte, dynamische Märkte sind als Folge permanenter Änderungen der Marktstrukturen durch Ausscheiden insuffizienter Marktteilnehmer, durch Kooperationen und Fusionen gekennzeichnet. Wer betriebswirtschaftlich naheliegende, kostensenkende Kooperationen verschläft, handelt ineffizient. Deshalb kann z.B. ein mit hohen Gemeinkosten operierendes kleineres kommunales Energieversorgungsunternehmen nicht geltend machen, es dürfe nur mit gleichartigen Unternehmen verglichen werden, wenn auch diese die Bildung leistungsfähiger größerer Einheiten verpasst haben. Dies würde dem Ziel der Wettbewerbsorientierung der Entgelte widersprechen. Die Regulierungsbehörde muss sich von dem Gedanken leiten, wie effizient handelnde Unternehmen ihre Organisationsstrukturen an die veränderten Rahmenbedingungen anpassen würden.¹⁵

8.) Produktivitätsvorgaben

Produktivitätsfortschritte sind gemäß § 21a Abs. 5 S. 1 EnWG auch bei der Frage der Realkapitalerhaltung zu berücksichtigen. Nicht jeder Gegenstand eines vorhandenen Netzes ist auf der Grundlage von Wiederbeschaffungspreisen zu bilanzieren. Dies würde schematisch unterstellen, dass die gleichen Güter auch bei einer zukünftigen Erneuerung des Netzes erforderlich sind. Ein Netz, das im zukünftigen Zeitpunkt seiner Erneuerung weder in der bisherigen Dimensionierung noch in der technischen Ausstattung benötigt wird oder das aufgrund neuer technologischer Erkenntnisse preisgünstiger, aber genauso sicher und zuverlässig gebaut werden kann, löst geringere Neubaukosten aus, als wenn es spiegelbildlich zum alten Netz erneuert wird. In der Vergangenheit getätigte Übermaß- und Fehlinvestitionen dürfen nicht auf der Basis von

¹⁴ Näher dazu *Säcker*, ZNER 2005, S. 270ff.

¹⁵ Vgl. dazu näher *Säcker*, AöR (2005), S. 180ff.

Wiederbeschaffungspreisen bei den Kosten für die Nettosubstanzerhaltung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals berücksichtigt werden.¹⁶

Soweit ein EVU z.B. in der Vergangenheit in den Ausbau seines Netzes auf der Grundlage einer falschen Wachstumsprognose stranded investments oder over-investments vorgenommen hat, kann es diese heute nicht zu Tagesneuwerten kalkulieren und dann von diesen erhöhten Preisen die Abschreibungen berechnen, da es vom Standpunkt eines effizient handelnden, wettbewerbsorientierten Netzbetreibers nicht gerechtfertigt wäre, eines Tages erneut ein überdimensioniertes Netz in menschen- und industriefreier Gegend zu bauen. Mit den Netzzugangsentgelten können daher solche, aber auch nur solche Kosten auf die Netznutzer überwältigt werden, die zur Erhaltung eines sicheren und leistungsfähigen Versorgungsnetzes erforderlich sind. Die Schwierigkeiten liegen hier m.E. nicht im Grundsätzlichen, sondern in der konkreten Feststellung der Höhe des in der Regulierungsperiode möglichen Produktivitätsfortschrittes. Das dazu vorgelegte Arbeitspapier der BNetzA zeigt diese Schwierigkeiten einer quantitativen Umsetzung deutlich auf¹⁷; es ist aber sicherlich noch nicht das letzte Wort und bedarf kritischer Analyse.

III. Zum Verhältnis von Anreizregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht

Mit der Umsetzung einer effizienzorientierten Anreizregulierung ist die Errichtung wettbewerbsorientierter Netzstrukturen im Versorgungsbereich schneller und besser erreichbar als mit einer rein kostenbasierten Regulierung. Die Anreizregulierung fügt sich auch systematisch nahtlos in das bestehende europäische Ordnungssystem eines unverfälschten Wettbewerbs ein.

Ich will dies im folgenden näher begründen:

Die gesetzliche Öffnung der Netze war notwendig, weil die Übertragung und Verteilung der durch das Netz transportierten Wirtschaftsgüter nur über das

¹⁶ Vgl. *Säcker*, aaO. (Fn. 15).

