

Sebastian Haslinger

Netzmonopole in der Elektrizitätswirtschaft und Wettbewerb

rechtliche und ökonomische Analyse
der Interessenkonflikte und
ihrer Bewältigung

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften im Fach Rechtswissenschaften am Institut für
Wirtschaftsrecht des Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel.

Erstgutachter: Prof. Dr. Bernhard Nagel

Zweitgutachter: Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Tag der Disputation: 6. März 2006

Vorwort

Besonderer Dank gilt meinem Betreuer Prof. Dr. Bernhard Nagel für seine nicht nur auf Fachliches Unterstützung und Förderung der vorliegenden Arbeit. Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Alexander Roßnagel für die Erstattung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Andreas Hänlein und Herrn Prof. Dr. Georg v. Wangenheim als Gutachter in der Disputation. Ferner danke ich Dipl. Vw. Cornelia Dümling, Ass. Jur. Rotraud Gitter, Ref. Jur. Anja Hentschel, Dr. Alper Köklü und Dipl.-oec. Daniela Röstel, die als Korrekturleser und Diskussionspartner wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beitrugen. Gleiches gilt für die Teilnehmer des Kolloquiums Recht und Ökonomie am Institut für Wirtschaftsrecht des Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel, denen ich an dieser Stelle ebenfalls danke.

Kassel, im August 2006

Sebastian Haslinger

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis.....	9
Verzeichnis der Übersichten.....	9
Abkürzungsverzeichnis.....	11
1 Ziel und Aufbau der Arbeit.....	15
1.1 Ausgangsthese: Geregelter Interessenwettbewerb statt unregelter Einflussnahme Einzelner.....	16
1.2 Aufbau der Arbeit.....	19
2 Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole zwischen Liberalisierung und Gemeinwohl.....	23
2.1 Theorie des Marktversagens bei natürlichen Monopolen.....	23
2.1.1 Monopolbildung auf Grund von Subadditivitäten.....	23
2.1.2 Auswirkungen des Monopols.....	25
2.2 Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole.....	28
2.3 Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse und Elektrizitätsversorgungsnetze.....	30
2.3.1 Ausgangspunkt: Daseinsvorsorge.....	30
2.3.2 Von der Daseinsvorsorge zur Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.....	33
2.3.3 Aspekte der Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse bei Elektrizitätsversorgungsnetzen.....	37
3 Erfahrungen mit der Liberalisierung von Strommärkten angesichts des natürlichen Monopols bei Netzen.....	41
3.1 Ausgangssituation: Die Liberalisierung von Märkten mit Netzmonopolen.....	41
3.2 Ausgewählte Erfahrungen mit der Strommarktliberalisierung im Ausland.....	44
3.2.1 England und Wales.....	44
3.2.2 Kalifornien.....	47
3.2.3 Österreich.....	52
3.3 Die Liberalisierung des deutschen Strommarktes.....	55
3.3.1 Von den Anfängen bis zur Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts.....	55
3.3.2 Die Liberalisierung des deutschen Strommarkts.....	56
3.3.3 Die Marktentwicklung seit der Liberalisierung.....	61

4	Neuordnung des Netzbetriebs im liberalisierten Strommarkt.....	67
4.1	Aufgaben des Netzbetreibers	67
4.2	Netznutzung für Dritte als Marktzutrittsvoraussetzung	69
4.2.1	Netznutzungsregelungen	69
4.2.1.1	Verhandelter Netzzugang	70
4.2.1.2	Geregelter Netzzugang	72
4.2.1.3	Alleinabnehmersystem	73
4.2.1.4	Poolmodell	76
4.2.2	Grundrechtsprobleme bei der Netzöffnung für Dritte.....	76
4.2.3	Diskriminierungsmöglichkeiten trotz Gleichbehandlungsgebot?.....	78
4.3	Die Trennung des Netzes von vor- und nachgelagerten Marktstufen.....	81
4.3.1	Notwendigkeit und Umfang der Entflechtung	81
4.3.2	Auswirkungen der Entflechtung auf Synergieeffekte	86
4.3.3	Neuzuordnung der Anschluss- und Versorgungspflichten.....	90
4.3.4	Das Entflechtungsgebot im Energierecht	92
4.3.5	Implikationen der Entflechtung auf das Wettbewerbsrecht	96
4.3.6	Grundrechtsfragen der Entflechtung des Netzbetriebs	98
4.3.6.1	Eigentumsschutz.....	99
4.3.6.2	Berufsfreiheit	106
4.4	Die Konstitution des Netzbetreibers	110
5	Kontinuierliche Regulierung des Netzmonopols.....	113
5.1	Exkurs: Normative Theorie der Regulierung.....	113
5.1.1	Preisregulierungen	113
5.1.2	Nicht preisbasierte Regulierungsinstrumente.....	117
5.2	Transparenz und Glaubwürdigkeit der Regulierung	119
5.3	Regulierungsaufgaben.....	120
5.3.1	Monitoring	121
5.3.2	Ex-ante-Regulierung.....	122
5.3.3	Ex-post-Missbrauchsaufsicht	129
5.3.4	Streitschlichtung	132
5.4	Befugnisse der Regulierungsinstitution.....	133
5.4.1	Regulierung des Netznutzungsbedingungen und -preise.....	133
5.4.2	Regelungen zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit und -qualität	136
5.4.3	Marktregulierung bei Ausgleichsenergie.....	138
5.4.4	Folgen von Regulierungsentscheidungen.....	140
5.5	Zuständigkeitsverteilung zwischen Regulierungsinstitution und anderen Wettbewerbsstellen.....	141
5.5.1	Zuständigkeiten von Kartellbehörden und Regulierungsinstitution.....	141
5.5.2	Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesebene	143
5.5.3	Zuständigkeit für zwischenstaatliche Regulierungsangelegenheiten.....	144
5.6	Die Ausgestaltung des weiteren Rechtswegs.....	145

6	Die Akteursinteressen und ihre Institutionalisierung.....	149
6.1	Ausgangspunkt: die positive Theorie der Regulierung.....	150
6.2	Die relevanten Akteure und ihre Interessen	154
6.2.1	Elektrizitätsversorgungsunternehmen	154
6.2.1.1	Netzeigentümer und -betreiber	154
6.2.1.2	Desintegrierte Stromerzeuger	156
6.2.1.3	Desintegrierte Stromhändler	156
6.2.1.4	Vertikal integrierte Versorgungsunternehmen	157
6.2.1.5	Arbeitnehmer der Elektrizitätsversorgungsunternehmen.....	159
6.2.2	Endabnehmer	160
6.2.3	Staat	160
6.2.3.1	Politiker	161
6.2.3.2	Öffentliche Verwaltung.....	162
6.2.4	Externe Experten.....	163
6.3	Aufbau und Zusammensetzung der Regulierungsinstitution	163
6.3.1	Mögliche Mitglieder der Regulierungsinstitution	163
6.3.2	Potentiell dem Regulierungsziel entgegenwirkende Koalitionen	168
6.3.3	Entscheidungs- und Abstimmungsverfahren	170
6.3.4	Die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution	172
6.3.5	Die Größe des Entscheidungsgremiums	175
6.4	Die Ausgestaltung des Mandats	177
6.4.1	Die Auswahl der Mandatsträger in der Regulierungsinstitution.....	177
6.4.2	Hauptamtliche oder ehrenamtliche Mandatsträger?.....	179
6.4.3	Die Amtszeit der Akteursvertreter.....	179
6.4.4	Die Amtsenthebung von Akteursvertretern	180
6.4.5	Betätigungsverbote nach Beendigung des Mandats.....	181
6.5	Die Verfassung der Regulierungsinstitution.....	181
6.5.1	Befugnis- und Kompetenzverteilung im Organ.....	181
6.5.2	Finanzierung der Regulierungsinstitution.....	182
6.6	Kontrolle der Regulierungstätigkeit.....	184
6.7	Legitimation einer weitgehend unabhängigen Regulierungsinstitution	185
6.7.1	Die Freiheit der Regulierungsinstitution von ministerialen Weisungen....	186
6.7.2	Beleihung durch den Staat	188
6.7.3	Funktionale Selbstverwaltung	189
6.7.4	Behörde mit Interessenvertretern in der Leitungsebene.....	194
6.8	Vereinbarkeit mit dem Energierecht	195
7	Fazit.....	199
	Literaturverzeichnis	203
	Quellenverzeichnis.....	219
	Entscheidungsverzeichnis	221

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Cournotpreisbildung im natürlichen Monopol	25
Abbildung 2: Optimales Niveau der Versorgungssicherheit.....	136

Verzeichnis der Übersichten

Übersicht 1: Beispiel der Zusammensetzung der Regulierungsinstitution bei nichtstaatlichen Netzbetreibern	174
Übersicht 2: Beispiel der Zusammensetzung der Regulierungsinstitution bei staatlichen Netzbetreibern	175
Übersicht 3: Zuständigkeitsaufteilung bei einer Aufsplittung des Regulierungsrates	182

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
AER	American Economic Review
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ARE	Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungsunternehmen e. V.
B.	Beschluss
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.
BETTA	British Electricity Transmission and Trading Arrangement
Bewag	Berliner Kraft- und Licht AG
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJ	Bell Journal of economics and management science
BKartA	Bundeskartellamt
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BNA	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BNAG	Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BNE	Bundesverband Neuer Energieanbieter
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BTO Elt.	Bundestarifordnung Elektrizität
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österr.)
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
c. p.	ceteris paribus
CAISO	Californian Independent System Operator
CalPX	Californian Power Exchange
CEC	California Energy Commission
CEDEC	europäischer Dachverband der öffentlichen kommunalen Versorgungsunternehmen

CEGB	Central Electricity Generating Board
CPA	California Power Authority
CPUC	California Public Utility Commission
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWR	Departement of Water Resources
E.	Entscheidung
ECG	Energie-Control GmbH
ECK	Energie-Control Kommission
EdF	Electricité de France
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft; Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften i. d. F. seit dem 1. 5. 1999
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften i. d. F. vor dem 1. 5. 1999
EJLE	European Journal of Law and Economics
EJPE	European Journal of Political Economy
EIWOOG	Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (Österr.)
EnBW	Energie Baden-Württemberg AG
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWGE	Energiewirtschaftsgesetzentwurf
EnWRNregG	Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes
EPA	Energy Policy Act
E-RBG	Energie-Regulierungsbehördengesetz (Österr.)
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH-Slg.	Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Zeitschrift für Europäische Wirtschaftsrecht
EW	Energiewirtschaft (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FERC	Federal Energy Regulatory Commission
FILJ	Fordham International Law Journal
Fn.	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau
FTD	Financial Times Deutschland
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GasNZV	Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GG	Grundgesetz

GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HEW	Hamburgische Electricitäts-Werke AG
Hg.	Herausgeber
ISO	Independent System Operators
JEP	Journal of Economic Perspectives
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLE	Journal of Law and Economics
JPE	Journal of Political Economy
JZ	Juristenzeitung
kV	Kilovolt
kW	Kilowatt
kWh	Kilowattstunde(n)
KWKG	Kraft-Wärme- Kopplungsgesetz
LG	Landgericht
MB	Die Mitbestimmung (Zeitschrift)
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
N&R	Netzwirtschaften & Recht (Zeitschrift)
NETA	New Electricity Trading Arrangement
NGC	National Grid Company
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OEP	Oxford Economic Papers
OFFER	Office of Electricity Regulation
OFGAS	Office of Gas Regulation
OFGEM	Office of Gas and Electricity Markets
OLG	Oberlandesgericht
ORevEP	Oxford Review of Economic Policy
Österr.	Österreich, österreichisch
PG&E	Pacific Gas & Electric
QJE	Quarterly Journal of Economics
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
REGTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RevES	Review of Economics and Statistics
RevIO	Review of Industrial Organisation
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RJE	Rand Journal of Economics
RI.	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RTO	Regional Transmission Organisations
RWE	Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke AG

SCE	Southern California Edison
SDG&E	San Diego Gas & Electric
SO ₂	Schwefeldioxid
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
StromNZV	Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
SZ	Süddeutsche Zeitung
TEAG	Thüringer Energie Aktien Gesellschaft
TIRAG	Tiroler Regelzonen AG
TIWAG	Tiroler Wasserkraft AG
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
U.	Urteil
V	Volt
VDEW	Verband Deutscher Elektrizitätswerke e. V.
VDI	Verein Deutscher Ingenieure e. V.
VDN	Verband der Netzbetreiber beim VDEW e.V.
VEAG	Vereinigte Energiewerke AG
VEW	Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG
VG	Verwaltungsgericht
VIAG	Vereinigte Industrieunternehmen AG
VIK	Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e. V.
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen
VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VV	Verbändevereinbarung(en)
VW	Versorgungswirtschaft (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VZBV	Bundesverband der Verbraucherzentralen
WD	Wirtschaftsdienst (Zeitschrift)
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

1 Ziel und Aufbau der Arbeit

Bei der Stromversorgung handelte es sich um einen Wirtschaftszweig, der bis zu seiner Liberalisierung 1998 von Gebietsmonopolen auf allen Versorgungsstufen¹ geprägt war. Diese Monopole gründeten im Wesentlichen auf dem natürlichen Monopol des Stromnetzes sowie – in früheren Zeiten – auf der strategischen Bedeutung² der Stromversorgung. Neben dem auch nach der Liberalisierung noch bestehenden natürlichen Monopol bei den Stromnetzen ist der Markt noch immer durch die etablierten ehemaligen Gebietsversorger und ihre sehr gute Vernetzung untereinander und mit der Politik geprägt. Solche Pfadabhängigkeiten verstärken das Machtproblem und erschweren die Liberalisierung von Branchen, die wie die Stromversorgung wesentlich auf ein natürliches Monopol wie Stromnetze angewiesen sind.

Um solche Markttransformationen wie eine Liberalisierung zum gewünschten Erfolg zu führen, müssen sie auf die Bedingungen der zu regulierenden Branche abgestimmt sein. Damit nicht einzelne mächtige Akteure, wie z. B. die ehemaligen Gebietsmonopolisten, ihre Interessen zu Lasten des erwünschten Wettbewerbs durchsetzen, sind gegebenenfalls Anpassungen der Marktstruktur wie beispielsweise die Entflechtung des Netzbetriebs und die Errichtung einer Regulierungsinstitution erforderlich. Mit der Liberalisierung und Neustrukturierung treten neue Akteure auf den Plan und mit ihnen neue Interessenkonflikte, die ebenfalls berücksichtigt werden sollten. Vielleicht liegt aber gerade in diesen Interessenkonflikten noch ein Potential, das für die Regulierung des Netzmonopols genutzt werden kann.

Der Grundgedanke dieser Arbeit ist deshalb folgender: Da sich bei natürlichen Monopolen Wettbewerb ohnehin nicht von selbst einstellt, sondern durch eine Regulierung substituiert werden muss, könnten die verschiedenen Interessengruppen beziehungsweise von ihnen entsandte Vertreter in die Regulierungsinstitution integriert werden. Durch ihre verschiedenen – mitunter auch konfligierenden – Interessen könnte so ein Wettbewerb in der Regulierungsinstitution geschaffen werden, der den nicht möglichen Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern substituiert. Der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Akteursgruppen mit ihren konkurrierenden Interessen am Netz ersetzt den unmöglichen Wettbewerb zwischen Netzbetreibern. Damit soll als Ziel eine Regulierung erreicht werden, die im Ergebnis einem funktionierenden Wettbewerb möglichst nahe kommt.³

Deshalb soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen diese Wettbewerbskomponente in die Regulierungsinstitution integriert werden kann. Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht, etwas weiter auszugreifen, bevor der Instrument-

¹ Im Wesentlichen wird zwischen den Marktstufen Erzeugung, Transport bzw. Netzbetrieb und Handel bzw. Verteilung unterschieden.

² Vgl. *Herzig, T.*, Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Stromversorgung von 1880-1990, in: *Fischer (Hg.)*, Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, S. 134.

³ Dies entspricht der Forderung, dass eine Regulierung, die nicht möglichen Wettbewerb substituieren soll, so weit wie möglich „marktmäßig“ ausgestaltet werden soll. Vgl. *Jochum, G./Pfaf-fenberger, W.*, Wettbewerbsrahmen oder Interventionismus? In: ET-Special 2005, S. 4.

alisierung der Akteursinteressen in einer Regulierungsinstitution nachgegangen wird. Dabei genügt es nicht, nur die Ausgestaltung der Regulierungsinstitution und der anwendbaren Regulierungsverfahren zu behandeln, sondern die Struktur des Monopols sowie die Eigentumsverhältnisse daran müssen ebenfalls berücksichtigt werden: Je schärfer die Interessenlagen voneinander abgegrenzt sind und je weniger Interessenkonflikte innerhalb der einzelnen Akteursgruppen entstehen können, umso besser lassen sich diese Gruppen für einen Interessenausgleich innerhalb einer Regulierungsinstitution instrumentalisieren.⁴ Eine scharfe Abgrenzung ist notwendig, damit sich die Stimmen- und damit die Machtverhältnisse innerhalb der Regulierungsinstitution nicht zu Lasten ihrer Aufgabenerfüllung verschieben können.

1.1 Ausgangsthese: Geregelter Interessenwettbewerb statt ungeregelter Einflussnahme Einzelner

Regulierung ist mit Mängeln behaftet, weil das Monopol von außen reguliert, überwacht und diszipliniert wird. Der Monopolist ist ob seiner größeren Marktnähe zu meist besser über Kosten und Marktstruktur informiert als eine Regulierungsinstitution.⁵ Mit zunehmendem Informationsvorsprung steigt sein Spielraum für Machtmissbrauch.⁶ Dies gilt besonders dann, wenn die Unternehmen auch auf vor- und nachgelagerten Märkten tätig sind.⁷ Deshalb und zur Steigerung der Transparenz sollte der Netzbetrieb von den anderen Marktstufen streng getrennt werden.⁸ Die Diskussion, ob Staats- oder Privatunternehmen besser als Betreiber von Netzmonopolen geeignet sind, trägt für sich indes kaum zur Lösung der dort bestehenden Macht- und Monopolprobleme bei.⁹

Ein weiteres Problem stellen die Annahmen und Abstraktionen dar, die den Regulierungsmodellen zugrunde gelegt werden: Damit können die Zusammenhänge zwar klarer herausgearbeitet werden, indem man sich auf die wesentlichen Aspekte beschränkt,¹⁰ realiter verhalten sich aber weder die Regulierungsinstitution noch die Re-

⁴ Vgl. *Demski, J. S.*, Corporate conflicts of Interest, in: JEP 2/2003, S. 69 f.

⁵ Vgl. *Posner, R. A.*, Theories of Economic Regulation, in: BJ 1974, S. 339 sowie für Netze *Franz, O./Schäffner, D./Trage, B.*, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG – Optionen und offene Fragen, in ZfE 2005, S. 89 f.

⁶ Vgl. *Haupt, U./Kinnunen, K./Pfaffenberger, W.*, Anwendung der Vergleichsmarktanalyse auf die Netzentgelte in der Stromwirtschaft, 2002, S. 12.

⁷ So z. B. *Feess, E.*, Mikroökonomie, 1997, S. 356-362.

⁸ Vgl. z. B. *Schwintowski, H.-P.*, Kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Energie- und Durchleitungsentgelte nach Wegfall der §§ 103, 103a GWB, in: ZNER 2/1998, S. 9-16 sowie *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 46 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166.

⁹ So z. B. bei *Greiling, D.*, Öffentliche Trägerschaft oder öffentliche Bindung von Unternehmen, 1996 oder *Prosi, G.*, Staatliche Monopole oder Wettbewerb privater Unternehmen – eine ökonomische Betrachtung, in: WuW 1996, S. 973-980 sowie *Mühlenkamp, H.*, Eine ökonomische Analyse ausgewählter institutioneller Arrangements zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1999.