¹⁷ Vgl. Fn. 4.

„natürliche“ Monopol der Leitungsnetze möglich ist und deshalb jedem Nutzungspetenten ein diskriminierungsfreier und zügiger Zugang zu diesen Netzen ermöglicht werden muss. Maßstab für die Angemessenheit der Netzzugangsentgelte sind die Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers. Netzökonomisch hat das energierechtliche Prinzip der effizienten Leistungserbringung keinen anderen Inhalt als das in § 31 TKG statuierte Prinzip der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, das als Maßstab der Ex-Ante-Regulierung der Entgelte im deutschen Telekommunikationsrecht fungiert. Das Prinzip der kosteneffizienten Leistungserbringung konkretisiert die Verpflichtung der Unternehmen der Netzwirtschaften, sich auf den Märkten, auf denen sich ihre Marktmacht signifikant auswirkt, wettbewerbsanalog zu verhalten; d.h. die Unternehmen dürfen keine höheren Preise am Markt fordern als die, die sie auch bei effizientem Wettbewerb durchsetzen könnten (Prinzip des hypothetischen Wettbewerbspreises).

Die behördliche Prüfung, ob alle zur Rechtfertigung der Netznutzungsentgelte geltend gemachten Kosten auch bei effizienter Unternehmensführung entstanden wären, bereitet allerdings wettbewerbstheoretisch (Wer kennt die Kosten, die bei wirksamem Wettbewerb vermeidbar gewesen wären?) als auch praktisch (wegen der Unsicherheiten, die mit der Feststellung des hypothetischen Wettbewerbspreises verbunden sind, große Schwierigkeiten. Das Vergleichsmarktkonzept, auf das Art. 4 EG-StromhandelsVO und § 21 Abs. 2 EnWG als empirische Annäherung an wettbewerbsorientierte Kosten verweisen, hat den Nachteil, dass die strukturell vergleichbaren Unternehmen typischerweise nur etwas billiger anbietende marktbeherrschende Unternehmen sind, bei denen eine ausreichende Kosteneffizienz nicht einfach unterstellt werden kann. Angesichts dieser Probleme ist das Konzept einer kostenbasierten Regulierung kein optimales machtwirtschaftskonformen Instrument.

Der Gesetzgeber hat deshalb in § 21a EnWG zutreffend der Methode der Anreizregulierung den Vorrang gegeben, die marktwirtschaftskonforme Anreize für die Unternehmen setzt, aus eigenem Antrieb vermeidbare Kosten einzusparen und effizient zu handeln. Die Anreizregulierung stellt eine eigenständige Methode

zur Regulierung der Netzzugangsentgelte dar, die mit ihrer Einführung die kostenorientierte Methode der Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG ablöst. Die Methode der Anreizregulierung hat ihre europarechtliche Grundlage in Art. 20 Abs. 1 S. 2 und Art. 23 Abs. 2 der EG-RL 2003/54 sowie in Art. 18 Abs. 1 S. 2 und Art. 25 Abs. 2 der RL 2003/55. Zu ihrer Umsetzung kann die Regulierungsbehörde nach § 29 EnWG in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG nähere Festlegungen in Form von Allgemeinverfügungen treffen.¹⁸

IV. Gesetzliche Ausgestaltung der Anreizregulierung

§ 21a EnWG enthält die allgemeinen Prinzipien für die Methodik der Anreizregulierung, auf denen die noch ausstehende Rechtsverordnung zur Anreizregulierung aufzubauen hat. Knapp zusammengefasst, statuiert § 21a EnWG i.V. mit der geplanten Rechtsverordnung folgende sechs Vorgaben:

- 1.) § 21a Abs. 2 Satz 1 EnWG schafft die Rechtsgrundlage für Vorgaben bzgl. der Höhe der Netzzugangsentgelte (pricecap) bzw. der Gesamterlöse (revenue cap) aus den Netznutzungsentgelten. Meine Präferenz für eine Price Cap-Regulierung habe ich bereits bekundet. Die Regulierungsbehörden favorisieren dagegen die Revenue-Cap-Regulierung.
- 2.) Die Vorgaben nach § 21 Abs. 2 Satz 2 beziehen sich auf einzelne Netzbetreiber. In § 21a EnWG Abs. 2 Satz 4, Abs. 4 Satz 3 und Abs. 6 Satz 2 EnWG sind Sonderregelungen für den Fall der Bildung von Gruppen strukturell vergleichbarer Netzbetreiber vorgesehen. Das Gesetz erlaubt nicht, strukturverschiedene Energieversorgungsunternehmen aus Städten und ländlichen Regionen in einer Gruppe zusammenzufassen, um eine Verteuerung der Netznutzungsentgelte in siedlungsgeographisch nur kostenaufwendig zu versorgenden Gebieten zu vermeiden. Das Konzept der Anreizregulierung lässt sich nicht im Interesse eines sozialen Ausgleichs