¹⁰ Vgl. *Kirchgässner, G.*, Homo Oeconomicus, 2000, S. 28 f.

gulierten gemäß der in abstrakten theoretischen Modellen getroffenen Annahmen.¹¹ Vielmehr suchen sie sich aus dem Bündel der verfügbaren Möglichkeiten die ihnen am besten erscheinenden Handlungsalternativen aus. Dies erschwert die Entwicklung einer in der Praxis gut funktionierenden Regulierung zusätzlich,¹² zumal in der Modellierung nicht enthaltene Informationen beim Transfer von der Theorie zurück in die Praxis wieder berücksichtigt werden müssten.

Eine gezielte Instrumentalisierung der Akteursinteressen, um die Monopolstellung der Netzbetreiber von vornherein zu antizipieren, wurde bisher nicht verfolgt. Es gibt zwar reichlich Ansätze, wie Wettbewerb in netzabhängigen Märkten geschaffen werden kann, sie behandeln jedoch nur die vor- und nachgelagerten Märkte oder die Instrumente der normativen Theorie der Regulierung.¹³ Die positive Theorie der Regulierung beschäftigt sich zwar damit, wie von der Regulierung Betroffene diese in ihrem Sinne zu beeinflussen suchen. Diese Theorie geht aber von einem freien unregulierten Spiel der Kräfte zwischen den verschiedenen Interessengruppen aus. Dort wird ausgehend vom Public-Choice-Ansatz von einem Markt für Regulierung gesprochen,¹⁴ auf dem die verschiedenen Interessengruppen um eine für sie möglichst günstige Ausgestaltung der Regulierung konkurrieren. Ohne eine *geregelt*e Interessenvertretung können allerdings Verzerrungen in diesem Wettbewerb auftreten:¹⁵ Die verschiedenen Gruppen verfügen häufig über unterschiedlich gute Möglichkeiten, sich zu organisieren. Relativ kleine, homogene Gruppen – wie z. B. Übertragungsnetzbetreiber – lassen sich mit zunehmendem zu erwartenden Nutzen für das einzelne Mitglied mit geringerem Aufwand organisieren als große, inhomogene Gruppen – wie z. B. die Endabnehmer; besonders wenn deren Individualnutzen durch die Organisation nur marginal ist.¹⁶ Können überdies Trittbrettfahrer nicht von dem Nutzen der Interessenvertretung ausgeschlossen werden, so sinkt die Organisationsbereitschaft zusätzlich.¹⁷ Im deutschen Elektrizitätsmarkt können die Netzbetreiber und die meisten Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf eine über Jahrzehnte ausgebaute und bewährte Verbandsstruktur zu-

¹¹ Dies soll nicht den Nutzen dieser Modelle, die gerade wegen dieser Annahmen erst bestimmte Aspekte und Zusammenhänge zu erklären vermögen, in Abrede stellen.

¹² Vgl. Koenig, C., Effiziente Effizienzmaßstäbe in der energiewirtschaftlichen Netznutzungsentgeltregulierung! In: WuW 2004, S. 247.

¹³ Vgl. z. B. Bickenbach, F./Kumkar, L./Soltwedel, R., Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: Zimmermann, (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, 2002, S. 217-270, insbes. S. 266-268, ebenso Erber, G./Hagemann, H., Netzwerkökonomie, in: Zimmermann (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, 2002, S. 279-319, insbes. S. 305-307.

¹⁴ Vgl. Müller, J./Vogelsang, I., Staatliche Regulierung, 1979, S. 113. Eine Übersicht über die positive Theorie der Regulierung findet sich bei: Bonde, B., Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 85-143.

¹⁵ Vgl. Lütz, S., Politische Steuerung und die Selbstregulierung korporativer Akteure, in: Mayntz/Scharpf (Hg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 186-193.

¹⁶ Vgl. Mayntz, R., Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: Mayntz/Scharpf (Hg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 20 f., Kirchgässner, G., Homo Oeconomicus, 2000, S. 121-123 sowie Kirsch, G., Neue Politische Ökonomie, 2004, S. 171-174.

¹⁷ Vgl. Peltzman, Sam, Toward a More General Theory of Regulation, in: JLE, 1976, S. 213.

rückgreifen, während vor allem die Kleinabnehmer¹⁸ – bezogen auf ihre Anzahl – einen relativ geringen Organisationsgrad aufweisen; allenfalls gewerbliche Kunden sind über ihre berufsständischen Institutionen ähnlich gut organisiert.

Hinzu kommt, dass sich selbst die formal unabhängigste Regulierungsinstitution nie ganz der Beeinflussung durch die regulierten Unternehmen entziehen kann. Deshalb entstehen im Gegenzug zum Druck durch die Regulierungsinstitution möglicherweise

„... informale Handlungsbeziehungen [als] unvermeidbare Folge der Systemprobleme und der begrenzten Problemlösungskapazität rechtlich formaler Systemstrukturen. Man kann informale Handlungsbeziehungen, wie sie sich in der Verbändevereinbarung manifestieren, unter Umständen in ihrer konkreten Ausgestaltung wirksam verbieten, aber die prinzipielle Existenz informaler Handlungsbeziehungen nicht verhindern. Wer es trotzdem versucht, wird informale Handlungsbeziehungen allenfalls ins Halbdunkel zweifelhafter Legalität oder gar in das Dunkel der Illegalität abdrängen. Die Bewältigung der Systemprobleme wird dadurch nicht leichter, sondern schwieriger.“¹⁹

Angesichts dieser ohnehin nicht ausbleibenden Beeinflussungsversuche interessierter Akteursgruppen fragt es sich, ob nicht alle relevanten Akteure in den Regulierungsprozess eingebunden werden sollten. Es ist deshalb zu untersuchen, ob eine Regulierungsinstitution²⁰ eingerichtet werden kann, in der die Interessen aller relevanten Akteursgruppen gezielt zur Regulierung des Marktes genutzt werden, indem sie – obwohl *oder gerade weil* sie ihre individuellen Interessen verfolgen – das Regulierungsziel einer wettbewerbsorientierten aber zuverlässigen Elektrizitätsversorgung erreichen helfen.²¹ Durch ihre größere Marktnähe können sie zur Verringerung von Informationsmängeln der Regulierungsinstitution beitragen.²² Insofern könnte ein Wettbewerb der Interessengruppen den fehlenden Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern sub-

¹⁸ Als Kleinabnehmer werden all jene bezeichnet, welche weniger als 10 000 kWh pro Jahr abnehmen; unter bestimmten Bedingungen kann diese Schwelle bei bis zu 50 000 kWh pro Jahr liegen. Vgl. *Hampel, C.*, Von der Tarifkundenversorgung zur Grundversorgung, in: ZNER 2004, S. 118.

¹⁹ *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 434.

²⁰ In dieser Arbeit wird die für die Regulierung zuständige Körperschaft als „Regulierungsinstitution“ bezeichnet. Dieser Terminus soll dem möglichen Missverständnis vorbeugen, die Regulierung müsse grundsätzlich von einer Behörde wahrgenommen werden; er soll vielmehr die Möglichkeit offen lassen, dass im Rahmen der Einbeziehung der Akteure sowohl eine Behörde als auch eine mit der Regulierung betraute nichtstaatliche Institution diese Tätigkeit ausüben können.

²¹ Vgl. *Mayntz, R.*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf (Hg.)*, Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 32.

²² Vgl. *Bullinger, M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1359 sowie *Büdenbender, U.*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgelassenen Energiewirtschaft, in: DÖV 2002, S. 379.

stituieren helfen, der – im Gegensatz zu dem von *Gary S. Becker* beschriebenen²³ – von Regeln getragen wird, welche die oben genannten Machtunterschiede zwischen den Interessengruppen ausgleichen.

Für eine solche „selbstgeregelte Netznutzungsregulierung“ müssen die Einflussmöglichkeiten der Akteure genau definiert werden,²⁴ da ansonsten – bedingt durch unterschiedliche Organisationsgrade und -aufwände der Interessengruppen – Verzerrungen entstehen können. Das Regulierungsergebnis entspräche sonst – wie einst die Verbändevereinbarungen der deutschen Elektrizitätswirtschaft – Verbandsabsprachen²⁵, die mehr einer Kartellveranstaltung²⁶ denn dem erwünschten Wettbewerb glichen. Insofern bedarf es nach den Erkenntnissen der Public-Choice-Theorie geeigneter Regeln, damit die Akteure das Marktergebnis nicht negativ beeinflussen können.²⁷ Dazu gehört es auch, den Markt so umzustrukturieren, dass er den Anforderungen und Bedürfnissen des Wettbewerbs auf den dem Netz vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen besser gerecht wird. Dies beinhaltet insbesondere eine weitreichende – möglichst eigentumsrechtliche – Entflechtung, durch die die Interessenslagen zwischen den auf Wettbewerbsmärkten tätigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den Netzbetreibern scharf abgegrenzt werden. Mithin vermindert dies auch die Möglichkeiten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, gesellschaftlich unerwünschte Interessen zu verfolgen. Ansonsten könnte eine Regulierungsinstitution mit Akteursbeteiligung einerseits dieser Anpassung der Marktstruktur im Wege stehen²⁸ und andererseits nicht oder nur bedingt als Substitut des Wettbewerbs funktionieren.

1.2 Aufbau der Arbeit

Zunächst wird im folgenden Kapitel „Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole zwischen Liberalisierung und Gemeinwohl“ kursorisch die Theorie des Marktversagens vorgestellt und im Anschluss daran die Eigenschaften der Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole dargelegt. Eine Diskussion, inwiefern Stromnetze bzw. deren Betrieb Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen, schließt dieses Kapitel ab. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass das Ziel, welches erreicht werden soll, eine möglichst effiziente Bereitstellung einer

²³ Der Ökonom *Gary S. Becker* prägte den Begriff des Wettbewerbs der Interessengruppen. Vgl. *Becker, G. S.*, A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence, in: QJE 1983, S. 371-400 sowie *Becker, G. S.*, Public Policies, Pressure Groups, and Dead Weight Costs, in: JPE 1985, S. 329-347 sowie ebenfalls zu diesem Thema: *White, M. W.*, Power Struggles: Explaining Deregulatory Reforms in Electricity Markets, in: Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics, 1996, S. 201-250.

²⁴ Vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 262.

²⁵ Vgl. *Hermes, G.*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 457.

²⁶ Vgl. *Klaue, S.*, Einige Bemerkungen zur Verbändevereinbarung über Durchleitungsentgelte für Strom, in: ZNER 1/98, S. 22-25.

²⁷ Vgl. *Brennan G./Buchanan, J. M.*, Die Begründung von Regeln, 1993, S. 198.

²⁸ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 87.

Leistung von bestimmter Qualität ist. Liberalisierung und Wettbewerb stellen dagegen lediglich Instrumente hierfür dar und sind ebensowenig Selbstzweck wie das Instrument der Regulierung, welches bei nicht möglichem Wettbewerb als Substitut eingesetzt werden kann – und mangels geeigneterer Mittel auch sollte. Bei dem natürlichen Monopol selbst kann auch durch eine noch so gute Regulierung – entgegen der gelegentlich im Schrifttum vertretenen Auffassung²⁹ – kein Wettbewerb initiiert werden. Im Gegenteil: Erst durch Regulierung kann Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Marktstufen induziert und nachhaltig gewährleistet werden.³⁰

Das 3. Kapitel widmet sich der Liberalisierung von Strommärkten und den bislang gewonnenen Erfahrungen angesichts des natürlichen Monopols bei den Netzen. Es beginnt mit einem Überblick über die Hintergründe der Liberalisierung von Märkten mit Netzmonopolen. Daraufhin werden die Erfahrungen mit der Strommarktliberalisierung in ausgewählten Ländern dargestellt. Hier werden mit England und Wales sowie Kalifornien zunächst Märkte beschrieben, für die bereits mehr Erfahrungen vorliegen; bei ersterem überwiegen die positiven Wirkungen, bei letzterem scheiterte die Liberalisierung im Winter 2000/2001. Der dritte und letzte Markt ist der österreichische, für den noch keine Erfahrungsfülle wie in den zwei anderen Märkten vorliegt. Dafür ist dort die Regulierungsbehörde vom Ansatz her ähnlich wie die hier später noch eingehend behandelte Regulierungsinstitution aufgebaut und besetzt. Den ausländischen Erfahrungen folgt ein Überblick über die Genese und Liberalisierung des deutschen Strommarkts.

Die weitere Untersuchung wird insoweit losgelöst von den tatsächlichen Bedingungen und Strukturen des Elektrizitätsmarktes in Deutschland durchgeführt, damit nicht von vornherein wegen sogenannter „Sachzwänge“ und „Besonderheiten“³¹ die möglicherweise wirksamsten Lösungen und Regulierungsinstrumente ausscheiden.³² Vielmehr steht die Frage im Vordergrund, wie die Struktur des Strommarktes anzupassen und die Regulierung des Netzes auszugestalten ist, damit das gewünschte Marktergebnis erreicht werden kann; manche „Besonderheiten“ werden sich als Relikte aus Zeiten der Gebietsmonopole erweisen. Hingegen sollen tatsächlich schwer oder nicht überwindbare technische, ökonomische und rechtliche Grenzen miteinbezogen werden.

Die Arbeit steht denn auch zunächst unter dem Primat, die Marktstruktur so auszugestalten, dass es von vornherein möglichst wenig regulierender Eingriffe bedarf, um das

²⁹ Vgl. z. B. *Schebstadt, A.*, Sektorspezifische Regulierung – Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung, in: *WuW* 2005, S. 12-14 m. w. N.

³⁰ Vgl. *Nagel, B./Scheele, U./Pollem, O.*, Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in der Europäischen Union, im Erscheinen, Abschnitt 4.2.

³¹ Hier wird beispielsweise die große Netzbetreiberanzahl angeführt. Vgl. statt vieler z. B.: *Meller, E.*, Energie: Ein ganz besonderer Markt, in: *WD* 2004, S. 683-686. Andere verweisen deutsche „Besonderheiten“ bei der Preisbildung – insbesondere für Tarifkunden – hin. Vgl. hierzu z. B. *Brinker, W.*, (De-)Regulierung der Energiewirtschaftsbranche, in: *ZfW* 2005, S. 84.

³² Vgl. *Eickhof, N.*, Zur Legitimation ordnungspolitischer Ausnahmeregelungen, in: *ORDO* 1993, S. 206, der solche „Besonderheiten“ als wenig tragfähige Grundlage zur Rechtfertigung von Regulierungen hält.

gewünschte Ergebnis zu erzielen; dem ist das 4. Kapitel „Neuordnung des Netzbetriebs im liberalisierten Strommarkt“ gewidmet. Neben den Aufgaben, die dem Netzbetreiber in einem liberalisierten Strommarkt weiterhin obliegen sollen, werden die verschiedenen Modelle diskutiert, anhand derer Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne eigenes Netz der Zugang zu den Absatzmärkten ermöglicht werden kann. Eine weitere wesentliche strukturelle Voraussetzung ist die Trennung des Netzbetriebs von anderen Marktstufen. Der Netzbetreiber soll die Infrastruktur vorhalten und betreiben, ohne selbst auf anderen Marktstufen tätig zu sein. Bei Elektrizitätsversorgungsunternehmen in öffentlichem Eigentum ist die Entflechtung relativ unproblematisch.³³ Da jedoch die Elektrizitätsversorgungsnetze in Deutschland teilweise nicht im öffentlichen Eigentum sind, ist insbesondere zu klären, wie tief die Entflechtung in bestehende Eigentumsstrukturen eingreifen darf.³⁴ Dabei ist das Eigentum am netzbetreibenden Unternehmen getrennt vom Eigentum am Netz selbst zu betrachten.³⁵ Wichtig ist, dass der *Netzbetreiber* weder selbst auf vor- und nachgelagerten Marktstufen eigene Interessen verfolgen kann, noch von dort tätigen Personen oder Unternehmen abhängig ist.

Die Anpassung der Marktstruktur beseitigt das natürliche Monopol nicht, sondern stellt lediglich die Basis für eine gute Regulierbarkeit dar, indem Transparenz geschaffen wird und Marktmachtmissbrauchspotentiale auf das bei Monopolen unvermeidbare Maß reduziert werden. Dies ist insbesondere von Belang, wenn eine Regulierungsinstitution mit Akteursbeteiligung eingeführt werden soll, da dieses Vorhaben ansonsten möglicherweise nicht oder nur bedingt funktioniert.³⁶ Deshalb wird zuvor im 5. Kapitel zunächst die Ausgestaltung der kontinuierlichen Regulierung des Netzmonopols durch eine Regulierungsinstitution behandelt. Hier liegt der Schwerpunkt auf der Art und dem Umfang der Aufgaben, die ihr übertragen werden sollen, insbesondere wie die ex-ante-Regulierung und die ex-post-Kontrolle auszuführen sind. Daneben werden Fragen der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Regulierungsinstitution und anderen nationalen und internationalen Wettbewerbsstellen und Fragen des weiteren Rechtswegs behandelt.

Das 6. Kapitel „Die Akteursinteressen und ihre Institutionalisierung“ ist schlussendlich der Institutionalisierung des Wettbewerbs der Interessengruppen gewidmet, die innerhalb eines Gremiums stattfinden soll, das die Regulierungsinstitution leiten soll. Dort wird – ausgehend von der positiven Theorie der Regulierung – diskutiert, in welcher Weise die relevanten Akteure in die Regulierungsinstitution eingebunden werden

³³ Vgl. Kruse, J., Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: Kruse/Stockmann/Vollmer (Hg.), Wettbewerb im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, 1997, S. 263.

³⁴ Vgl. Schwintowski, H.-P., Kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Energie- und Durchleitungsentgelte nach Wegfall der §§ 103, 103a GWB, in: ZNER 2/1998, S. 9-16.

³⁵ Vgl. hierzu z. B. Säcker, F. J./Jaacks, J., Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 997-1005, Papier, H.-J., Durchleitungen und Eigentum, in: BB 1997, S. 1213-1220 sowie Weizsäcker, C. C. v., Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 572-579.

³⁶ Vgl. Bonde, B., Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 87.

können, damit dies zu einer Verbesserung des Regulierungsergebnisses bei möglichst geringer schädlicher Einflussnahme führt. Hierfür sind zuerst die relevanten Akteure zu identifizieren und – mit dem Instrumentarium der Neuen Politischen Ökonomie – die Interessen sowie Interessenkonflikte und -kongruenzen zwischen den verschiedenen in Betracht kommenden Gruppen zu analysieren.³⁷ Auf dieser Basis soll geklärt werden, wie das Leitungsgremium der Regulierungsinstitution zusammengesetzt sein soll, wie dessen Mitglieder ermittelt werden, welche Befugnisse und Kompetenzen diesem Organ zustehen sollen und welche Abstimmungsverfahren angewendet werden sollen. Wegen der Beteiligung Privater an der Erfüllung staatlicher Aufgaben sind noch Fragen der demokratischen Legitimation zu behandeln.

Im Fazit werden in kurzer Form die Möglichkeiten und Grenzen des Interessenswettbewerbs einander gegenübergestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen.

³⁷ Diese Vorgehensweise erwies sich in dem Projekt „Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform“ zur Analyse des Zusammenspiels der Akteure in öffentlichen Unternehmen und der Auswirkungen auf die Mitbestimmung als sehr nützlich: Vgl. *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 155-164.