¹⁸ Vgl. dazu näher *Burgi*, DVBl. 2006, S. 269ff.

von Stadt und Land großflächig stadt- und land-netzübergreifend ausgestalten. Es ist untrennbar mit dem Netz des einzelnen Netzbetreibers bzw. einer Gruppe gleichartiger Netzbetreiber verbunden. Daher werden sich, je kleiner und heterogener die Einzelnetze sind, an die die Anreizregulierung anknüpft, die Netznutzungsentgelte aufgrund unterschiedlicher Strukturen umso stärker auseinanderentwickeln. Die Netznutzungsentgelte werden auf dem Land eher teurer, in den Städten dagegen deutlich niedriger werden.

- 3.) Die BNetzA hat nach § 21a Abs. 2 Satz 2 für Beginn und Ende der Regulierungsperiode Obergrenzen festzusetzen. Nach § 21 Abs. 2 Satz 3 kann innerhalb einer Regulierungsperiode eine zeitliche Staffelung der Entwicklung der Obergrenzen für ein Unternehmen vorgesehen werden. Kosten, die bei wirksamem Wettbewerb nicht in der bestehenden Höhe anfallen würden, dürfen bei der Festlegung dieser Obergrenzen nicht berücksichtigt werden¹⁹ - so ausdrücklich § 21 Abs. 2 Satz 2 EnWG für die Höhe der Netznutzungsentgelte. Der hypothetische effizienzkontrollierte Wettbewerbspreis, der bei Schadensersatzklagen nach §§ 1, 19 i.V. mit § 33 GWB ermittelt werden muss, aber auch Maßstab für § 32 EnWG ist, markiert die jeweilige Obergrenze, die für die Regulierungsperiode für das einzelne Unternehmen gesetzt werden kann. Objektive Strukturunterschiede der Netzgebiete stellen anzuerkennende rechtfertigende Umstände für gegebenenfalls unterschiedliche Netzentgelte dar. Objektivmarktstrukturbezogen sind diese Unterschiede stets dann, wenn sie zu Kostenfaktoren führen, die jeder andere Betreiber des Infrastrukturnetzes in dem betreffenden Netzgebiet auch hätte. In diesem Fall können einem Netzbetreiber höhere Kosten nicht als Ausdruck ineffizienten Netzbetriebs vorgehalten werden.

¹⁹ Vgl. dazu BGHZ 59, S. 42ff.

- 4.) § 21a Abs. 5 Satz 1, 4 und 5 regelt die Festlegung von Effizienz- und Produktivitätsvorgaben, die sich an der potenziellen Leistungsfähigkeit der Netzbetreiber orientieren müssen.
- 5.) § 21 a Abs. 5 Satz 2 und 3 regelt die Einbeziehung von Qualitätsvorgaben für die Netzsicherheit in die Anreizregulierung um die Netzsicherheit und – zuverlässigkeit langfristig zu erhalten.
- 6.) Auf der Grundlage vorstehender fünf Eckpunkte hat die Bundesregierung eine Rechtsverordnung zu erfassen, die folgende Punkte näher ausgestaltet:
 - a) die Verbindung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung mit angemessenen Qualitätsstandards für die Sicherheit des Netzes,
 - b) die Festlegung der Dauer der Regulierungsperiode,
 - c) die Möglichkeit, Höchstgrenzen entweder für die Entgelte für den Netzzugang (Preis-Cap-Verfahren) oder für die Erlöse (Revenue-Cap-Verfahren) der Netzbetreiber aufzustellen,
 - d) die Verbindung der Höchstgrenzen mit Entwicklungsphasen, die bestehende unterschiedlichen Effizienzen in der Leistungserbringung Rechnung tragen,
 - e) die Berücksichtigung der inflationsbereinigten gesamtwirtschaftlichen Produktionsentwicklung,
 - f) die Berücksichtigung objektiv-struktureller Unterschiede zwischen den Gebieten der Netzbetreiber.