2 Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole zwischen Liberalisierung und Gemeinwohl

Elektrizitätsversorgungsnetze bedürfen bei der Liberalisierung des Strommarkts besonderer Aufmerksamkeit. Durch ihre Unteilbarkeit sind sie natürliche Monopole, die in Verbindung mit hohen versunkenen Investitionskosten ein Marktversagen auf vor- und nachgelagerten Märkten begünstigen. Das Netzmonopol muss in einem solchen Fall durch den Staat reguliert werden. Andernfalls könnte der Netzbetreiber seine Marktstellung durch überhöhte Preise, schlechte Versorgungsqualität oder Behinderung des Wettbewerbs auf vor- und nachgelagerten Märkten ausnutzen. Damit ein Elektrizitätsmarkt liberalisiert werden kann, müssen deshalb die Netze von den übrigen Aktivitäten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen getrennt und der Zugang für andere Unternehmen geöffnet werden.³⁸ Die Regulierung und Kontrolle wird sich hauptsächlich auf die Netze und ihre Betreiber konzentrieren.

Vor diesem Hintergrund wird nun die Theorie des Marktversagens bei natürlichen Monopolen kurz vorgestellt. Ihr schließt sich ein Überblick über die besonderen Eigenschaften von Elektrizitätsversorgungsnetzen als natürliche Monopole, die für die Regulierung von Belang sind, an. Das Kapitel schließt mit einer Betrachtung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Daseinsvorsorge) und untersucht, inwiefern die Vorhaltung und der Betrieb von Stromnetzen als ein solcher zu sehen ist.

2.1 Theorie des Marktversagens bei natürlichen Monopolen

Nach den Gründen, die zur Bildung natürlicher Monopole führen und deren Kennzeichen, werden kurz die Auswirkungen von Monopolen erläutert.

2.1.1 Monopolbildung auf Grund von Subadditivitäten

Decken mehrere Hersteller die Nachfrage nach einem bestimmten Gut ab, dann entsprechen auf vollkommenen Märkten die kumulierten Produktionskosten den gesellschaftlichen Gesamtkosten zur Deckung der Nachfrage. Kann jedoch ein einziger Anbieter die gesamte Nachfrage günstiger bedienen als mehrere zusammen, so spricht man von Subadditivität. Dieses Konzept deckt das der sinkenden Durchschnittskosten, das der economies of scale und das der economies of scope mit ab.³⁹

Economies of scale liegen per Definition vor, wenn durch einen proportionalen Mehreinsatz *aller* Produktionsfaktoren die erzeugte Menge überproportional steigt.⁴⁰ Einen solchen Fall kennzeichnen auch sinkende Durchschnittskosten. Sie entstehen, wenn bereits *ein* Produktionsfaktor eine überproportionale Outputsteigerung oder eine unter-

³⁸ Vgl. insbesondere Art. 10, 15, 20 u. 21 Rl. 2003/54/EG u. §§ 6-10, 20 u. 21 EnWG 2005.

³⁹ Vgl. Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 179.

⁴⁰ Vgl. Baumol, W. J., On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry, in: AER 1977, S. 809-822.

proportionale Steigerung der Produktionskosten verursacht. Sinkende Durchschnittskosten können aufgrund folgender Faktoren entstehen:⁴¹

- Es gibt Mindesteinsatzmengen bei den Produktionsfaktoren, z. B. ein hoher Fixkostenanteil oder eine Fixkostendegression.⁴²
- Der sogenannten Zwei-Drittel-Regel: Bei kapitalintensiven Anlagen und Produktionsverfahren verursacht eine Verdoppelung der Kapazität nur circa zwei Drittel der Kosten, die für die ursprüngliche Kapazität investiert werden mussten.⁴³
- Stochastische Größenvorteile: Je größer die Kapazität, umso besser lassen sich zufällige Ereignisse berechnen. Ihre Auswirkungen verteilen sich gleichmäßiger auf das Unternehmensergebnis. Ein Beispiel sind Lastspitzen in der Stromversorgung, die durch einzelne Stromkunden verursacht werden.⁴⁴
- Es gibt kleinste gemeinsame Vielfache: Hier können zur besseren Auslastung der Anlagen Losgrößen festgelegt werden, die diesen entsprechen. Je größer das kleinste gemeinsame Vielfache ist, umso weniger Unternehmen können die Nachfrage wirtschaftlich bedienen.
- Lern- oder Erfahrungskurveneffekte: Mit dem Ansteigen der bereits produzierten Menge steigt das Fertigungswissen, was die Stückkosten senkt.⁴⁵

Ob deswegen tatsächlich ein natürliches Monopol entsteht, hängt vom Verlauf der Nachfragefunktion und dem Ausmaß der Größenvorteile ab. So können Grenzen, ab denen die Durchschnittskosten wieder ansteigen, durch notwendige Kapazitätsausdehnungen oder zunehmende unternehmensinterne Transaktionskosten entstehen.

Eine Subadditivität kann hingegen noch in bestimmten Fällen steigender Durchschnittskosten vorliegen. Dann steigt der Verlauf der Durchschnittskostenfunktion in einem Bereich an und fällt danach wieder unter das Niveau, das sie vor dem Anstieg aufwies. Ein Beispiel hierfür sind „sprungfixe Kosten“: Von solchen spricht man, wenn z. B. eine Stromleitung voll ausgelastet ist und die darüber hinausgehende Nachfrage nur durch den Bau einer zweiten Leitung befriedigt werden kann. Bei geringer Auslastung liegen die Durchschnittskosten über jenen vor der Kapazitätsausweitung. Liegen sie hingegen bei voller Auslastung auf einem niedrigeren Niveau als vor dem Ausbau, so liegt eine Unteilbarkeit aufgrund von Subadditivität vor, nicht jedoch wegen sinkender Durchschnittskosten. Die Zahl der Anbieter reduziert sich infolge von Unteilbarkeiten dann auf einen, der Inhaber eines sogenannten natürlichen Monopols ist.

⁴¹ Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 179 f.

⁴² Vgl. *Müller, J./Vogelsang, I.*, Staatliche Regulierung, 1979, S. 37.

⁴³ Vgl. z. B. *Knieps, G./Pethig, R.*, Uncertainty, Capacity Costs and Potential Gains From Cooperation and Competition, *JITE* 1994, S. 331 f.

⁴⁴ Vgl. *Knieps, G./Pethig, R.*, Uncertainty, Capacity Costs and Potential Gains From Cooperation and Competition, *JITE* 1994, S. 332 sowie für die Elektrizitätsversorgung: *Müller, J./Stahl, K.*, Regulation of the Market for Electricity, in: *Gilbert/Kahn (Hg.)*, International Comparison of Electricity Regulation, 1995, S. 290.

⁴⁵ Vgl. *Henderson, B. D.*, Erfahrungskurve in der Unternehmensstrategie, 1984, S. 21.

Economies of scope stellen einen Sonderfall der Subadditivität dar.⁴⁶ Von economies of scope, Verbundvorteilen oder Synergieeffekten spricht man, wenn es günstiger ist, verschiedene Produkte in einem Unternehmen zu erzeugen als in getrennten Unternehmen.⁴⁷ Nicht alle Kombinationen des Güterbündels müssen Verbundvorteile mit sich bringen. In der Elektrizitätsversorgung können zwischen den verschiedenen Wertschöpfungsstufen⁴⁸ Verbundvorteile bestehen. So ist das Lastmanagement in einem integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen einfacher zu bewerkstelligen, da die Kraftwerksleistung – und damit die Einspeisungsmenge – mit geringerem Aufwand an die Entnahme angepasst werden kann.⁴⁹ Darauf beruhen zum Teil die Wettbewerbsvorteile, welche ehemalige Gebietsmonopolisten nach der Liberalisierung eines Strommarkts gegenüber neuen und potentiellen Konkurrenten haben.

2.1.2 Auswirkungen des Monopols

Aufgrund fallender Durchschnittskosten entstände in einem natürlichen Monopol seinem Inhaber ein Defizit, wenn er – analog zum funktionierenden Wettbewerb – nur die Grenzkosten⁵⁰ als Preis festsetzte. In einem uneingeschränkten Monopol bereitet dies seinem Inhaber kaum Sorgen: Er kann mit dem Cournotpreis⁵¹ oder über Preisdifferenzierungen große Teile der Konsumentenrente abschöpfen, womit nicht nur die Durchschnittskosten gedeckt, sondern auch Gewinne erzielt werden können.

Vom Cournotpreis oder Monopolpreis (P_C) spricht man, wenn der Preis so gesetzt wird, dass das Gewinnmaximum erreicht wird. Dieses liegt bei der Outputeinheit (X_C), bei welcher der Grenzerlös (GE) gleich den Grenzkosten (GK) ist. Bei darüber liegenden Produktionsmengen deckt der Grenzerlös die anfallenden Grenzkosten nicht. Die Grenzerlösfunktion schneidet in Punkt D die Grenzkostenfunktion früher als die Nachfragefunktion in Punkt E. Deshalb führt die Festsetzung des Cournotpreises zu einer geringeren Outputmenge als unter Wettbewerbsbedingungen; dort würde die Outputmenge bis zu dem Punkt, an dem der Preis gleich den Grenzkosten ist (X_{GK}), ausgedehnt werden. Durch die geringere Outputmenge ist die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt geringer (Statt der von den Punkten A, B, E eingeschlossenen Fläche nur jene zwischen A, B, D, C). Die Preise sind wegen der künstlichen Knappheit höher als zur Deckung der Durchschnittskosten notwendig. Zudem internalisiert der Produzent große Teile der Konsumentenrente (sie beträgt statt der Fläche A, P_{GK} , E nur die Fläche A, P_C , C).

⁴⁶ Vgl. *Knieps, G.*, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2001, S. 25.

⁴⁷ Vgl. *Panzar, J. C./Willig, R. D.*, Economies of Scope, in: AER 1981, S. 268 f.

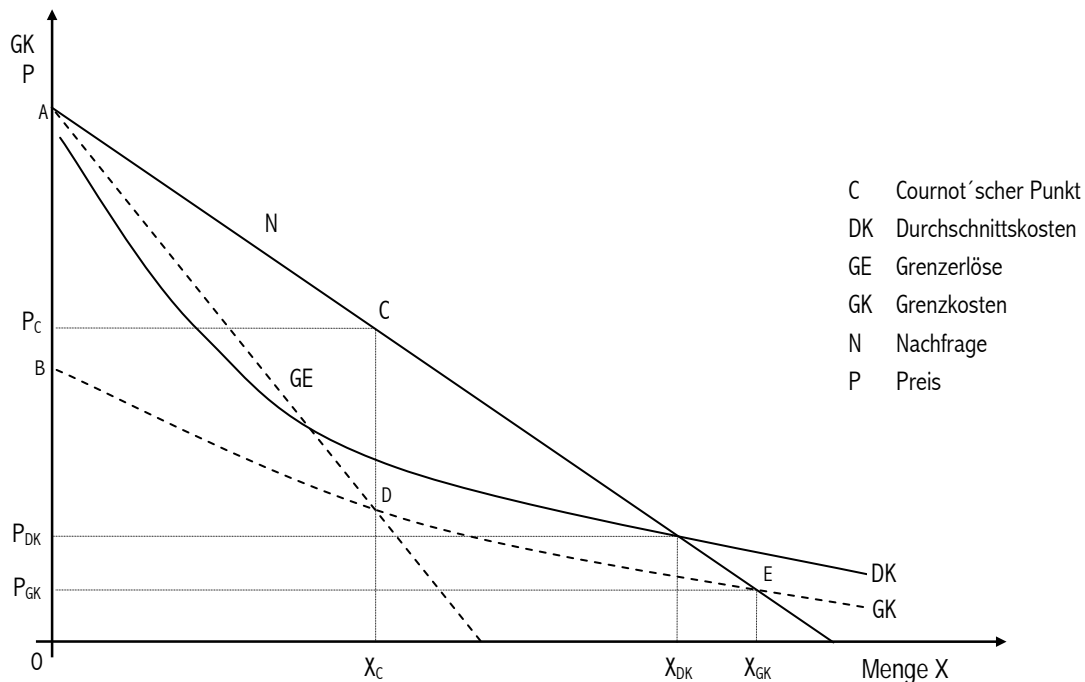
⁴⁸ Im Wesentlichen sind dies Erzeugung, Transport/Verteilung und Handel/Versorgung.

⁴⁹ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 19.

⁵⁰ Grenzkosten sind nur jene Kosten, die notwendig sind, um eine weitere Einheit eines Gutes zu produzieren.

⁵¹ Die Bezeichnung geht zurück auf: *Cournot; A.*, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, 1838.

Abbildung 1: Cournotpreisbildung im natürlichen Monopol



Quelle: Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J., Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 193.

Preisdifferenzierungen liegen vor, wenn der Monopolist sein Produkt trotz gleicher Herstellkosten zu unterschiedlichen Preisen verkauft. Drei Typen der Preisdifferenzierung werden unterschieden:

- Als Preisdifferenzierung ersten Grades bezeichnet man, wenn der Monopolist *exakt* die Zahlungsbereitschaft *jedes einzelnen* Kunden kennt und jedem genau diesen Preis abverlangt. Damit kann er die gesamte Konsumentenrente abschöpfen. Die angebotene Gütermenge entspricht dem gesamtgesellschaftlichen Optimum. Die Zahlungsbereitschaft *aller* Nachfrager lässt sich jedoch kaum oder nur sehr schwer ermitteln.
- Dieses Problem kann mit der Preisdifferenzierung zweiten Grades umgangen werden. Hier wird der Preis nach Abnahmemenge gestaffelt. Wer mehr abnimmt, zahlt weniger als jemand, der nur wenig abnimmt. Der Monopolist bietet hier ebenfalls die gesamtwirtschaftlich optimale Gütermenge an und schöpft die Konsumentenrente voll ab.
- Bei der Preisdifferenzierung dritten Grades werden die Nachfrager nach der Preiselastizität ihrer Nachfrage in Gruppen eingeteilt. Der Monopolist stimmt für jede Gruppe den Cournotpreis auf deren Nachfragefunktion ab und maximiert so seinen Gewinn. Hier werden weniger Güter angeboten als bei der Preisdifferenzierung ersten und zweiten Grades, jedoch mehr als bei nur einem Cournotpreis.

Bei funktionierendem Wettbewerb teilen sich Produzent und Konsument den gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsgewinn (Rente). Bei Monopolen hingegen schöpft deren

Inhaber die Rente ganz oder zu großen Teilen ab. Er kann sie nutzen, um in andere Märkte einzudringen⁵² und seine Marktstellung auszubauen; Monopolpreise führen zu einer anderen Verteilung.

Die ineffiziente Verwendung von Produktionsfaktoren ist eine weitere negative Folge eines Monopols. Bietet ein Monopolist eine geringere als die gesamtwirtschaftlich optimale Gütermenge an, so benötigt er weniger Produktionsfaktoren. Die Nachfrage nach ihnen ist dann ebenfalls suboptimal. Außerdem besteht für einen Monopolisten keine zwingende Notwendigkeit, seine Produktionsfaktoren effizient zu nutzen.⁵³ Dieses Phänomen tritt meist bei Monopolisten im Eigentum der öffentlichen Hand oder von Non-Profit-Organisationen auf: Statt Gewinnen werden Kosten verursacht, die nicht für die Leistungserstellung erforderlich sind. Deshalb lässt sich allein durch die Wahl der Eigentumsordnung oder der Rechtsform eines natürlichen Monopols das Monopolproblem nicht lösen, sondern allenfalls abmildern; eine Regulierung und gegebenenfalls eine Regulierungsinstitution werden nicht zwingend obsolet.

Ohne Wettbewerbsdruck fallen auch die dynamischen Wohlfahrtseffekte wesentlich schwächer aus: Es gibt für den Monopolisten kaum Gründe für Innovationen und Anpassungen an sich ändernde Rahmenbedingungen. Dennoch können von der Monopolstellung Innovationsanreize ausgehen: Wegen des Monopols stehen größere Ressourcen zur Verfügung, die Innovationsgewinne sind gesichert und fallen höher aus. Dieses geschützte Klima begünstigt fehlgeleitete Innovationstätigkeit, zum Beispiel sogenanntes „happy engineering“, bei dem die Entwicklungstätigkeit statt am ökonomisch Sinnvollen und Notwendigen bedingungslos am technisch Möglichen ausgerichtet wird. Der Monopolist kann Forschung und Entwicklung überdies auf Gebiete beschränken, die seine Marktstellung nicht gefährden oder gar festigen. Unerwünschte Technologien können behindert oder somit gar unterbunden werden.⁵⁴

Potentieller Wettbewerb kann die Macht des Monopolisten beschneiden. Die Märkte oder Monopole sind dann bestreitbar.⁵⁵ Je stärker die Gefahr des Verlustes der Monopolstellung ist, umso weniger kann diese ausgenutzt werden, ohne ihren Verlust durch den Eintritt eines Konkurrenten fürchten zu müssen. Die Bestreitbarkeit hängt von folgenden Kriterien ab:

⁵² Ein Verhalten, das beim französischen Staatskonzern EDF zu beobachten ist: Er kauft sich mit den Gewinnen aus seinem weitgehend vor Wettbewerb geschützten Heimatmarkt in Elektrizitätsversorgungsunternehmen anderer Staaten ein. Damit kann er deren Reziprozitätsklauseln umgehen und dort Strom an Endkunden liefern, ohne dass der Heimatmarkt in gleichem Maße geöffnet werden müsste.

⁵³ Vgl. hierzu grundlegend: *Averch, H./Johnson, L. L.*, Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint, in: AER 1962, S. 1052-1062.

⁵⁴ Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen sollen aus diesem Grund jahrzehntelang Entwicklungen im Bereich der Großtechnologie gefördert haben. Technologien, die eine dezentrale Versorgung mit kleinen Einheiten ermöglichen, wurden derweil vernachlässigt und behindert. Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 198 f.

⁵⁵ Vgl. *Weitzman, M. L.*, Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: AER 1983, Vol. 73, S. 486 f.

- der Einfachheit des Zugangs potentieller Konkurrenten zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten;
- dem Vorhandensein und dem Umfang von Wissens- und Technologievorsprüngen bei dem Monopolisten;
- der Existenz und der Höhe versunkener Kosten und deren Anteil an den gesamten Produktionskosten; je höher sie sind umso mehr nimmt die Bestreitbarkeit des Marktes ab;
- der Reaktionsgeschwindigkeit des Monopolisten auf Markteintritte anderer Unternehmen.

Natürliche Monopole sind in der Regel kaum bestreitbar.⁵⁶ Die Konsumenten können (falls vorhanden) allenfalls auf verwandte Märkte ausweichen und so den Monopolisten disziplinieren – indem sie zum Beispiel anstatt mit Gas mit Öl heizen.

2.2 Elektrizitätsversorgungsnetze als natürliche Monopole

Die Struktur und das Funktionieren des Marktes hängen zu großen Teilen von den Eigenschaften des Gutes oder der Leistung ab, die die Ausgestaltungsmöglichkeiten von Regelungen und Verträgen determinieren.⁵⁷

Stromnetze stehen weder in ihrer Anzahl noch in ihrer Kapazität unbegrenzt zur Verfügung. Zudem besteht die Möglichkeit, von ihrer Nutzung ausgeschlossen zu werden. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich hier um ein marktfähiges privates Gut.⁵⁸ Deshalb kann ein Marktversagen wegen der Problematik öffentlicher Güter ausgeschlossen und nicht als Begründung für staatliche Eingriffe in den Netzbetrieb herangezogen werden.

Elektrizität kann weder in größerem Umfang gelagert noch in körperlicher Form transportiert werden. Sie muss deswegen nach Bedarf erzeugt und über Leitungen zu den daran angeschlossenen Endabnehmern transportiert werden.⁵⁹ Aufgrund dieser Spezifika kann das Elektrizitätsversorgungsnetz nicht durch andere Transportmittel substituiert werden.⁶⁰

Damit alle Endabnehmer auf Dauer gleichmäßig und zuverlässig versorgt werden können, muss die Leitungskapazität nach der zu erwartenden Spitzenlast ausgelegt werden.⁶¹ Mit der Vernetzung von Leitungen lassen sich die Lastspitzen glätten und

⁵⁶ Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 204 f.

⁵⁷ Vgl. *Blankart, C. B.*, Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet, in: *ZfW* 2002, S. 32.

⁵⁸ Vgl. *Weise, P. et al.*, Neue Mikroökonomie, 2002, S. 542 und für Stromnetze *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 56 f.

⁵⁹ Vgl. z. B. *Joskow, P. L.*, Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: *Latin American Journal of Economics* 2003, S. 551.

⁶⁰ Vgl. *Säcker, F. J.*, Freiheit durch Wettbewerb. Wettbewerb durch Regulierung, in: *ZNER* 2004, S. 98.

⁶¹ Vgl. *Müller, L.*, Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, 2001, S. 26.

die vorgehaltenen Leitungskapazitäten besser auslasten.⁶² Je größer die Vernetzung ist, umso geringer ist der Fixkostenanteil je Verrechnungseinheit.⁶³ Er ist am geringsten, wenn es in einem bestimmten Gebiet nur ein Netz gibt; bei unveränderter Gesamtabnahme verursachen Parallelnetze höhere Kosten, ohne dass die Erlöse gleichermaßen ansteigen. Dies führt im Umkehrschluss zu steigenden Skalenerträgen, die zu einer Unteilbarkeit des Netzes führen und ein nicht angreifbares natürliches Monopol⁶⁴ begründen, das ein Marktversagen in der Elektrizitätsversorgung nach sich ziehen kann.⁶⁵ Selbst wenn der Bau von Parallelnetzen sich lohnen würde, wären insbesondere die Genehmigungen für Hochspannungsleitungen – wenn überhaupt durchsetzbar – kaum in einem vertretbaren Zeitraum zu erwarten.⁶⁶

Ein solches (natürliches) Netzmonopol ist überdies schwer angreifbar: Für den Fall, dass ein anderes Unternehmen ein weiteres Netz errichten möchte, besitzt der bisherige Netzmonopolist ein großes Drohpotential gegenüber dem Marktpeten auf Grund hoher versunkener Kosten. Der Bau der Leitungen und der dazugehörigen Anlagen ist kostenintensiv und amortisiert sich nur über lange Zeiträume. Die Abschreibungen der Netzinfrastruktur stellen – je nach Auslastung des Netzes – ca. 60-80 % der Netzbewirtschaftungskosten dar.⁶⁷ Der Eigentümer des Netzes kann die versunkenen Kosten für die Verteidigung seiner Marktstellung unberücksichtigt lassen – das Geld hierfür ist bereits ausgegeben – und so die eigentlich günstigere Konkurrenz unterbieten. Hingegen muss sein potentieller Konkurrent diese Kosten *vor* dem Markteintritt in sein Kalkül aufnehmen.⁶⁸ In Anbetracht dessen ist der Aufbau eines Parallelnetzes höchstwahrscheinlich zum Scheitern verurteilt. Der Netzbetreiber bleibt dann Monopolist und ist damit in der Lage, in seinem Netzgebiet die Nutzung des Netzes und die dort vor- und nachgelagerten Märkte für elektrischen Strom zu kontrollieren.⁶⁹

⁶² Vgl. Vogl, R. J./Gössl, M. M./Feldmeier G. M., Die Elektrizitätswirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1996, S. 62-65.

⁶³ Als Verrechnungseinheiten werden z. B. die abgegebene elektrische Arbeit (in kWh) oder die elektrische Leistung in kW) verwendet.

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 68, Tz. 238.

⁶⁵ Vgl. Weizsäcker, C. C. v., Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 572-574.

⁶⁶ Vgl. Godesar, R., Deutsche Energiestrukturen der Zukunft – Sichtweise eines Newcomers, in: ET 2001, S. 554; Hermes, G., Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 344 f. sowie schon Mayer, O., Eisenbahn und Wegerecht, in: AöR 1901, S. 380-387.

⁶⁷ Vgl. Vogl, R. J./Gössl, M. M./Feldmeier G. M., Die Elektrizitätswirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1996, S. 62-65.

⁶⁸ Vgl. Klimisch, A./Lange, M., Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, in: WuW 1998, S. 17 f. sowie Haucap, J./Kruse, J., Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: WuW 2004, S. 266 f.

⁶⁹ Vgl. Eickhof, N./Kreikenbaum, D., Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: WuW 1998, S. 672.

2.3 Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse und Elektrizitätsversorgungsnetze

Stromnetze stellen das Rückgrat der Stromversorgung dar. Durch ihre Eigenschaft als natürliche Monopole und dem daraus resultierenden Marktversagen gewinnt die Regulierung des Stromnetzbetriebs auch eine erhebliche Bedeutung für die Gewährleistung des Zugangs zur Stromversorgung als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Trotz heftiger Diskussion bleibt dieser Begriff und mehr noch der in Deutschland gebräuchliche Begriff der Daseinsvorsorge meist diffus. Gelegentlich wird sie mit dem Hinweis garniert, es könne nicht genau gesagt werden, was aus welchem Grund hinzuzuzählen sei und was nicht.

Zunächst wird der Frage, was „Daseinsvorsorge“ ist, nachgegangen. Das Augenmerk gilt hierbei der – für Stromnetze relevanten – Abgrenzung zwischen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung als Mittel zur Sicherung der Daseinsvorsorge. Es folgt eine Betrachtung der Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts. Ein Überblick über die Rolle von Elektrizitätsversorgungsnetzen bei der Daseinsvorsorge schließt diesen Abschnitt ab.

2.3.1 Ausgangspunkt: Daseinsvorsorge

In Deutschland wurde der Begriff Daseinsvorsorge 1938 durch den Verwaltungsrechtler *Ernst Forsthoff* geprägt. Er verstand darunter Leistungen und die Bereitstellung von Einrichtungen, „...auf welche das Volk lebenswichtig angewiesen ist.“⁷⁰ Hierunter subsumierte er neben der Versorgungswirtschaft unter anderem auch Einrichtungen wie Sportanlagen oder Badeanstalten. In einem späteren Werk definierte er den Begriff der Daseinsvorsorge folgendermaßen:

„Alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge.“⁷¹

Dieses Verständnis der Daseinsvorsorge war von den 30er Jahren bis zum Beginn der Liberalisierungen in den 90er Jahren eine Grundlage der staatlichen Wirtschaftstätigkeit. Ihm entsprach beispielsweise das Energiewirtschaftsgesetz von 1935, das bis zur Liberalisierung des Strommarktes im Jahr 1998 in seinen Grundzügen kaum verändert wurde.

Bereits in seiner Schrift von 1938 sieht *Forsthoff* den Staat als Leistungsverantwortlichen, unabhängig davon, ob dieser die Leistungen der Daseinsvorsorge selbst erbringt oder durch Private erbringen lässt. Schon damals schloss er nicht aus, dass manche Leistungen der Daseinsvorsorge in Folge zukünftiger Entwicklungen von privaten Unternehmen erbracht werden könnten.⁷² Dennoch könne sich der Staat keinesfalls voll-

⁷⁰ *Forsthoff, E.*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 50.

⁷¹ *Forsthoff, E.*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 1973, S. 370.

⁷² Vgl. zum Wandel der öffentlichen Interessen *Diekmann, J./Ziesing, H.-J./Leprich, U.*, Anreizregulierung für Beschäftigung und Netzinvestitionen, 2006, S. 26 m. w. N.

ständig aus der Daseinsvorsorge zurückziehen.⁷³ Mit der Öffnung und Deregulierung ehemals staatlich dominierter Märkte und den damit einhergehenden Privatisierungen seit dem Ende der 80er Jahre traten diese „zukünftigen Entwicklungen“ ein.⁷⁴ Der von der Europäischen Union vorangetriebene Prozess erweckte die Diskussion um die Daseinsvorsorge aus ihrem jahrzehntelangen „Dornröschenschlaf“. Sie befasst sich nun verstärkt mit dem Verhältnis der ehemals durch mitgliedstaatliches Recht geschützten Wirtschaftsbereiche staatlicher Unternehmen zum europäischen Wettbewerbsrecht. Auf diese häufig vertretene Sichtweise weist besonders deutlich *Mestmäcker* hin:

„Die Sachverhalte, bei denen mit Kollisionen zwischen dem Gemeinschaftsrecht und Teilnahme der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr zu rechnen ist, werden im deutschen Schrifttum als Daseinsvorsorge gekennzeichnet.“⁷⁵

Diese Definition greift allerdings etwas kurz und trägt wenig zur Klärung des Begriffs selbst bei. Dies vermag schon eher die (ökonomische) Definition von *Blankart*. Daseinsvorsorge umfasst hiernach

„...Leistungen des oft *preisunelastischen Grundbedarfs*, die ein Mensch zur unmittelbaren Organisation des Lebens benötigt.“⁷⁶

Dazu zählen Güter, bei denen sich durch Veränderungen des Preises oder der angebotenen Menge die Nachfrage nicht oder nur geringfügig verändert. Dies können beispielsweise Grundnahrungsmittel sein,⁷⁷ aber auch die Verfügbarkeit von Energie.⁷⁸ Für sich allein rechtfertigt die unelastische Nachfrage noch keine besonderen Eingriffe des Staates in den Markt. Um bei dem Beispiel der Grundnahrungsmittel zu bleiben: Die Märkte dafür sind durch Wettbewerb geprägt; für den Staat besteht kaum eine Notwendigkeit, über die Regelung der Rahmenbedingungen (z. B. Lebensmittelrecht, allgemeines Wettbewerbsrecht etc.) hinaus tätig zu werden.⁷⁹ Anders die Situation bei den Stromnetzen: Gäbe es keine Regulierungen, könnte der Netzbetreiber mangels Konkurrenz seine Monopolstellung zu Lasten der anderen Marktteilnehmer missbrauchen.⁸⁰ Der Marktmechanismus funktioniert hier nicht mehr. Bei einem Versagen des Marktes sind weitergehende staatliche Eingriffe in die Marktordnung gerechtfertigt und notwendig, um die Daseinsvorsorge zu gewährleisten.

⁷³ Vgl. *Forsthoff, E.*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 49.

⁷⁴ Vgl. z. B. *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 345-349, der insbesondere technische Entwicklungen anführt, die eine Veränderung von Art und Intensität des staatlichen Handelns

⁷⁵ *Mestmäcker, E.-J.* Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: *Ruland/Maydell/Papier (Hg.)*, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates, 1998, S. 641 m. w. N.

⁷⁶ *Blankart, C. B.*, Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet, in: *ZfW* 2002, S. 29, Hervorhebung im Original.

⁷⁷ Vgl. *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 341.

⁷⁸ Vgl. z. B. *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 24.

⁷⁹ Vgl. *Säcker, F. J.*, Freiheit durch Wettbewerb. Wettbewerb durch Regulierung, in: *ZNER* 2004, S. 98-113.

⁸⁰ Vgl. *Joskow, P. L.*, Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: *Latin American Journal of Economics* 2003, S. 551 sowie *Newbery, D. M.*, Privatising Network Industries, 2003, S. 20.

Das Kriterium „unelastische Nachfrage“ erfasst – bezogen auf reale Märkte – keinesfalls alle Fälle der Daseinsvorsorge: Durch Informationsmängel, nicht rationalem Verhalten auf Seiten der Nachfrager oder externe Effekte kann die Nachfragefunktion elastischer sein, als sie bei vollständiger oder hinreichend vollständiger Information wäre. Deshalb kann hier ebenfalls der Markt versagen und staatliches Handeln erforderlich sein. Für die Beurteilung, ob seitens des Staates in den Markt eingegriffen werden soll, ist deshalb die Elastizität ausschlaggebend, die ohne diese Mängel zu beobachten wäre. Die staatlichen Aktivitäten können in solchen Fällen als Meritorik bezeichnet werden. Ein Beispiel für ein meritorisches Gut ist Bildung: Es ist für das Individuum ex ante nicht abschätzbar, welchen konkreten Nutzen es aus einer bestimmten Bildungsmaßnahme später ziehen wird. Dies wird umso schwieriger, je länger die „Amortisationszeit“ ist; selbst im Nachhinein wird der Nutzen einer Bildungsmaßnahme nicht vollständig ermittelt werden können.⁸¹

Staatliche Eingriffe in den Markt zur Gewährleistung von Daseinsvorsorge können auch mit der Schaffung einer gleichmäßigeren oder „gerechteren“ Verteilung, als sie durch den Markt zustande käme, gerechtfertigt werden. Das widerspricht nicht zwingend dem ökonomischen Markt- oder Wettbewerbsmodell, sondern entspricht dem um die Kompensation zwischen „Gewinnern“ und „Verlierern“ erweiterten Kaldor-Hicks-Kriterium.⁸² Als Beispiel sei hier auf eine Marktstruktur auf der Anbieterseite verwiesen, die einen auch nur annähernd funktionierenden Wettbewerb nicht zulässt, so dass die daraus resultierende Verteilung jener bei optimaler Allokation unter Modellbedingungen bei weitem nicht entspricht. Wegen der restriktiven Annahmen und Voraussetzungen dieses Modells ist denkbar, dass ein – mit Bedacht – regulierter Markt realiter zu einer Verteilung führt, die näher am theoretischen Optimum liegt, als jene in einem unregulierten Markt.

Wann der Staat in den Markt eingreift, ist mitnichten – wie gelegentlich postuliert wird⁸³ – eine rein politische Entscheidung. Gleiches gilt für das Niveau, auf dem die Leistungen der Daseinsvorsorge angeboten werden: Spätestens, wenn es so hoch ist, dass in der politischen Diskussion die Frage nach der Finanzierbarkeit in den Vordergrund rückt, wird eine ökonomische Abwägung unumgänglich.⁸⁴ Selbst unterhalb dieser Schwelle spielen ökonomisch erklärbare Kalküle, wie beispielsweise die der Wählerstimmenmaximierung, eine Rolle.

⁸¹ Diese Eigenschaften kennzeichnen sog. Vertrauensgüter; vgl. *Weise, P. et al.*, Neue Mikroökonomie, 2002, S. 219 sowie speziell für Bildung: *Nagel, B./Jaich, R.*, Bildungsfinanzierung in Deutschland, 2004, S. 18-20.

⁸² Vgl. *Scharpf, F.W.*, Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: *Héritier (Hg.)*, Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 1993, S. 61.

⁸³ Vgl. *Knauff, M.*, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, in: VR 2004, S. 296.

⁸⁴ So ansatzweise bei *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 350.

Noch eine Anmerkung zum Schluss: Selbst die Schaffung eines soliden Rechtsrahmens als Basis für einen funktionierenden Wettbewerb ist als Daseinsvorsorge anzusehen.⁸⁵

2.3.2 Von der Daseinsvorsorge zur Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse

Die Europäische Union trug, wie oben bereits erwähnt, einen großen Teil zur Wiederbelebung der Diskussion um die Daseinsvorsorge bei. Deshalb soll hier der im europäischen Sprachgebrauch weiter ausdifferenzierte Begriff der „Leistungen der Daseinsvorsorge“ und seine Bedeutung im EG-Recht kurz dargestellt werden.

Bis zum Vertrag von Amsterdam bildete Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 90 Abs. 2 EGV a. F.) die Rechtsgrundlage, mit der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse von den Regelungen des EG-Vertrags ausgenommen werden konnten, sofern die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung dieser Aufgaben verhindert. Er lautet:

„Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

Normadressaten sind gemäß Art. 86 Abs. 1 EG die Mitgliedstaaten der EG. Der jeweilige Mitgliedstaat muss nachweisen, dass die Voraussetzungen einer Privilegierung nach Art. 86 Abs. 2 EG erfüllt sind. Er muss ausführlich begründen, weshalb eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erfüllt werden kann. Ob andere Maßnahmen zu demselben Ergebnis führen können, muss er indes nicht nachweisen; dies obliegt im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission.⁸⁶

Damit die Sonderregelung des Art. 86 Abs. 2 EG greift, muss ein Unternehmen von einem Mitgliedstaat mit der Leistung von Diensten von allgemeinem öffentlichen Interesse per hoheitlichen Akt⁸⁷ oder durch Vergabe einer öffentlich-rechtlichen Konzession⁸⁸ betraut werden.⁸⁹ Die bloße Verankerung in der Satzung eines Unternehmens genügt nicht.⁹⁰ Ob es sich hierbei um ein öffentliches oder privates Unternehmen handelt,

⁸⁵ Vgl. Schwintowski, H.-P., Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, in: ZöGU 2003, S. 306 sowie *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 341.

⁸⁶ Vgl. *EuGH*, U. v. 23. 10. 1997, Rs. C-159/94, *EuGH-Slg.* I 1997, S. 5815, 5845, Rn. 101 f. – Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität.

⁸⁷ Vgl. *EuGH*, U. v. 27. 3. 1974, Rs. 127/73, *EuGH-Slg.* 1974, S. 313, 318, Rn. 20 – BRT sowie *EuGH*, U. v. 11. 4. 1989, Rs. 66/86, *EuGH-Slg.* 1989, S. 803,853, Rn. 55 – Ahmed Saeed.

⁸⁸ *EuGH*, U. v. 27. 4. 1994, Rs. C-393/92, *EuGH-Slg.* I 1994, S. 1477, 1520 f, Rn. 47 – Almelo.

⁸⁹ Vgl. *Wachinger, L.*, Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen und Europäisches Wettbewerbsrecht, in: ZöGU 2004, S. 63-65.

⁹⁰ Vgl. *Nagel, B.*, Gemeindeordnung als Hürde? 1999, S. 40.

ist unerheblich.⁹¹ Der Mitgliedstaat muss jedoch das Verhalten des betrauten Unternehmens wesentlich beeinflussen können.⁹² Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, welche Leistungen für sie von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind, von welcher Qualität sie sein sollen und welche Unternehmen sie damit betrauen.⁹³ Hier entstehen die Kollisionen zwischen den Interessen der Europäischen Kommission als „Hüterin der Verträge“ und der Mitgliedstaaten: Für letztere besteht die Möglichkeit, einzelne Wirtschaftsbereiche oder Unternehmen von der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auszunehmen, wohingegen die Europäische Kommission einen möglichst unverzerrten Wettbewerb anstrebt.⁹⁴ Im Lauf der Jahre wurden durch den EuGH die Grenzen des Art. 86 Abs. 2 EG abgesteckt.⁹⁵

Insbesondere von den Bestimmungen des EG-Wettbewerbsrechts können Unternehmen befreit werden, welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringen. Die Europäische Kommission differenziert hier zwischen „Leistungen der Daseinsvorsorge“ beziehungsweise „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“⁹⁶ als Oberkategorie und „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ als Unterbegriff. Bei ersteren handelt es sich um

„...marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.“⁹⁷

Nichtmarktbezogene Tätigkeiten, das sind beispielsweise hoheitliche Aufgaben wie die Landesverteidigung, unterfallen nicht den Bestimmungen des Europäischen Wettbewerbsrechts.⁹⁸ Gleiches gilt für rein innerstaatliche Sachverhalte. Dem Europäischen Recht unterfallen hingegen die marktbezogenen Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Die Europäische Kommission versteht darunter:

„...marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlver-

⁹¹ Vgl. *Frenz, W.*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: EuR 2000, S. 904.

⁹² Vgl. *EuGH*, U. v. 6. 7. 1982, Rs. 188-190/80, EuGH-Slg. 1982, S. 2545, 2575, Rz 12 – Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission.

⁹³ Vgl. *Krajewski, M.*, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, in: DÖV 2005, S. 666 f. mit Beispielen.

⁹⁴ Hierzu und zur Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EG vgl. *Badura, P.*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge, in: *Schwarze, J. (Hg.)*, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 28-32 sowie *Mestmäcker, E.-J.*, Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, in: *Ruland/Maydell/Papier (Hg.)*, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates, 1998, S. 635-651.