Der Staat, der natürliche Monopole, die keinem kompetitiven Erosionsprozess ausgesetzt sind, in privater Hand zulässt, hat die Aufgabe, durch Regulierung dieser Monopole Wettbewerb nachhaltig zu fördern.²⁰ Die EG-Richtlinien und die sie umsetzenden innerstaatlichen Gesetze stellen den Regulierungsbehörden daher die Aufgabe, einen wirksamen Wettbewerb im Bereich der Energieversorgungsnetze sicherzustellen. Regulierungsbehörden sind Behörden zur Wettbewerbsförderung; sie befinden sich damit allerdings nicht „jenseits der

²⁰ Vgl. *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 11ff.; *Rüfner*, AöR 124 (1999) S. 237, 245ff.; *Ennuschat*, Infrastrukturgewährleistung durch Privatisierung und Regulierung, 2006, 4. Teil, *Eifert*, in: Hoffmann-Biem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, Bd. I, RdNr. 125ff.; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 37ff.

Kartellaufsicht“²¹, sondern konkretisieren und ergänzen diese.²² Das Regulierungsrecht verstärkt die wettbewerbsorientierte Missbrauchskontrolle i.S. von Art. 82 EG, §§ 19, 20 GWB durch die Verpflichtung zur Pflege und zum bedarfsgerechten Ausbau der Infrastrukturnetze sowie durch eine Ex-Ante-Kontrolle der Netznutzungsentgelte und durch die Etablierung eines Systems der Anreizregulierung. Die Kartellaufsicht beschränkt sich dagegen auf die Unterbindung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen im Einzelfall und die Beseitigung antikompetitiver Barrieren marktbeherrschender Unternehmen.²³ Es kennt keine Grundversorgungspflicht und keine Förderpflicht marktbeherrschender Unternehmen.²⁴ Wissenschaftlich stellt sich die Aufgabe, eine Rechtsdogmatik zu entwickeln, die Wettbewerbs- und Regulierungsrecht systemadäquat als Sinneinheit erfasst und keine künstlichen Gräben zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht an der Schnittstelle von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht errichtet.

V. Die Kosten des effizienten, strukturell vergleichbaren Energieversorgungsunternehmens als Ausgangspunkt der Anreizregulierung

Ökonomisch macht es keinen Sinn, unterschiedliche Grundbegriffe und Methoden für die Kontrolle der Netzzugangsentgelte (Energieversorgungsnetze, Telekommunikationsnetze, Schienennetze, Wasser- und Abwasserrohre) zu verwenden. Geeignet für eine wettbewerbsorientierte Regulierung der Netzwirtschaften ist das Konzept der Kosten effizienter Leistungserbringung mit dessen Hilfe sich insbesondere die Effizienzvorgaben konkretisieren lassen. Eine reine Kostenorientierung ohne Wettbewerbsbezug und ohne Benchmark-Ansatz ist mit diesem Prinzip unvereinbar. Eine Orientierung am historischen status quo

²¹ So zu Unrecht *Burgi*, DVBl. 2006, S. 270.

²² So zutreffend die Begründung zum Regierungsentwurf des EnWG; BT-Drucks. 15/3917, S. 64; die Kritik *Burgis* daran ist eine Kritik an der gesetzlichen Konzeption.

²³ Vgl. *E. Fox*, World Competition 26 (2003), S. 149: We protect competition, not competitors.

²⁴ Insoweit voll überzeugend Supreme Court, *Nebbian v. New York*, 291 U.S. 502, 539 (1934); dazu *J. Drobak*, 64 Washington U.L.Q. 108 (1986); *R. Hale*, 34 Columbia Law Review 401 (1934); *T. Harkeson*, 37 Michigan Law Review 181-208 (1938).

würde weder wirksamen Wettbewerb noch ein „effizientes Funktionieren der Märkte“ i.S. der EG-Vorgaben (Art. 23 StromRL, Art. 25 GasRL) gewährleisten. Mit dem Ziel, wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, wäre es unvereinbar, an branchenübliche Kostenstandards unabhängig davon, ob diese wettbewerbsorientiert sind oder nicht, anzuknüpfen.