⁹⁵ Vgl. *Ysendyck, A. v./Zühlke, S.*, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, in: EWS 2004, S. 16 f m. w. N.

⁹⁶ *Europäische Kommission (Hg.)*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., 2003, S. 7 f., Rn. 16.

⁹⁷ *Europäische Kommission (Hg.)*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 580/2000 endg., 2000, S. 42.

⁹⁸ Vgl. *Ysendyck, A. v./Zühlke, S.*, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, in: EWS 2004, S. 17 m. w. N.

pflichtungen verbunden werden. Gemeint sind insbesondere Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleistungen.“⁹⁹

Kann wegen der Anwendung des EG-Vertrags ein Unternehmen diese ihm von einem Mitgliedstaat übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich nicht erfüllen, so kann es gemäß Art. 86 Abs. 2 EG von der Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts ausgenommen werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss deswegen nicht die Existenz des Unternehmens bedroht sein. Es genügt, wenn das Unternehmen nicht in der Lage wäre, die ihm übertragenen Aufgaben „unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen“¹⁰⁰ zu erfüllen. Umgekehrt kann eine Privilegierung nichtig sein, wenn das betraute Unternehmen trotz des Privilegs den Markt nicht bedient oder es nicht kann, obwohl die wirtschaftlichen Bedingungen tragbar wären, wie zum Beispiel im Fall Höfner:¹⁰¹ Die Bundesanstalt für Arbeit¹⁰² verfügte seinerzeit über ein staatliches Monopol für die Vermittlung von Führungskräften. Der EuGH untersagte eine auf Art. 86 Abs. 2 EG gestützte Ausnahme der Bundesanstalt für Arbeit von den Bestimmungen des EG-Vertrags, weil sie in diesem Segment nur einen Marktanteil von rund 15 % hielt. Angesichts des geringen Marktanteils könne nicht von einem öffentlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG ausgegangen werden. Deshalb sei eine Ausnahme vom Wettbewerbsrecht nicht gerechtfertigt. Der EuGH ging demnach davon aus, dass ohne diese Einschränkungen ein funktionierender Wettbewerb diesen Markt kennzeichnen würde. Er wertete deshalb diese Privilegierung der Bundesanstalt für Arbeit zudem als Verstoß gegen Art. 82 EG, da eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich geschützt und ausgenutzt worden sei.¹⁰³ Auf Art. 86 Abs. 2 EG gestützte Einschränkungen für die Anwendung des EG-Vertrags gelten mithin nur, sofern sie die Voraussetzung zur Erfüllung einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bilden.

Durch eine Privilegierung nach Art. 86 Abs. 2 EG darf des Weiteren der Handelsverkehr innerhalb der Gemeinschaft nicht in einem Maß behindert werden, das den Interessen der Europäischen Gemeinschaft entgegensteht.¹⁰⁴ Als Gemeinschaftsinteressen sind die Grundsätze im ersten Teil des EG-Vertrags zu werten.¹⁰⁵ Darunter fällt unter anderem der durch den Amsterdamer Vertrag neu in den EG-Vertrag eingefügte Art. 16:

„Unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwerts, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die

⁹⁹ *Europäische Kommission (Hg.)*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 580/2000 endg., 2000, S. 42; ähnlich auch in: *Europäische Kommission (Hg.)*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., S. 8, Rn. 17.

¹⁰⁰ *EuGH*, U. v. 19. 5. 1993, Rs. C-320/91, *EuGH-Slg. I* 1993, S. 2533, 2568 f., Rn. 14-16 – Corbeau.

¹⁰¹ *EuGH*, U. v. 22. 4. 1991, Rs. C-41/90, *EuGH-Slg. I* 1991, S. 1979-2022 – Höfner.

¹⁰² Heute Bundesagentur für Arbeit.

¹⁰³ Vgl. *EuGH*, U. v. 22. 4. 1991, Rs. C-41/90, *EuGH-Slg. I* 1991, S. 1979, 2017 f., Rn. 25-31 – Höfner.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG.

¹⁰⁵ Vgl. *Pernice, I./Wernicke, S.*, Art. 86, in: *Grabitz/Hilf (Hg.)*, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattausgabe, Rn. 60.

Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrags dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“

Im Zweifel ist zwischen den verschiedenen Gemeinschaftsinteressen und -zielen abzuwägen – hier: die Schaffung von Wettbewerb und eines gemeinsamen Binnenmarktes einerseits, mit dem Ziel der Gewährleistung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse andererseits.

Darüber, ob Art. 16 EG in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 EG eng oder weit auszulegen ist, differieren die Meinungen im Schrifttum.¹⁰⁶ Die Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse wurde durch ihre Verankerung in den Grundsätzen der Europäischen Gemeinschaft mittels Art. 16 EG aufgewertet: Die Grundsätze dienen nicht nur zu der bereits angeführten Ermittlung des Gemeinschaftsinteresses, sondern die Europäische Union hat sie auch bei der Erfüllung ihrer in Art. 3 EG festgelegten Aufgaben zu beachten. Für die Mitgliedstaaten – obgleich zum Kreis der Normadressaten zählend – vergrößert Art. 16 EG den Spielraum des Art. 86 Abs. 2 EG dennoch nicht, da er „unbeschadet der Art. 37, 86 und 87 [EG]...“ gilt. Das bedeutet jedoch keinesfalls, dass Art. 16 EG von rein programmatischer Natur ist.¹⁰⁷ Diese Auffassung unterstützt die 13. Erklärung für die Schlussakte der Amsterdamer¹⁰⁸ Konferenz:

„Der die öffentlichen Dienste betreffende Artikel 7 d¹⁰⁹ des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft wird unter der uneingeschränkten Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs u. a. in bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit solcher Dienste, umgesetzt.“

Denn anders als in Art. 86 Abs. 2 EG ist die Europäische Gemeinschaft selbst ebenfalls Normadressat des Art. 16 EG. Das eröffnet ihr einen größeren Spielraum – aber auch eine größere Verpflichtung – zur Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Sie kann nun selbst die Initiative zur Bereitstellung und Sicherung von Dienstleistungen des öffentlichen Interesses ergreifen. Hierbei ist nach der 13. Erklärung für die Schlussakte der Amsterdamer Konferenz die Rechtsprechung des EuGH uneingeschränkt zu beachten. Dies kann durchaus von Vorteil sein: Damit werden Kontinuität und Rechtssicherheit gewahrt oder – aus ökonomischer Perspektive gesehen – die Transaktionskosten niedrig gehalten. Darüber hinaus könnte der EG eine Verantwortung für die Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erwachsen, wenn sie einem Mitgliedstaat die Privilegierung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse versagt. Steht infolgedessen diese Dienstleistung nicht in dem vom Mitgliedstaat erwünschten Umfang den Bürgern zur Verfügung, könnte er von der Europäischen Union fordern, dass sie die notwendigen

¹⁰⁶ Vgl. *Frenz, W.*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: *EuR* 2000, S. 915-917 m. w. N.

¹⁰⁷ Vgl. *Knauff, M.*, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, in: *VR* 2004, S. 297.

¹⁰⁸ ABIEG C 340/1997, S. 133.

¹⁰⁹ Art. 16 nach der Numerierung des Vertrags von Amsterdam.

Maßnahmen zur Wiederherstellung und Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ergreift.¹¹⁰

Diese Dienste sollen zwar möglichst über den Wettbewerb geleistet werden, was bedeutet, dass Regulierungen, die möglichen Wettbewerb verhindern, abgebaut werden sollen.¹¹¹ Bleibt Wettbewerb hingegen aus, ist unerwünschten Fehlentwicklungen seitens des Gemeinwesens vorzubeugen.¹¹² Das Zusammenwirken von Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 16 EG wertet die Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in der EG in dem Tenor auf als es ein „wettbewerbliches Übermaßverbot“¹¹³ darstellt, das als „daseinsvorsorgerechtliches Untermaßverbot“¹¹⁴ die Bereitstellung dieser Dienste sichert, ohne den Mitgliedstaaten neue Möglichkeiten zu protektionistischem Verhalten einzuräumen.¹¹⁵

2.3.3 Aspekte der Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse bei Elektrizitätsversorgungsnetzen

Schon lange bevor es Stromnetze gab, bezeichnete Adam Smith die Verantwortung für die Infrastruktur als eine Aufgabe, die der Markt nicht erfüllen könne und die deshalb dem Staat zufalle.¹¹⁶ Unsere Gesellschaft ist so stark auf die Netze zur Versorgung mit Strom angewiesen, dass sich Veränderungen des Netznutzungspreises kaum auf die Auslastung des Netzes auswirken; deshalb kann die Nutzung von Elektrizitätsversorgungsnetzen zum unelastischen Grundbedarf gezählt werden. Wegen ihrer Eigenschaft als natürliche Monopole muss von einem Marktversagen ausgegangen werden. Infolgedessen kann die Versorgung der Bevölkerung mit einem solchen überragenden Gemeinwohlgut¹¹⁷ wie Strom gefährdet sein.¹¹⁸ Bei Elektrizitätsversorgungsnetzen sind folgende Aspekte im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse zu berücksichtigen.¹¹⁹

¹¹⁰ Vgl. Löwenberg, F., Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 308 f.

¹¹¹ Vgl. Koenig, C., Daseinsvorsorge durch Wettbewerb! In: EuZW 2001, S. 481, Weiß, W., Öffentliche Unternehmen und EGV, in: EuR 2003, S. 189 sowie Europäische Kommission (Hg.), Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg. S. 8 f.

¹¹² Vgl. Neumann, M., Wettbewerbspolitik, 2000, S. 5 sowie Knauff, M., Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, in: VR 2004, S. 299.

¹¹³ Danwitz, T. v., Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: Schwarze (Hg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2003, S. 267.

¹¹⁴ Danwitz, T. v., Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: Schwarze (Hg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2003, S. 267.

¹¹⁵ Vgl. Mann, T., Das Recht auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: ZögU 2005, S. 174-186, Faross, P., Zur Zukunft der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Energiewirtschaft, in: RdE 2005, S. 57 sowie Krajewski, M., Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, in: DÖV 2005, S. 673.

¹¹⁶ Vgl. Smith, A., Der Wohlstand der Nationen, 1789, dt. Ausgabe v. 1993, S. 612.

¹¹⁷ Vgl. BVerfG, B. v. 16. 3. 1971, 1 BvR 52, 665, 667 u. 754/66, BVerfGE 30, S. 292, 323 – Mineralölvorratung.

Ein Kriterium ist die Versorgungssicherheit, die vom Ausbaugrad des Netzes (Vernetzungsgrad, Leitungskapazitäten), dem technischen Zustand, der Höhe der Qualitätsstandards für Spannung und Frequenz (und deren Einhaltung) abhängt.¹²⁰ Zu Ineffizienzen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht kann es kommen, wenn die Redundanz im System zu hoch ist oder wenn in monopolistischen Märkten wegen der unternehmensbezogenen Gewinnmaximierung Redundanz und technischer Zustand des Netzes zu stark absinken.¹²¹ Deshalb muss ein aus gesamtwirtschaftlicher Sicht effizienter Netzbetrieb gewährleistet werden. In Wettbewerbsmärkten ist mit größeren Transportvolumina zu rechnen, für die ausreichend Transportkapazitäten vorgehalten werden müssen. Andernfalls kann es zu Netzüberlastungen kommen oder – im Extremfall – der Wettbewerb auf den anderen Marktstufen scheitern.¹²²

Neben der Versorgungssicherheit ist eine flächendeckende Versorgung für alle Abnehmer notwendig und zu gewährleisten. Da auch abgelegene Endabnehmer, wenn sie es wünschen, an das Netz angeschlossen werden müssen, führt dies zu unterschiedlich hohen Anschluss- und Betriebskosten. Innerhalb eines Netzgebietes folgt – unter der Voraussetzung der Gleichpreisigkeit – daraus, dass dichtbesiedelte Regionen für die Netzbetreiber lukrativer sind als dünnbesiedelte. Ohne Regelungen käme es zur sogenannten „Rosinenpickerei“¹²³ mit starkem Wettbewerb um den Netzbetrieb in Ballungsräumen, während sich kaum jemand für die Netze in wenig attraktiven ländlichen Regionen interessiert. Es besteht die Gefahr, dass in diesen Regionen das Netz nur zu hohen Preisen und in schlechter Qualität betrieben wird.¹²⁴ Wegen des sogenannten Kontrahierungszwangs, der vor der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes für die Gebietsversorger galt und heute für die Netzbetreiber gilt, muss der Netzbetreiber alle an sein Netz anschließen, die dies wünschen.¹²⁵ Das verhindert freilich

¹¹⁸ Vgl. *EuGH*, U. v. 27. 4. 1994, Rs. C-393/92, *EuGH-Slg.* I 1994, S. 1477, 1521, Rn. 48 – *Almelo*, *Europäische Kommission*, E. v. 16. 1. 1991, IV/32.732, *ABIEG L* 28/1991, S. 32 – *Ijsselcentrale*, sowie allgemein zu den Kriterien: *Bocklet, R.*, Leistungen der Daseinsvorsorge im Konflikt mit EU-Wettbewerbsrecht, in: *Schader-Stiftung (Hg.)*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge, 2001, S. 12 f. u. *Cox, H.*, zur Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland, in: *Schader-Stiftung (Hg.)*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge, 2001, S. 27 f. sowie ausführlich hierzu: *Europäische Kommission (Hg.)*, Vollendung des Energiebinnenmarktes, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, 2001 SEC (2001) 438, S. 32-55.

¹¹⁹ Vgl. z. B. *Faross, P.*, Zur Zukunft der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Energiewirtschaft, in: *RdE* 2005, S. 58 f.

¹²⁰ Vgl. *Ehricke, U.*, Der europäische Regelungsansatz zur Versorgungssicherheit in Bezug auf Stromnetze, in: *ZNER* 2004, S. 212.

¹²¹ Wie z. B. in Kalifornien geschehen. Vgl. *Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T.*, Democracy and Regulation – How the Public Can Govern Essential Services, 2003, S.134-136.

¹²² Vgl. *Kumkar, L.*, Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 25.

¹²³ Vgl. *Eickhof, N.*, Zur Legitimation ordnungspolitischer Ausnahmeregelungen, in: *ORDO* 1993, S. 215 f.

¹²⁴ Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 252-254.

¹²⁵ Vgl. *Britz, G.*, Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und Umsetzung ins deutsche Recht, in: *EuZW* 1997, S. 336 sowie *Klimisch, A./Lange, M.*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, in: *WuW* 1998, S. 17 f.

nicht, dass es um unlukrative Netzgebiete keinen Wettbewerb gibt oder die Netzbetreiber diese vernachlässigen.

Ein weiteres Kriterium ist die Verfügbarkeit der Leistung, bei der es sich um eine Nutzungsoption handelt: Selbst wenn ein Individuum ein Netz nicht nutzt, kann die Option wertvoll sein, bei Bedarf Zugang zu den netzgebundenen Leistungen zu erlangen. Der Optionswert steigt mit zunehmender Versorgungsdichte in der Fläche.

Als letztes Kriterium ist noch die kostengünstige Versorgung zu nennen, die am besten durch funktionierenden Wettbewerb gewährleistet wird. Bei (natürlichen) Netzmonopolen sorgt jedoch kein Wettbewerb für günstige Preise. Dies bedeutet zum einen, dass dafür zu sorgen ist, dass Kosteneinsparungen an die Nutzer weitergegeben werden. Zum anderen kann ein Ausgleich der Netznutzungsgebühren sinnvoll sein, um in dünn besiedelten Gebieten die Bevölkerung nicht durch prohibitiv hohe Netznutzungsentgelte von der Teilnahme am Wirtschaftsleben auszuschließen. Selbst die Europäische Kommission schließt eine Regulierung zur Sicherung einer erschwinglichen Versorgung mit Elektrizität nicht aus. Damit soll u. a. verhindert werden, dass sozial Schwache von der Stromversorgung ausgeschlossen werden.¹²⁶

Die hier erläuterten Kriterien dienen nicht einer Einschränkung des Wettbewerbs, sondern stellen vielmehr die Grundlage für gemeinwohlorientierte Verpflichtungen der Netzbetreiber dar. Die Netze sollen zu Bedingungen genutzt werden können, welche denen eines durch Wettbewerb geprägten Marktes möglichst nahe oder gleich kommen. Eine effektive Abmilderung der unerwünschten Nebenwirkungen des (natürlichen) Netzmonopols dürfte denn auch im Sinne der Wettbewerbs sein.

¹²⁶ Vgl. *Europäische Kommission (Hg.)*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580, 2000, S. 38 sowie *Europäische Kommission (Hg.)*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., S. 10 f.

3 Erfahrungen mit der Liberalisierung von Strommärkten angesichts des natürlichen Monopols bei Netzen

Ausgehend von einem Überblick über die Motive und Hintergründe der Liberalisierung von Märkten mit Netzmonopolen werden im Rahmen dieses Kapitels zuerst Erfahrungen mit der Liberalisierung von Netzmonopolen in anderen Ländern kursorisch dargestellt. Dem folgt ein Abriss über die Entwicklung der Elektrizitätsversorgung in Deutschland von ihren Anfängen bis hin zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 2005.

3.1 Ausgangssituation: Die Liberalisierung von Märkten mit Netzmonopolen

Unter dem Motto „mehr Markt statt Staat“ finden seit Mitte der achtziger Jahre weltweit Liberalisierungen, Deregulierungen und Privatisierungen von öffentlichen Unternehmen statt.¹²⁷ Zwischen den Begriffen Liberalisierung und Deregulierung ist in diesem Kontext zu unterscheiden: Unter Liberalisierung wird hier die Öffnung eines Marktes verstanden, mit der Wettbewerb geschaffen werden soll. Dies ist nicht mit dem in diesem Zusammenhang häufig gebrauchten Begriff der Deregulierung zu verwechseln, der für den Abbau unnötiger oder obsoletter Regelungen steht, die oft als wettbewerbs- und marktbehindernd empfunden werden. Im Rahmen von Liberalisierungen können durchaus neue Regulierungen erforderlich werden, damit der Markt (weiterhin) funktioniert.¹²⁸ Ebenso wenig sind Liberalisierung und Deregulierung mit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen zu verwechseln. In den beiden erstgenannten Fällen ist es nicht zwingend erforderlich, zum Beispiel öffentliche Versorger in eine private Rechtsform (formelle Privatisierung) oder in privates Eigentum (materielle Privatisierung) zu überführen.¹²⁹

Die Aufgabe des Staates wird vor dem Hintergrund der Liberalisierung darin gesehen, die Rahmenbedingungen des Marktes so auszugestalten, dass Wettbewerb zustande kommt.¹³⁰ Davon sind auch die Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit ihren Versorgungsnetzen betroffen. Bis zur Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes 1998 war die Branche sehr stark reguliert. Infolgedessen konnten die Unternehmen ihre Monopolstellung nicht missbrauchen, indem sie überhöhte Preise setzten, Innovationen und Investitionen auf ein Minimum begrenzten oder nur lukrative Teilmärkte bedienten. Aufgrund des natürlichen Monopols beim Netz wurde früher in der Regel die ganze Branche als natürliches Monopol angesehen,¹³¹ das sich zum Teil bis hin zum

¹²⁷ Vgl. Bullinger, M., Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1355.

¹²⁸ Vgl. Bauschke, H.-J./Braun, H.-D., Bausteine des öffentlichen Rechts, 1997, S. 21 sowie Gerstner, S., Preiskontrolle beim Infrastrukturzugang, in: WuW 2002, S. 131.

¹²⁹ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 17.

¹³⁰ Vgl. z. B. der Diskussionsbeitrag von C. Möller beim Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 43.

¹³¹ Vgl. hierzu z. B. Borrmann, J./Finsinger, J., Markt und Regulierung, 1999, S. 123.

Verkauf von Endgeräten an die Verbraucher erstreckte. Die Monopole hatten Unternehmen inne, die oftmals ganz oder teilweise in öffentlichem Eigentum waren, es gab aber auch – unter sehr restriktiven Auflagen – privatwirtschaftliche Unternehmen. Diese Strukturen führten zu Ineffizienzen durch zu hohe Reservekapazitäten bei Infrastruktur und Anlagen, eine aufgeblähte Verwaltung oder fehlendes Kostenbewusstsein (Averch-Johnson-Effekt)¹³². Diese Mängel sollen mittels Liberalisierung, Deregulierung und Privatisierung abgebaut werden. Der Schaden durch die Ineffizienz öffentlicher Unternehmen wird dabei offensichtlich höher bewertet als der eines möglichen Monopolmissbrauchs und die Kosten der Monopolüberwachung zusammengenommen. Soweit dies Marktstufen betrifft, die den Netzen vor- oder nachgelagert sind, mag dies auch zutreffen, wird aber hier nicht weiter untersucht.

Die Existenz eines Marktes bedeutet zunächst nur, dass ein Austausch von Gütern und Dienstleistungen zwischen Anbietern und Nachfragern möglich ist und stattfindet. Die Existenz eines Marktes ist noch lange kein Indiz für Wettbewerb – sonst gäbe es keine Monopole. Vielmehr führt erst ein funktionierender Wettbewerb zu einem effizienten Marktergebnis.¹³³ Vor diesem Hintergrund ist Forderungen nach „mehr Markt“ mit Skepsis zu begegnen: Ist damit der Abbau von wettbewerbsbehindernden Regulierungen gemeint oder nur der bloße Wunsch nach besseren Absatzmöglichkeiten Vater der Forderung? Unternehmen müssen ihrer Natur nach letzten Endes am Gewinn interessiert sein und nach den für sie optimalen Marktbedingungen streben. Der atomistische Wettbewerb im ökonomischen Standardmodell ist aus Unternehmenssicht äußerst ungünstig: Wer nur Preise in Höhe der Grenzkosten erzielen kann, wird kaum lange in einem realen Markt sein oder womöglich erst gar nicht in ihn eintreten. Vielmehr werden Unternehmen nach einem möglichst großen Marktanteil mit entsprechender Marktmacht streben; der Wettbewerb ist nur eine Möglichkeit, dieses Ziel zu erreichen und wird eher von denen gefordert werden, die hoffen, davon zu profitieren. Wer bereits über eine große Marktmacht oder gar ein Monopol verfügt, wird hingegen kein ausgeprägtes Interesse am Wettbewerb an den Tag legen. Ein weiterer Hinweis auf die Wettbewerbsaversion von Unternehmen sind Kartelle, mit denen die beteiligten Unternehmen an der Konsumentenrente partizipieren und damit höhere Gewinne als im Wettbewerb erzielen wollen. Insofern bedarf der Wettbewerb einer Sicherung, wenn mit ihm dauerhaft ein volkswirtschaftlich effizientes Marktergebnis erzielt werden soll. Dies kann durchaus Marktregulierungen erfordern, wie sie beispielsweise durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgenommen werden; bei Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder natürlichen Monopolen als Basis für den Markt¹³⁴ – können darüber hinaus Sonderregelungen erforderlich sein.

¹³² *Averch, H./Johnson, L. L.*, Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint, in: AER 1962, S. 1052-1062.

¹³³ Vgl. hierzu *Eickhof, N.*, Zur Legitimation ordnungspolitischer Ausnahmeregelungen, in: ORDO 1993, S. 209.

¹³⁴ Vgl. *Kumkar, L.*, Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 25.

Im Rahmen der Privatisierung und Liberalisierung von Netzen wurden den Netzbetreibern Pflichten auferlegt, die ein Mindestmaß an Wettbewerb und Effizienz gewährleisten sollen.¹³⁵ Dennoch greifen die Auflagen insbesondere dann nicht in dem erwünschten Maß, wenn ein Netzbetreiber selbst auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig ist. Selbst wenn ein Netzbetreiber nicht auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig ist, kann nicht automatisch von einem effizienten Netzbetrieb ausgegangen werden:¹³⁶ Es bestehen für ihn keine Anreize, bei angemessener Qualität die Kosten und Nutzungsentgelte so niedrig wie möglich zu halten. Ob überhöhte Netznutzungsentgelte aus ineffizienter Bewirtschaftung herrühren oder mit ihnen die Monopolrente des Netzbetreibers finanziert wird, dürfte für den Endabnehmer unerheblich sein. Es geht hier deshalb weniger um die häufig diskutierte Frage, ob durch den Markt oder den Staat das bessere Ergebnis erzielt wird,¹³⁷ sondern darum, ob und wie das Machtproblem von Monopolen gelöst werden kann.¹³⁸ Dieses Problem wird durch Informationsasymmetrien zwischen den Netzbetreibern, der Wettbewerbspolitik und den Regulierungsbehörden verstärkt, was bis zum Scheitern der Regulierung führen kann.¹³⁹ Die vertikale Integration von Netzmonopolen in Unternehmen, welche auf vor- oder nachgelagerten Wertschöpfungsstufen tätig sind, verschärfen das Monopolproblem zusätzlich: Zu dem Interesse, Monopolrenten abschöpfen zu wollen, kommt – bei intendiertem Wettbewerb auf den verbundenen Marktstufen – noch jenes, das Netz zur Sicherung der im Gebietsmonopol aufgebauten Marktstellung zu missbrauchen. Dem ist bei der Liberalisierung Rechnung zu tragen, indem zum einen der Markt so umzustrukturieren ist, dass die integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihr Netzeigentum nicht missbräuchlich ausnutzen können.¹⁴⁰ Zum anderen wird, solange das Netz ein unangreifbares Monopol darstellt – auch entgegen gelegentlich geäußerter Hoffnungen¹⁴¹ – eine über die Aufgaben der Kartellbehörden hinausgehende permanente und sektorspezifische Regulierung durch eine eigens dafür zuständige Stelle notwendig sein.

Neben rein wettbewerblichen Aspekten sind noch gesellschaftliche Interessen bei der Regulierung zu berücksichtigen. Netze sind oft für die Gewährleistung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse notwendig. Hier spielen neben der Effizienz

¹³⁵ Eine kurze Darstellung der Basisausgestaltung von Strommarktliberalisierungen findet sich bei: *Joskow, P. L., The Difficult Transition to Competitive Electricitymarkets in the U. S., 2003, S. 10 f.*

¹³⁶ Vgl. *Börner, A.-R., Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 398.*

¹³⁷ Vgl. z. B. *Prosi, G., Staatliche Monopole oder Wettbewerb privater Unternehmen – eine ökonomische Betrachtung, in: WuW 1996, S. 973-980.*

¹³⁸ Dies forderte bereits *Walter Eucken*. Vgl. *Eucken, W., Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung, 2001 (1947), S. 85 f.*

¹³⁹ Vgl. *Bickenbach, F./Kumkar, L./Soltwedel, R., Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: Zimmermann (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, 2002, S. 226 f.*

¹⁴⁰ Vgl. *Böwing, A./Nissen, J., Die Energierechtsnovelle – ein schlüssiges Konzept zur Kontrolle von Netznutzungsentgelten, in: ET 2004, S. 713.*

¹⁴¹ Vgl. *Möschel, W., Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden, in: WuW 2002, S. 683 f.*

die Kriterien Versorgungssicherheit, Verfügbarkeit der Leistung sowie flächendeckende und kostengünstige Versorgung eine Rolle. Diese Kriterien können dem ökonomischen Ziel einer effizienten Ressourcenverwendung scheinbar ganz oder teilweise entgegenstehen. Dennoch kann es nützlich sein, solche Ziele zu verfolgen, wenn der Nutzenentgang durch Fehlallokation oder steigende Staatsausgaben durch den Nutzenzuwachs der Verteilung überkompensiert wird.¹⁴² So kann Wettbewerb beispielsweise dazu führen, dass wegen „Rosinenpickerei“ Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in strukturschwachen Gebieten nicht mehr gewährleistet sind. Die Gewichtung dieser Kriterien hängt in erster Linie von den gesellschaftlichen Präferenzen ab, die sich im Lauf der Zeit wandeln können. Die Rahmenbedingungen der Netzbewirtschaftung sollten deshalb so ausgestaltet werden, dass auch sich ändernden gesellschaftlichen Präferenzen Rechnung getragen werden kann.

3.2 Ausgewählte Erfahrungen mit der Strommarktliberalisierung im Ausland

Ausgewählt wurden hierfür England und Wales wegen der rund fünfzehnjährigen Liberalisierungserfahrungen, die dort vorliegen. Kalifornien wurde aufgrund der im Winter 2000/2001 gescheiterten Liberalisierung aufgenommen und Österreich, weil seine Regulierungsbehörde ansatzweise ähnlich der hier vorgeschlagenen Regulierungsinstitution aufgebaut und besetzt ist. Neben einer kurzen Darstellung der Marktstruktur, dem Liberalisierungs- und Netzbewirtschaftungsregime steht das Verhalten der relevanten Akteure im Vordergrund.

3.2.1 England und Wales

Über den englischen und walisischen Strommarkt liegen seit seiner Liberalisierung zum 1. April 1990 mittlerweile mehr als 15 Jahre Liberalisierungs- und Regulierungserfahrung vor.¹⁴³ Die Elektrizitätsversorgung in England und Wales befand sich bis zu diesem Zeitpunkt in öffentlicher Hand. Das staatliche Central Electricity Generating Board (CEGB) war das wichtigste Versorgungsunternehmen. Es erzeugte, verkaufte und transportierte den Strom an die zwölf regionalen Verteilerunternehmen (Area Distribution Boards). Der Markt wurde vom Electricity Council koordiniert, das sich mit sämtlichen politischen Fragen befasste, Investitionen zentral plante und anhand der Produktionskosten die Preise festlegte.¹⁴⁴

Mit dem Electricity Act von 1989 wurde der Markt grundlegend reformiert: Das ehemalige staatliche Monopolunternehmen Central Electricity Generating Board wurde entflochten. Seither betreibt die National Grid Company (NGC) das Übertragungsnetz, betreibt den Spotmarkt und koordiniert die Einspeisungen der Erzeuger in das Netz. Bis zum Börsengang Ende 1995 befand sich die NGC im Eigentum der zwölf Regional-

¹⁴² Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 355.

¹⁴³ Vgl. *Lamprecht, F.*, Ein reguliertes System muss atmen können, in: ET 2004, S. 575 f.

¹⁴⁴ Vgl. *VDEW (Hg.)*, Länderbericht England, o. J.

versorger (Area Distribution Boards), die auch die Verteilnetze betrieben.¹⁴⁵ Die Regionalversorger waren bis zur vollständigen Marktöffnung vertikal integrierte Gebietsmonopolisten, die all jene Endabnehmer belieferten, die nicht von anderen Unternehmen versorgt werden durften. Seit der vollständigen Marktöffnung sind die Area Distribution Boards entflochten: Manche haben sich von ihrem Netz, manche von ihren Versorgungsaktivitäten getrennt.¹⁴⁶ Zum anderen wurde die Stromerzeugung auf die Gesellschaften National Power, Power Gen und Nuclear Electricity übertragen. Letztere wurde 1996 in die mittlerweile privatisierte British Energy und die weiterhin staatliche Magnox gesplittet.¹⁴⁷

Elektrizitätsversorgungsunternehmen müssen vom zuständigen Secretary of State oder einer von ihm beauftragten Stelle eine Lizenz erwerben, bevor sie am Markt teilnehmen dürfen. Ursprünglich gab es Lizenzen für die Erzeugung, den Transport (für die NGC) und die allgemeine Versorgung eines bestimmten Gebiets (für die zwölf Area Distribution Boards). Seit der Reform des Strommarkts 2001 gibt es Lizenzen für die Stromerzeugung, -übertragung, -verteilung und -versorgung. Die Inhaber einer Übertragungs- oder Verteillizenz können keine Erzeugungs- oder Versorgungslizenz erhalten.¹⁴⁸

Im Zuge der Liberalisierung wurden 1990 eine unabhängige Regulierungsbehörde und der Electricity Pool of England and Wales neu eingerichtet. Der Pool koordinierte bis 2001 die Stromproduktion und wickelte den Stromgroßhandel ab. Die Regulierungsbehörde vergibt zum einen die Lizenzen für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und soll zum anderen den Wettbewerb und den Kundenschutz gewährleisten und fördern. Sie legt die Netznutzungsentgelte mit dem Price-Cap-Verfahren¹⁴⁹ fest.¹⁵⁰ Die Regulierungsbehörde – Office of Electricity Regulation (OFFER) – war zunächst nur für den Strommarkt zuständig und wurde im Sommer 1999 mit ihrem für den Gasmarkt zuständigen Pendant – dem Office of Gas Regulation (OFGAS) zum Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM) – verschmolzen. Der Präsident wird von dem für Energie zuständigen Ministerium ernannt. Er kann bei Verdacht auf missbräuchliches Verhalten von Elektrizitätsversorgungsunternehmen vor der nationalen Kartellbehörde Missbrauchsverfahren anstrengen.¹⁵¹ Die Regulierungsentscheidungen werden öffentlich mit den folgenden betroffenen Gruppen diskutiert: British Coal, Bergbaugewerkschaft,

¹⁴⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 456, Tz. 1177.

¹⁴⁶ Vgl. *Lieb-Dóczy, E.*, Konsolidierungstrends im britischen Elektrizitätsmarkt, in: ET 2005, S. 87.

¹⁴⁷ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 166 sowie *Kumkar, L.*, Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 18, Fn. 19.

¹⁴⁸ Vgl. *Reichert-Clauß, A.*, Durchleitung von Strom – Regulierungstheorie im deutsch-englischen Vergleich, 2002, S. 15-18.

¹⁴⁹ Hierbei werden Preisobergrenzen für mehrere Jahre festgelegt, wobei sowohl der technische Fortschritt als auch die Inflationsrate berücksichtigt werden.

¹⁵⁰ Vgl. *Lutz, H./Stadler, U.*, Gruppenbildung als Voraussetzung für ein funktionsfähiges Regulierungsmodell der Verteilernetze, in: ZNER 2004, S. 229.

¹⁵¹ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 167.

Energieversorgungsunternehmen, Ministerien für Finanzen und Umwelt, Europäische Kommission, Parlamentarische Kommissionen, und Verbraucherorganisationen.¹⁵²

Der englisch-walisische Strommarkt wurde stufenweise zur Belieferung der Endabnehmer geöffnet. Zunächst wurden nur die 5000 größten (Industrie-)kunden zugelassen, 1994 folgten weitere 50000 und 1998 wurde der Markt für sämtliche Endverbraucher geöffnet.¹⁵³

Durch ihre Marktmacht konnten Power Gen und National Power die Grenzpreise für die Einspeisung in den Pool diktieren, da sie in Spitzenlastzeiten über die Grenzkapazitäten verfügen. Infolgedessen wurden diese Preise zunächst ebenfalls durch Preisobergrenzen reguliert, was jedoch nicht verhinderte, dass Effizienzgewinne von den Energieversorgungsunternehmen nicht an die Endabnehmer weitergegeben wurden.¹⁵⁴ Nicht zuletzt deswegen wurde im März 2001 das Poolsystem durch das New Electricity Trading Arrangement (NETA) abgelöst, mit dem die Möglichkeit zum Abschluss langfristiger bilateraler Stromhandelsverträge eingeführt wurde. Der Kraftwerkseinsatz wird jetzt nicht mehr wie zu Poolzeiten zentral geplant, sondern vom Übertragungsnetzbetreiber anhand der von den Erzeugern eingereichten Fahrpläne koordiniert.¹⁵⁵

Zum 1. April 2005 wurde der englisch-walisische Strommarkt um den schottischen erweitert, dessen Anpassung an das aus dem NETA entwickelte British Electricity Transmission and Trading Arrangement (BETTA) einige Änderungen der Marktstruktur erforderte. So mussten die bislang vertikal integrierten schottischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen entflochten werden. Hierfür wurde der Übertragungsnetzbetrieb der National Grid Transco¹⁵⁶ übertragen, die nun das Übertragungsnetz auf der gesamten britischen Insel betreibt; die Eigentumsverhältnisse blieben indes unverändert. Die Eigentümer sind nach wie vor für den Unterhalt und Ausbau ihrer Netze zuständig, was aufgrund der unterschiedlichen Interessenslagen zwischen Eigentümer und Betreiber Probleme bei der Instandhaltung, dem Aus- und Neubau und dem Informationsaustausch befürchten lässt.¹⁵⁷

Die englisch-walisische Strommarktliberalisierung kann als Beispiel einer erfolgreichen Liberalisierung gesehen werden. Wesentliche Erfolgsfaktoren sind zum einen die mit der Marktöffnung durchgeführte eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Marktstufen und zum anderen die mit der Liberalisierung eingerichtete starke Regulierungsbehörde, die ihre Spielräume bei der Auswahl des Regulie-

¹⁵² Vgl. *Scheele, U.*, Neue Spielregeln auf neuen Spielfeldern, in: MB 3/2000, S. 24 sowie *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 169.

¹⁵³ Vgl. *Haywood, P.*, Strategische Kooperation zwischen Netzbetreiber und Hersteller bei der Netzausbauplanung, in EW 24/2004, S. 38.

¹⁵⁴ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 168-172.

¹⁵⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten - Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 471, Tz. 1225.

¹⁵⁶ Ehemals National Grid Company.

¹⁵⁷ Vgl. *Lieb-Dóczy, E.*, Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern - internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 394-397.

rungsinstrumentariums nutzt. Mit dem Price-Cap-Verfahren führte sie sehr bald eine Anreizregulierung ein, die sie im Lauf der Jahre anhand ihrer in der Praxis gesammelten Erfahrungen immer weiter verfeinerte.¹⁵⁸ Anfangsschwierigkeiten – wie beispielsweise die Marktmachtprobleme des Poolsystems – konnten durch das New Electricity Trading Arrangement mittlerweile überwunden werden. Die Wettbewerbsintensität hat seither weiter zugenommen: Mehr als die Hälfte aller Stromkunden hat mittlerweile ihren Versorger gewechselt und die Preise sind ebenfalls weiter gesunken.¹⁵⁹ Die Entwicklungen des um Schottland erweiterten britischen Strommarkts sind noch nicht absehbar. Wegen möglicher Anreiz- und Koordinationsprobleme zwischen Netzeigentümer und -betreiber können in Schottland noch Modifikationen erforderlich werden.¹⁶⁰

3.2.2 Kalifornien

Kalifornien nahm mit der Liberalisierung seines Strommarktes in den USA zunächst die Vorreiterrolle ein, bis im Winter 2000/2001 die Stromversorgung in diesem US-Bundesstaat zusammenbrach. Als Beispiel einer missglückten Liberalisierung verdient dieser Zusammenbruch eine Erörterung seiner Umstände und Ursachen.