Dieser Zielsetzung und der Methodik entsprechen die Normen des EnWG. Ziel ist die Verhinderung der missbräuchlichen Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Kunden und Wettbewerbern (§§ 21, 31, 40 EnWG). In dieser Zielsetzung stimmt das EnWG mit Art. 82 EG und § 19 Abs. 4 GWB voll überein. Die Methode zur Erfassung des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Konzept des hypothetischen Wettbewerbspreises, wie es Art. 82 EG und § 19 Abs. 4 GWB zugrunde liegt. Dieses Konzept ist mit Hilfe des Vergleichsmarktkonzeptes sowie mit Hilfe effizienzorientierter Prüfungselemente zu operationalisieren. Bei „echtem Wettbewerb“ ohne Quersubventionierung sind die tatsächlichen Kosten eines Netzbetreibers auch bei Hinzurechnung einer angemessenen, risikospezifischen Eigenkapitalverzinsung nicht höher als die eines effizient arbeitenden, strukturell vergleichbaren Netzbetreibers.

Das bedeutet nicht, dass mit diesem Vergleichsmaßstab, wie bereits mein Hinweis auf unterschiedliche Entgelte in der Stadt- und Landversorgung gezieht hat, zwangsläufig einheitliche Preise verbunden sind. Auch eine wettbewerbsorientierte Preisbildung kann zu unterschiedlich hohen Netzentgelten führen, wenn die objektiv unbeeinflussbaren marktstrukturellen Kosten der Netzbetreiber unterschiedlich hoch sind. Differenzierungen in der Höhe der Netznutzungsentgelte sind gerade nicht „regulierungsbedingt“, sondern wettbewerbsbedingt. Die in Deutschland zum Teil praktizierten Einheitstarife waren Ausdruck monopolistischer Preispolitik, die gerade mit Hilfe der Regulierung überwunden werden soll.

Die Orientierung am Konzept effizienter Leistungserbringung verträgt sich somit widerspruchsfrei mit den Grundsätzen der wettbewerbsrechtlichen

Missbrauchsaufsicht. Der „Als-ob-Wettbewerbspreis“ ist in dieser Konzeption nicht ein *iustum pretium* (gerechter Preis) i.S. einer *service-public*-Doktrin²⁵, sondern ein Preis, der mit Hilfe eines realen Vergleichsmarktes zu ermitteln ist, auf dem effiziente Wettbewerber agieren. Ein Markt mit „significant impediments to effective competition“ (Art 2 FKVO) kommt dagegen nur sehr begrenzt²⁶ als Vergleichsmarkt in Betracht. Ein monopolistischer Markt – sei er hoheitlich reguliert oder nicht – liefert keinen unverfälschten Wettbewerbspreis. Das Kammergericht²⁷ hat deshalb mit Billigung des Bundesgerichtshofes in der Entscheidung Valium/Librium²⁸ nur den niederländischen, nicht aber den englischen oder italienischen Pharmamarkt zum Zeitpunkt der Entscheidung als kompetitiven Vergleichsmarkt anerkannt. Nur ein Markt mit wirksamem Wettbewerb kann aussagekräftige marktwirtschaftskonforme Preissignale liefern und als aussagekräftiger Indikator für eine effiziente Leistungserbringung herangezogen werden. Die vergleichsweise Heranziehung anderer (regulierter) Monopolmärkte²⁹ kann daher nur mit äußerster Vorsicht geschehen, indem geprüft wird, ob der dort geltende Preis wettbewerbsanalog ist. Ein hoheitlich regulierter Preis auf ausländischen Märkten kann somit nicht unkontrolliert übertragen und im Inland als verbindlicher Maßstab herangezogen werden.

VI. Zusammenfassung

- 1.) Das Energiewirtschaftsrecht ist Ausdruck der Gewährleistungsverantwortung des modernen Sozialstaates für das gesicherte Funktionieren der Netzinfrastruktur bei Gütern, auf die die Bürger existentiell angewiesen sind. Der Staat, der natürliche Monopole in privater Hand zulässt, hat die

²⁵ Vgl. dazu zuletzt *W. Möschel*, JZ 2003, S. 1021ff.