Der Liberalisierung in Kalifornien gingen erste Maßnahmen auf nationaler Ebene voraus. Bereits 1978 wurde mit der Federal Energy Regulatory Commission (FERC) eine Regulierungsbehörde mit umfangreichen Kompetenzen eingerichtet.¹⁶¹ Neben der Rahmenregulierung des Elektrizitätsmarktes auf Bundesebene ist sie auch für die Regulierung des Strommarktes zwischen den Bundesstaaten – insbesondere für Übertragungsnetze und den Stromgroßhandel – sowie die Fusionskontrolle bei Energieversorgungsunternehmen und die Genehmigung von Erzeugerpools zuständig. Von ihrer Kontrolle sind Netze in öffentlichem Eigentum ausgenommen. In den einzelnen Bundesstaaten gibt es ebenfalls Regulierungsbehörden, die für den innerstaatlichen Stromhandel sowie die Verteilungsnetze zuständig sind.¹⁶²

Mit dem Energy Policy Act wurde 1992 die Liberalisierung der US-Energiewirtschaft eingeleitet. Konzernunabhängige Stromerzeuger haben seither einen Anspruch auf Netzzugang und -nutzung und können dadurch mit den bisherigen Stromkonzernen in Wettbewerb treten. Bei Kapazitätsengpässen müssen die Netzbetreiber ihr Netz ausbauen; der Netznutzungsanspruch der Erzeuger ist vorrangig. Die Netznutzungs-

¹⁵⁸ Vgl. z. B. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 476, Tz. 1239-1242.

¹⁵⁹ Vgl. *OFGEM (Ed.)*, Annual Report 2003/2004, S. 12.

¹⁶⁰ Vgl. *Lieb-Dóczy, E.*, Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern – internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 397.

¹⁶¹ Vgl. *Kumkar, L.*, Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 4.

¹⁶² Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 146-150.

preise werden von der nationalen Regulierungsbehörde mit Hilfe der Renditenregulierung kontrolliert.¹⁶³

Die Liberalisierung wurde 1996 durch die Orders 888 und 889 der Federal Energy Regulatory Commission weiter vorangetrieben. Nach der Order 888 haben *alle* Erzeuger einen – nun auch über die FERC durchsetzbaren – Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Übertragungsnetzen; davon sind jedoch die Netze öffentlicher Versorgungsunternehmen ausgenommen. Mit Hilfe von Reziprozitätsklauseln sollen allerdings Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden. Die Übertragungsnetzbetreiber müssen ihre Netznutzungstarife von der Regulierungsbehörde genehmigen lassen und veröffentlichen. Vertikal integrierte Versorgungsunternehmen müssen den Netzbetrieb zumindest organisatorisch und buchhalterisch von den anderen Unternehmensaktivitäten trennen. Die FERC fördert die Bildung von unabhängigen – besser überwachbaren – Netzbetreibergesellschaften, sogenannter Independent System Operators (ISO). Informationsasymmetrien zwischen Netzbetreiber und Netznutzer sollen mit einem Echtzeitinformationssystem vermieden werden, das Auskunft über die momentane Auslastung und Nutzungskonditionen der Netze gibt.¹⁶⁴

Bemerkenswert ist, dass die Interessenverbände der Endabnehmer seit Ende der 70er Jahre kaum eine Rolle bei der Deregulierung des Strommarktes spielen. Der Strompreis falle nicht so sehr ins Gewicht, als dass sich für sie ein Engagement lohne.¹⁶⁵ In Kalifornien lagen dagegen die Preise vor der Liberalisierung erheblich über dem nationalen Durchschnitt, was die umfangreiche Liberalisierung der Stromversorgung förderte.¹⁶⁶

Der kalifornische Strommarkt wurde 1996 auf Großhandelsebene über die FERC-Orders 888 und 889 hinaus für sämtliche Endkunden liberalisiert. Hierfür wurde die bisherige Struktur der Versorgungswirtschaft stark verändert: Es wurden eigens eine Stromhandelsbörse (Californian Power Exchange, CalPX) und eine Netzbetreibergesellschaft (Californian Independent System Operator, CAISO) gegründet. Die Nonprofit-Organisation CAISO war neben dem Netzbetrieb und den damit verbundenen Netzhilfsdienstleistungen¹⁶⁷ für die Beschaffung und den sehr kurzfristigen Handel mit Ausgleichsenergie zuständig. Zudem wurden die großen privaten Stromversorger entflochten: Insbesondere Pacific Gas & Electric (PG & E), Southern California Edison (SCE) und San Diego Gas & Electric (SDG & E) mussten den größten Teil ihrer Kraft-

¹⁶³ Vgl. Kumkar, L., Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 4 f.

¹⁶⁴ Vgl. Kumkar, L., Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 12-19.

¹⁶⁵ Vgl. Joskow, P. L., Comment on Matthew W. White, Power struggles: Explaining Deregulatory Reform in Electricity Markets, in: Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics, S. 256.

¹⁶⁶ Vgl. Joskow, Paul L., Deregulation and Regulatory Reform in The US Electric Power Sector, 2000, S. 41.

¹⁶⁷ Darunter fallen z. B. Abrechnungsdienstleistungen, die Beschaffung und Vorhaltung der Ersatzreserve (innerhalb von Minuten abrufbare Erzeugungsleistungen) oder die Weitergabe von Informationen über physikalische Lastflüsse an Erzeuger und Händler.

werke verkaufen und dem neugeschaffenen Netzbetreiber den Betrieb ihrer Netze überlassen; das Eigentum blieb unangetastet.

Flankiert wurde das Vorhaben durch Übergangsregelungen, die nahezu alle Interessengruppen bedienten: Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen mussten im Vorgriff auf die erwarteten Liberalisierungsgewinne die Strompreise für die Kleinabnehmer um 10 % senken; diese Preise waren zudem bis 2002 garantiert.¹⁶⁸ Die drei größten privaten Erzeuger konnten ihre durch die Liberalisierung gestrandeten Investitionen¹⁶⁹ über eine Sonderabgabe refinanzieren, die ihrerseits von den Endabnehmern zu entrichten war. Die Großhandelspreise waren hingegen vollständig freigegeben – sie sollten über den Marktmechanismus im Wettbewerb gebildet werden. Gleichzeitig wurde den privaten Versorgern untersagt, langfristige Lieferverträge neu abzuschließen oder zu verlängern. Die drei privaten Energieversorgungsunternehmen PG & E, SCE und SDG & E wurden zudem verpflichtet, ihre Stromnachfrage ausschließlich über die kalifornische Strombörse CalPX zu decken.¹⁷⁰

Ab dem Frühsommer 2000 begannen aufgrund von Knappheiten die Großhandelspreise zu steigen. Sie lagen in den Spitzenzeiten der Krise am Ende des Jahres über dem Fünfzehnfachen des durchschnittlichen Preises der Jahre 1998 und 1999;¹⁷¹ erst im Sommer 2001 näherten sich die Großhandelspreise wieder diesem Niveau. Die drei großen Versorger, der Netzbetreiber und die Strombörse gerieten darüber in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten. Nach mehreren Stromausfällen im Dezember 2000 musste der Staat schnell handeln um die Stromversorgung aufrecht zu erhalten. Gouverneur Davis rief im Januar 2001 den Notstand aus und beauftragte das Department of Water Resources (DWR) die Kunden der drei zahlungsunfähig gewordenen privaten Energieversorgungsunternehmen PG & E, SCE und SDG & E mit Strom zu versorgen. Das DWR übernahm, nachdem die Strombörse ihre Tätigkeit einstellte, auch den Stromgroßhandel. Der Staat Kalifornien musste hierfür etliche hundert Millionen US-Dollar aufwenden. Die Einkaufspreise des DWR lagen weit über den an den Strombörsen beobachteten Durchschnittspreisen.¹⁷²

Die Ursachen der gescheiterten Liberalisierung sind vielschichtig.¹⁷³ Bereits vor der Stromkrise zeichnete sich ab, dass in Spitzenlastperioden Marktmachtprobleme auftreten können. Die Verantwortlichen waren sich indes sicher, die Mängel bis zum Ende der Übergangszeit in den Griff zu bekommen. Dennoch nahm in Engpasszeiten die

¹⁶⁸ Vgl. *Horn, N.*, Regulierung und Wettbewerb am Beispiel des Strommarktes, in: RdE 2003, S. 87.

¹⁶⁹ Hierunter werden noch nicht abgeschriebene Investitionen in Anlagen verstanden, die vor einer (absehbaren) Liberalisierung getätigt wurden und sich infolge der Liberalisierung nicht mehr über die Erlöse amortisieren lassen.

¹⁷⁰ Vgl. *Kumkar, L.*, Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen – Das kalifornische Strommarktdebakel, in: ZfW 2002, S. 203 f.

¹⁷¹ *Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T.*, Democracy and Regulation – How the Public Can Govern Essential Services, 2003, S. 147.

¹⁷² Vgl. *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 8-11.

¹⁷³ Vgl. *Weare, C.*, The California electricity crisis: causes and policy options, 2003, S. 48-50.

verfügbare Reserveleistung kontinuierlich ab. Hierfür gibt es mehrere Gründe: So wurden wegen zu geringer Kapazitäten in der Genehmigungsbehörde weniger neue Kraftwerke als notwendig genehmigt und gebaut. Trotz der Warnungen des Netzbetreibers vor drohenden Engpässen mangels Reserveleistung, unternahmen weder die zuständige kalifornische Regulierungsbehörde (California Public Utility Commission, CPUC) noch der Gesetzgeber etwas. Das war, solange nicht mehrere unglückliche Umstände zusammentrafen, kein Problem. Nur kamen zu der – für einen Wettbewerbsmarkt – ungenügend ausgebauten Infrastruktur und den damit einhergehenden mangelhaften Reservekapazitäten ein heißer Sommer mit einer hohen Stromnachfrage¹⁷⁴ und eine trockene zweite Jahreshälfte, so dass die Wasserkraftwerke mangels Wasser nicht in vollem Umfang Strom erzeugen konnten. Es musste in großem Umfang auf Kraftwerke zurückgegriffen werden, welche mit fossilen Brennstoffen befeuert werden, was die SO₂-Emissionszertifikate verknappte; mit deren Preis stiegen die Stromerzeugungskosten.¹⁷⁵ Da es den privaten Energieversorgungsunternehmen untersagt war, sowohl Schwankungen der Großhandelspreise durch Hedging¹⁷⁶ oder langfristige Lieferverträge abzusichern als auch über Strombörsen außerhalb Kaliforniens Strom zu kaufen, mussten sie bei festgelegten Endkundenpreisen ruinöse Einkaufspreise entrichten. Selbst, wenn außerhalb Kaliforniens Strom zugekauft worden wäre, wäre der Transport nicht möglich gewesen: Das Netz war noch immer nicht den veränderten Bedingungen angepasst worden – es waren weder die nötigen Kapazitäten vorhanden, noch gab es genügend Verbindungen zu anderen Netzen; zudem wurde das Netz ineffizient betrieben und genutzt.¹⁷⁷

Bereits 1999 bemängelte die FERC, dass die organisatorische Entflechtung nicht ausreiche, Informationsasymmetrien zwischen ihr und den Energieversorgungsunternehmen hinreichend zu beseitigen; für die vertikal integrierten Versorgungsunternehmen seien die Anreize, nichtdiskriminierende Netznutzungskonditionen zu gewähren, noch zu gering. Hinzu kamen mächtige Erzeugungsunternehmen wie Enron, die in Spitzenlastperioden gezielt Knappheiten erzeugten, indem sie Kraftwerke vom Netz nahmen¹⁷⁸ oder sich Übertragungskapazitäten im Netz reservierten und so blockierten, damit der Erzeugungsengpass nicht umgangen werden konnte.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Sie entsteht insbesondere durch den Betrieb elektrischer Klimaanlagen.

¹⁷⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 73 Tz. 257.

¹⁷⁶ Absicherung gegen Preis oder Kursschwankungen z. B. durch Terminkontrakte.

¹⁷⁷ Vgl. *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 26.

¹⁷⁸ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72 f., Tz. 255.

¹⁷⁹ Vgl. *Borenstein, S./Bushnell, J. B./Wolak, F. A.*, Measuring Market Inefficiencies in California's Restructured Wholesale Electricity Market, in: *AER* 2002, S. 1377-1405 sowie *Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T.*, Democracy and Regulation, 2003, S. 151. Missbräuchliche Kapazitätsreservierungen gab es bereits auch in Europa, wirkten sich aber (bislang) nicht so verheerend aus wie in Kalifornien. Siehe hierzu z. B. *Österreichischer Verwaltungsgerichtshof*, E. v. 7. 9. 2004, GZ 2003/05/0094 – TIWAG.

Das Versagen der kalifornischen Strommarktliberalisierung ist auf eine mangelhafte Umsetzung durch die verantwortlichen Politiker zurückzuführen. Diese berücksichtigten weder den Zustand der Erzeugungsanlagen und Netze noch die Marktstruktur hinreichend. Zudem wurden die Verteilerunternehmen sehr stark reguliert: Die Obergrenzen für die Endabnehmerpreise wurden abgesenkt und gleichzeitig die Möglichkeiten zur Absicherung vor schwankenden – weil nicht regulierten – Großhandelspreisen sehr stark eingeschränkt. Unter den oben beschriebenen Umständen war die Liberalisierung zum Scheitern verurteilt. Demzufolge dürfte das „Regulierungsrisiko“ einer fehlgeleiteten Liberalisierung und Regulierung die größte Gefahr für eine Markttransformation darstellen.¹⁸⁰

Die nationale Regulierungsbehörde FERC fordert und fördert seither verstärkt die Errichtung von unabhängigen Netzbetreibergesellschaften, sogenannten Regional Transmission Organisations (RTO), welche jeweils über mehrere Bundesstaaten hinweg die Übertragungsnetze betreiben sollen. Ihnen sollen die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen die Netze „freiwillig“ übertragen. Die Vorteile von unabhängigen Netzbetreibern werden in einer effizienteren Verwaltung, höherer Netzstabilität (und damit Versorgungssicherheit), einem geringeren Spielraum für diskriminierendes Verhalten und einer besseren Regulier- und Kontrollierbarkeit gesehen. Die FERC versucht ihren Einfluss – insbesondere durch die Gründung der RTO –, auf die Regulierung des Netzbetriebs in den Bundesstaaten auszuweiten.¹⁸¹

In Kalifornien unterliegen nun alle Erzeuger einem Kontrahierungszwang für Ausgleichsenergie mit dem Netzbetreiber: Er gilt für alle Kraftwerke, die nicht zur Erfüllung bestehender Lieferpflichten gebraucht werden.¹⁸² Das DWR übernahm große Teile des Stromhandels und der Stromversorgung. De facto ist der Markt weitgehend wieder unter staatlicher Obhut.¹⁸³

Im Mai 2003 wurde von der CPUC, der California Energy Commission und der California Power Authority ein sogenannter Energy Action Plan zur Konsolidierung des kalifornischen Strommarkts verabschiedet.¹⁸⁴ Danach sollen die Netze modernisiert und ausgebaut sowie neue Kraftwerke gebaut werden, die möglichst dezentral liegen und erneuerbare Energien zur Stromerzeugung nutzen. Ferner werden Energieeinsparungsmaßnahmen gefördert. Zusammen mit der Bundesregulierungsbehörde werden neue manipulationsresistente Marktregeln erarbeitet. Außerdem soll ein „Frühwarnsystem“ entwickelt werden, das die verantwortlichen Politiker rechtzeitig vor neu auf-

¹⁸⁰ Vgl. Kumkar, L., Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 30 f.

¹⁸¹ Vgl. Kumkar, L., Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 21-28.

¹⁸² Vgl. Kumkar, L., Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 17 u. 23 sowie Fn. 33.

¹⁸³ Vgl. Kumkar, L., Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen – Das kalifornische Strommarktdebakel, in: ZfW 2002, S. 227 f.

¹⁸⁴ Abrufbar unter: <http://www.cpuc.ca.gov/PUBLISHED/REPORT/28715.htm> (22. 8. 2005).

tretenden Problemen warnen soll.¹⁸⁵ Die Marktneuordnung soll voraussichtlich im Februar 2007 abgeschlossen werden.¹⁸⁶

3.2.3 Österreich

Die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 1997 wurde in Österreich 1998 durch das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG 1998) umgesetzt. Bis zum Jahr 2003 sollte der Markt der Endkundenversorgung in mehreren Schritten, beginnend mit einem Marktöffnungsgrad von 35 %, mittels des geregelten Netzzugangs vollständig geöffnet werden. Durch die Novellierung des EIWOG im Jahr 2000¹⁸⁷ wurde bereits zum 1. Oktober 2001 der Markt zu 100 % liberalisiert. Grund dafür sei die geringe Akzeptanz der stufenweisen Marktöffnung bei den Endabnehmern gewesen, die zunächst nicht von ihr profitieren konnten.¹⁸⁸ Die Netze waren zunächst nur buchhalterisch¹⁸⁹ und sind seit der Energierechtsnovelle von 2004 gesellschaftsrechtlich entflochten;¹⁹⁰ hier wurden ähnlich wie in Deutschland – einschließlich der 100 000er-Regelung für kleine Elektrizitätsversorgungsunternehmen¹⁹¹ – nur die Mindeststandards der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003¹⁹² übernommen. Mit drei Übertragungsnetzbetreibern und 133 Verteilnetzbetreibern ist die Struktur im Vergleich zur Marktgröße ähnlich fragmentiert wie in Deutschland.¹⁹³

Im März 2001 nahmen in Österreich die Regulierungsbehörde (Energie-Control GmbH, ECG) und die Regulierungskommission (Energie-Control Kommission, ECK) ihre Arbeit auf.¹⁹⁴ Die Regulierungsbehörde wird durch von den Netzbetreibern zu entrichtende Gebühren finanziert.¹⁹⁵

Die Energie-Control GmbH befindet sich vollständig in staatlichem Eigentum¹⁹⁶ und ist mit hoheitlichen Rechten beliehen.¹⁹⁷ Sie ist an der Schaffung der Rahmenbedingungen beteiligt, indem sie Marktregeln – wie die allgemeinen Geschäftsbedingungen, technische und organisatorische Netznutzungsregeln sowie sonstige Regelungen – ausarbei-

¹⁸⁵ Vgl. CPUC/CEC/CPA, Energy Action Plan, v. 8. 5. 2003.

¹⁸⁶ Vgl. FERC (Hg.), Press Release v. 30. 6. 2005.

¹⁸⁷ (Österr.) BGBl. I Nr. 121/2000.

¹⁸⁸ Vgl. Haberfellner, M., Liberalisierung und Regulierung des österreichischen Strommarktes, 2002, S. 4.

¹⁸⁹ Vgl. Haas, R., Regulierung und Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich: Eine kritische Analyse, in: ZfE 2002, S. 117 u. 121 f.

¹⁹⁰ Vgl. § 22 Abs. 1 u. § 26 Abs. 3 EIWOG i. d. F. d. (österr.) BGBl. I Nr. 63/2004.

¹⁹¹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 2. Uabs. RI. 2003/54/EG.

¹⁹² Vgl. Art. 10 u. 15 RI. 2003/54/EG.

¹⁹³ Vgl. Europäische Kommission (Hg.), Vierter Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, 2005, KOM (2004) 863, Technical Annexes, SEC (2004) 1720, S. 11.

¹⁹⁴ Eingerichtet durch das Energie-Regulierungsbehördengesetz (E-RBG), (österr.) BGBl. I Nr. 121/2000 i. d. F. des (österr.) BGBl. I Nr. 148/2002

¹⁹⁵ Vgl. § 7 E-RBG.

¹⁹⁶ Vgl. § 5 E-RBG.