²⁶ Vgl. dazu näher BGHZ 59, S. 42,45 „Stromtarif“; BGH, WuW/E BGH 2309, 2310f.; OLG Hamburg, Urt. v. 2.5.1985 WuW/E OLG 3650 Glockenheide; ferner BGH, WuW/E BGH 2967, 2974 „Weiterverteiler“.

²⁷ KG vom 5.1.1976 – Kart 41/74, WuW/E OLG 1645.

²⁸ BGH, Urt. v. 16.2.1970, BGHZ 68, S. 23.

²⁹ So z.B. in der Entscheidung der BNetzA vom 13.4.2006 zu den Zusammenschaltungsentgelten im Telekommunikationsbereich.

Pflicht, durch Regulierung der betroffenen Märkte Wettbewerb nachhaltig zu fördern.

- 2.) Art. 4 EG-Stromhandelsverordnung konkretisiert die EG-Richtlinienvorgabe, für wirksamen Wettbewerb zu sorgen, dahin, dass die Kosten eines effizienten, strukturell vergleichbaren Netzbetreibers den Maßstab für die Höhe des Netznutzungsentgeltes bilden. § 21 Abs. 2 EnWG entspricht dieser Vorgabe.
- 3.) Richtpunkt für die Prüfung, ob der geforderte Preis dem wettbewerbs- bzw. regulierungsrechtlich zulässigen Preis entspricht, ist beim Konzept effizienter Leistungserbringung der bei wirksamem Wettbewerb durchsetzbare Preis (hypothetischer Wettbewerbspreis). Dieser Preis stellt zugleich die Obergrenze dar, die von der BNetzA zu Beginn einer Regulierungsperiode festgelegt werden muss.
- 4.) Im Energiebereich verpflichtet § 21a EnWG den Gesetzgeber, eine Anreizregulierung (incentive regulation) zu schaffen, die die Unternehmen motiviert, durch Rationalisierungs- und Kostensenkungsprogramme – unter Beachtung der gesetzlichen Qualitätsvorgaben für die Sicherheit und den bedarfsgerechten Ausbau der Netze – zusätzliche Gewinne zu erzielen, wenn sie die Effizienzziele der Regulierungsbehörde übererfüllen.
- 5.) In die zukunftsbezogene Effizienzbetrachtung ist auch die Prüfung einzubeziehen, ob ein neu zu errichtendes Netz unter dem Aspekt von economies of scale eine effiziente Größe hat. Wenn dies zu verneinen ist, so ist ein auf der Kooperation (Betriebsführung) bzw. Fusion räumlich benachbarter Netzbetreiber basierendes virtuelles Netz als Maßstab heranzuziehen und Kosten sind nur nach Maßgabe eines solchen (virtuell) erweiterten Netzes zu akzeptieren.
- 6.) Die Effizienzvorgaben müssen sich auf der Grundlage des Vergleichsverfahrens (§§ 22ff. Stromnetzentgeltverordnung, 21ff. Gasnetzentgeltverordnung) auch auf die zu erwartenden Kosten des laufenden Betriebs des Netzes beziehen. Deshalb ist zu prüfen, ob diese

Kosten einschließlich der auf den Netzbetrieb entfallenden Gemeinkosten denen eines effizienten Netzbetreibers entsprechen.

- 7.) Die Anreizregulierung darf die Obergrenze des Netznutzungsentgelts nicht unterhalb des hypothetischen Wettbewerbspreises festsetzen. Schätzungs- und prognosebedingte Unsicherheiten der Daten sind jeweils durch einen Unsicherheitszuschlag zugunsten des Unternehmens auszugleichen. Über dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegende Kosten aus bestehenden Verträgen können nur in zumutbarer Weise für die Zukunft abgebaut werden. Kündigungen und Anpassung von Verträgen müssen von den Regulierungsbehörden bei der Festlegung von Obergrenzen als Instrumente, die ineffizient operierende Unternehmen einzusetzen haben, berücksichtigt werden. Es darf keine Ineffizienzprämie geben.
- 8.) Mit dem Wirksamwerden der funktionstüchtigen Anreizregulierung erübrigt sich die Effizienzprüfung nur bezüglich der beeinflussbaren Kostenanteile; im Übrigen gilt auch im Rahmen der Anreizregulierung das Effizienzprinzip (§ 21a Abs. 4 S. 5 EnWG).