¹⁹⁷ Vgl. Boltz, W., Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 151 f.

tet.¹⁹⁸ Hier steht der Regulierungsbehörde bei der Wahl des Regulierungsinstrumentariums ein weiter Spielraum offen,¹⁹⁹ der bis hin zu den geplanten yardstickbasierten Preisobergrenzen reicht, mit dem ein als-Ob-Wettbewerb initiiert werden soll.²⁰⁰ Von den Regelungskompetenzen sind Marktregeln ausgenommen, die Strom aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung betreffen.²⁰¹ Desweiteren überwacht sie u. a. den Wettbewerb, die Erfüllung und Einhaltung des Entflechtungsgebots durch vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie die Stromein- und -ausfuhren.²⁰² Mit der Novelle des Energie-Regulierungsbehördengesetzes 2002 ist die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Marktteilnehmern hinzugekommen.²⁰³

Die Energie-Control Kommission setzt unter anderem die Rahmenbedingungen fest,²⁰⁴ indem sie die von der ECG ausgearbeiteten Marktregeln beschließt, und dient zudem als Berufungsstelle gegen Entscheidungen der ECG.²⁰⁵ Als sogenannte Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag²⁰⁶ unterliegt die Energie-Control Kommission keinen Weisungen. Ihre Entscheidungen können nicht im Verwaltungsweg aufgehoben werden, sondern nur im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof.²⁰⁷ Die Energie-Control Kommission besteht aus drei Mitgliedern, von denen eines dem Richterstand angehören muss. Von den beiden anderen Mitgliedern muss das eine über einschlägige technische, das andere über juristische und ökonomische Kenntnisse verfügen. Das Kommissionsmitglied aus dem Richterstand wird von der Bundesregierung bestellt, die allerdings an einen Vorschlag des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes gebunden ist. Die anderen Mitglieder werden auf Vorschlag des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit ebenfalls durch die Bundesregierung bestellt. Die Amtszeit der Mitglieder beträgt fünf Jahre; ihr können weitere Amtszeiten folgen.²⁰⁸ Des Weiteren legt das Gesetz Unvereinbarkeitsbestimmungen²⁰⁹ für die Mitglieder und – in sehr engen Grenzen – deren Abberufungsmöglichkeiten fest.²¹⁰ Die Mitglieder sind ehrenamtlich tätig und – da die ECK selbst keine Mitarbeiter hat – gegenüber der ECG als ihrer Geschäftsstelle weisungsberechtigt.

Durch das Energie-Regulierungsbehördengesetz wurde zudem ein Elektrizitätsbeirat eingerichtet, der die Regulierungsbehörde und das Bundesministerium für Wirtschaft

¹⁹⁸ Vgl. § 9 E-RBG.

¹⁹⁹ Vgl. *Rodgarkia-Dara, A./Wirl, F.*, Auswirkungen der Liberalisierung des österreichischen Elektrizitätsmarktes, in: ZögU 2004, S. 39.

²⁰⁰ Vgl. *Lutz, H./Stadler, U.*, Gruppenbildung als Voraussetzung für ein funktionsfähiges Regulierungsmodell der Verteilernetze, in: ZNER 2004, S. 229.

²⁰¹ Vgl. § 11 E-RBG.

²⁰² Vgl. § 10 E-RBG.

²⁰³ Vgl. § 10a E-RBG i. d. F. des (österr.) BGBl. I Nr. 148/2002.

²⁰⁴ Vgl. § 16 Abs. 1 E-RBG.

²⁰⁵ Vgl. § 16 Abs. 2 E-RBG.

²⁰⁶ I. S. d. Art. 20 Abs. 2 bzw. Art. 133 Nr. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG).

²⁰⁷ Vgl. § 20 Abs. 2 E-RBG.

²⁰⁸ Vgl. § 17 Abs. 1 E-RBG.

²⁰⁹ Vgl. § 17 Abs. 3 E-RBG.

²¹⁰ Vgl. § 17 Abs. 4 E-RBG.

und Arbeit in Elektrizitätsmarktregulierungs- und -politikfragen berät.²¹¹ Ihm gehören je zwei Vertreter der Bundesministerien für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, für Wirtschaft und Arbeit sowie je ein Vertreter der Bundesministerien für Finanzen und Justiz, jedes Bundeslandes, des Österreichischen Städtebundes, des Österreichischen Gemeindebundes, der Vereinigung österreichischer Industrieller, der Wirtschaftskammer Österreich, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs und des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, an.²¹²

Das Österreichische System entspricht nicht ganz dem in der vorliegenden Arbeit verfolgten Ansatz, da weder die Energie-Control GmbH noch die Energie-Control Kommission Vertretern der relevanten Interessengruppen fest integriert sind. Der Elektrizitätsbeirat ist zwar mit Akteursvertretern besetzt, wird aber von Vertretern der Öffentlichen Hand dominiert und hat kein Mitentscheidungsrecht. Insofern findet keine gezielte und regulierte Akteursbeteiligung statt, sondern allenfalls informell im Rahmen der projekt- und konsensorientierten Arbeitsweise der Regulierungsbehörde.²¹³

Insgesamt werden die Liberalisierungseffekte seitens der Regulierungsbehörde positiv eingeschätzt. So wird der bis zum Jahresende 2003 realisierte Liberalisierungsgewinn auf ca. 700 Millionen Euro geschätzt, während die Regulierungsaufwendungen nur ca. 5 bis 10 % dieser Summe ausmachten. Die Netznutzungsentgelte sanken bis zu diesem Zeitpunkt um 13 %.²¹⁴ Am meisten profitierten davon die Gewerbetreibenden mit Preisabschlägen von bis zu 35 %, ²¹⁵ die vor der Liberalisierung erheblich höhere Strompreise als Haushaltskunden entrichten mussten.²¹⁶ So verwundert es nicht, dass letztere wegen der für sie vergleichsweise geringen Preissenkungen weit seltener ihren Energieversorger wechseln als gewerbliche Stromkunden.²¹⁷ Demgegenüber sieht die Europäische Kommission in ihrem 4. Benchmarkingbericht vom 5. Januar 2005 noch Verbesserungspotential für die österreichische Strommarktregulierung, insbesondere durch eine weiterreichende Entflechtung.²¹⁸ Die Effektivität der österreichischen Strommarktregulierung wird sich allerdings erst in einigen Jahren, wenn die Anfangsschwierigkeiten überwunden sind, genauer beurteilen lassen.

²¹¹ Vgl. § 26 Abs. 1 u. 2 E-RBG.

²¹² Vgl. § 26 Abs. 3 E-RBG.

²¹³ Vgl. Boltz, W., Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 152 f.

²¹⁴ Vgl. Boltz, W., Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 153.

²¹⁵ Vgl. Lamprecht, F., EPCON 2004: Liberalisierungstendenzen in Österreichs Strom- und Gasmarkt, in: ET 2004, S. 398.

²¹⁶ Vgl. Rodgarkia-Dara, A./Wirl, F., Auswirkungen der Liberalisierung des österreichischen Elektrizitätsmarktes, in: ZögU 2004, S. 35 f.

²¹⁷ Vgl. Boltz, W., Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 153. Im Zeitraum von 1998-2003 wechselten 22 % der Gewerbekunden aber nur 3 % der Haushaltskunden ihren Stromversorger. Vgl. Europäische Kommission (Hg.), Vierter Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, 2005, KOM (2004) 863, Technical Annexes, SEC (2004) 1720, S. 5.

²¹⁸ Vgl. Europäische Kommission (Hg.), Vierter Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, 2005, KOM (2004) 863, S. 5.

3.3 Die Liberalisierung des deutschen Strommarktes

In Deutschland wurde der Strommarkt erst aufgrund der Elektrizitätsbinnenmarkt-richtlinie von 1996²¹⁹ liberalisiert. Im Folgenden sollen vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Elektrizitätswirtschaft die Liberalisierung und ihre Folgen in Deutschland als Basis für die Überlegungen in den folgenden Kapiteln betrachtet werden.

3.3.1 Von den Anfängen bis zur Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts

Die Wurzeln der heutigen Netzstruktur reichen bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts zurück. Bis dahin waren Elektrizitätswerke meist private Unternehmen. Sie verteilten den selbst erzeugten Strom über eigene Leitungen zu ihren Abnehmern; sie waren kaum mit anderen Elektrizitätsversorgern vernetzt. Lediglich die Gebietskörperschaften partizipierten bereits von Anfang an durch das Wegemonopol und den darauf basierenden Konzessionsverträgen an der Elektrizitätsversorgung. Bereits vor dem Ersten Weltkrieg wurden sogenannte Überlandgesellschaften gegründet, die Hochspannungsleitungen bauten, mit denen günstiger Strom von Wasserkraftwerken in den Alpen in alpenferne Ballungszentren transportiert wurde.²²⁰ Während des Ersten Weltkriegs begann das Deutsche Reich aus strategischen Erwägungen mit dem Erwerb von Elektrizitätsversorgungsunternehmen; nach dem Ersten Weltkrieg sollte der ganze Sektor auf Reichsebene verstaatlicht werden. Die Länder übernahmen statt des Reiches den Betrieb der Verbundgesellschaften, weil ihr Vermögen nicht in die Berechnungsgrundlage der Reparationszahlungen einfluss; die Gebietskörperschaften stellten mit ihren Stadtwerken die lokale Versorgung sicher.²²¹

In diese Zeit fällt – einhergehend mit dem Entstehen flächendeckender Elektrizitätsversorgungsnetze – die bis zur Energierechtsnovelle von 1998 bestehende Aufteilung und Abgrenzung der Versorgungsgebiete durch sogenannten Demarkationsverträge.²²² Dieses System der Gebietsmonopole wurde mit dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) von 1935²²³ gefestigt. In der Folgezeit entstanden vielfältige Verflechtungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen: Die Kommunen beteiligten sich an den Regionalversorgern und Verbundunternehmen, deren Strom sie bezogen, und partizipierten sowohl an den Gewinnen ihrer Stadtwerke als auch an jenen der Lieferanten. Durch die staatliche Preiskontrolle war ihr Bestand gesichert, denn sie orientierte sich an den Kosten und nicht an der wirtschaftlichen Effizienz des Unternehmens. Zudem

²¹⁹ Richtlinie 96/92/EG v. 19. 12. 1996, ABIEG L 27 v. 30. 1. 1997, S. 20-29.

²²⁰ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 49.

²²¹ Vgl. Herzig, T., Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Stromversorgung von 1880-1990, in: Fischer (Hg.), Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, S. 134.

²²² Vgl. Pfaffenberger, W./Scheele, U./Salge, K., Energieversorgung nach der Deregulierung, 1999, S. 17 f.

²²³ Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft v. 13. 12. 1935, RGBl. I 1935, 1451-1456.

war die Elektrizitätsversorgung durch die §§ 103 und 103a GWB vom Kartellverbot ausgenommen.²²⁴

In diesem Klima entstanden integrierte Versorgungsunternehmen, die in ihrem Arbeitsgebiet alle Leistungen der Stromversorgung anboten. Sie lassen sich noch heute in drei Gruppen einteilen: Verbundunternehmen (RWE, E.ON, EnBW und Vattenfall Europe), Regionalversorger und ca. 900 kommunale Versorger (i. d. R. Stadtwerke). Durch die Verflechtungen, aber auch durch neue Beteiligungen sind viele Regional- und Kommunalversorger von den vier großen Verbundunternehmen abhängig. Kennzeichnend für integrierte Versorgungsunternehmen ist ihre starke vertikale Integration auf den Märkten der Erzeugung, des Transports und der Verteilung;²²⁵ Stadtwerke und Regionalversorger betreiben große Teile der Verteilernetze²²⁶ zur Versorgung der Endabnehmer. Die Verbundunternehmen betreiben zudem die Übertragungsnetze²²⁷ für den Elektrizitätstransport über große Strecken; diese Netze sind mit denen im angrenzenden Ausland über sogenannten Interconnectoren gekoppelt. Die Netze unterschiedlicher Spannungsebene sind über Umspannwerke miteinander verbunden.²²⁸

3.3.2 Die Liberalisierung des deutschen Strommarkts

An dieser – fast schon als naturgegeben angesehenen Marktstruktur – kam bereits Mitte der sechziger Jahre erste Kritik auf,²²⁹ die erst über zwanzig Jahre später von der Politik aufgegriffen wurde. Im Mittelpunkt dieser Kritik stand die monopolistische Struktur des Marktes mit ihren Ineffizienzen. Sie könne, so die Forderung, durch Liberalisierung und Wettbewerb behoben werden. Lediglich bei den Netzen sei wegen des natürlichen Monopols Wettbewerb nicht möglich. Der Wettbewerb solle durch die Öffnung der Netze für andere Elektrizitätsversorgungsunternehmen implementiert werden. Die Anfänge einer neuen Energiepolitik markierten in Deutschland z. B. das Stromeinspeisegesetz von 1990 und die ab 1993 beginnende Arbeit an einer Neuordnung des Elektrizitätssektors.²³⁰ In anderen europäischen Staaten wurden die Elektrizitätsmärkte schon früher liberalisiert, wie z. B. in England und Wales 1990 oder Norwegen 1991.²³¹

²²⁴ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 49 f.

²²⁵ Vgl. Eickhof, N./Kreikenbaum, D., Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: WuW 1998, S. 673.

²²⁶ Verteilernetze sind i. d. R. Mittelspannungsnetze mit 10 bzw. 20 kV Spannung und Niederspannungsnetze mit 400 bzw. 1000 V Spannung.

²²⁷ Unter Übertragungsnetzen werden i. d. R. Hochspannungsnetze ab 110 kV Spannung verstanden.

²²⁸ Müller, L., Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, 2001, S. 35 f.

²²⁹ Vgl. z. B. Gröner, H.: Ordnungspolitik in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, in: ORDO 1965, S. 333-441.

²³⁰ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 50 f.

²³¹ Vgl. Perner, J./Riechmann, C.: Netzzugangsregimes im nationalen Strommarkt – Lehren aus dem europäischen Ausland? In: ZfE 1999, S. 210 sowie Abschnitt 3.2.1 ab S. 44.

Die Europäische Union verabschiedete am 19. Dezember 1996 nach mehrjährigem Ringen ihre erste Richtlinie²³² zur Liberalisierung der Elektrizitätsversorgung in ihren Mitgliedstaaten.²³³ Mit ihr wurde der europarechtliche Rahmen für die Deregulierung des Elektrizitätsmarktes in den Mitgliedsländern der EG abgesteckt. Diese hatten mit Ausnahme dreier Mitgliedstaaten²³⁴, vom Inkrafttreten der Richtlinie am 19. Februar 1997 an, zwei Jahre Zeit, sie in nationales Recht umzusetzen.²³⁵ Nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie sollte der Strommarkt über einen Zeitraum von neun Jahren für andere Elektrizitätsversorgungsunternehmen stufenweise geöffnet werden.²³⁶ Hierfür standen der verhandelte und der geregelte Netzzugang sowie das Alleinabnehmersystem zur Wahl.²³⁷ Zudem sollten vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen insoweit entflochten werden, als das Netz von einer wenigstens buchhalterisch und informatorisch von den übrigen Unternehmensaktivitäten getrennten Abteilung betrieben wird.²³⁸ Darüber hinaus waren darin etliche Kontrollregelungen,²³⁹ Diskriminierungs- und Missbrauchsverbote²⁴⁰, aber auch Ausnahmeregelungen²⁴¹ enthalten.

Der deutsche Gesetzgeber setzte die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie mit dem am 24. April 1998 verabschiedeten Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechtes²⁴² (EnWRNregG) um. Im darin enthaltenen Energiewirtschaftsgesetz²⁴³ wurde über die Mindestvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie hinaus der Markt sofort vollständig geöffnet. Für die Entflechtung vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen wurden indes nur die Mindeststandards der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie übernommen.²⁴⁴

Indem die Eigentümer ihre Netze Dritten öffnen mussten, wurde ihre Verfügungsgewalt darüber eingeschränkt. Damit sollen auch Energieversorger ohne eigenes Netz ihre Kunden direkt beliefern können und so den Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt intensivieren.²⁴⁵ Dies sollte in erster Linie über das System des verhandelten Netzzugangs geschehen.²⁴⁶ Danach mussten sich die Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber selbst darüber einigen, zu welchen Konditionen, Preisen und technischen Anforderungen die Netze genutzt werden können. Falls die Ziele des § 1

²³² Rl. 96/92/EG ABIEG L 27 v. 30. 1. 1997, S. 20-29.

²³³ Vgl. *Kumkar, L.*: Die deutsche Energierechtsnovelle aus ökonomischer Sicht, in: ZNER 1/1998, S. 29.

²³⁴ Vier Jahre für Griechenland sowie drei Jahre für Belgien und Irland. Vgl. Art. 27 Abs. 3 Rl. 96/92/EG.

²³⁵ Vgl. Art. 27 Abs. 1 Rl. 96/92/EG.

²³⁶ Vgl. Art. 19 u. 26 Rl. 96/92/EG.

²³⁷ Vgl. Art. 17 u. 18 Rl. 96/92/EG.

²³⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 6 u. 14 Abs. 3 Rl. 96/92/EG.

²³⁹ U. a. in den Art. 10, 13, 14, 19 u. 22 Rl. 96/92/EG.

²⁴⁰ U. a. in den Art. 3, 5, 7, 8, 11, 17, 18 u. 20 Rl. 96/92/EG.

²⁴¹ U. a. in den Art. 3, 8, 11, 17, 18, 19, 23 u. 24 Rl. 96/92/EG.

²⁴² BGBl. I Nr. 23 v. 28. 4. 1998, S. 730-736.

²⁴³ Art. 1 EnWRNregG.

²⁴⁴ Vgl. § 4 Abs. 4 EnWG 1998.

²⁴⁵ Vgl. *Weizsäcker, C. C. v.*, Mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft, in: ZfW 1997, S. 119 f.

²⁴⁶ Vgl. §§ 5 u. 6 EnWG 1998.

EnWG 1998/2003 nicht erreicht oder die Versorgungssicherheit nicht gewährleistet werden konnten, hätte das Bundesministerium für Wirtschaft diese Bedingungen per Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates regulieren können.²⁴⁷ Das nach Art. 18 Rl. 96/92/EG ebenfalls mögliche Alleinabnehmersystem war im neuen Energiewirtschaftsgesetz lediglich als „Netzzugangsalternative“²⁴⁸ vorgesehen und bis Ende 2005 befristet²⁴⁹. Auf der Grundlage des § 6 Abs. 1 EnWG 1998/2003 wurde zunächst von den Verbänden Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft (VIK) und Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW) am 22. Mai 1998 eine „Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten“ (VV I)²⁵⁰ ausgehandelt. Ihr folgten die „Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie“ (VV II)²⁵¹ vom 13. Dezember 1999 und zuletzt die „Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung“ vom 13. Dezember 2001 (VV II+), an der erstmals auch die Verbände Verband der Netzbetreiber (VDN), Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungs-Unternehmen (ARE) und Verband kommunaler Unternehmen (VKU) beteiligt waren.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes 1998 wurden die Ausnahmen von den Bestimmungen des GWB durch die §§ 103 und 103 a GWB für die Elektrizitätswirtschaft durch den neu eingefügten § 103 b GWB aufgehoben.²⁵² Das GWB ist seither auf Unternehmen dieser Branche im gleichen Maße wie für andere Wirtschaftszweige anwendbar. Ausnahmen davon bilden lediglich die Übergangsbestimmungen des Art. 4 EnWRNregG: Danach können laufende Konzessionsverträge ohne die bisher übliche Ausschließlichkeit weiterbestehen.²⁵³ Der Netzzugang konnte nach der „Reziprozitätsklausel“²⁵⁴ und der „Braunkohleklausel“²⁵⁵ verweigert werden. Die Braunkohleklausel stellt Zugangsverweigerungen zum Stromnetz der neuen Bundesländer von den Verboten der §§ 6 u. 7 EnWG 1998/2003 sowie der § 19 Abs. 4 u. 20 Abs. 1 GWB frei, sofern durch das Netznutzungsbegehren Strom aus ostdeutscher Braunkohle nicht eingespeist werden kann. Damit sollte die ansonsten gefährdete Amortisierung der erst kurz vor der Strommarktliberalisierung gebauten oder

²⁴⁷ Vgl. § 6 Abs. 2 EnWG 1998.

²⁴⁸ Vgl. § 7 EnWG 1998.

²⁴⁹ Vgl. § 8 S. 3 EnWG 1998.

²⁵⁰ Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten (VV I) v. 22. 5. 1998, in: RdE 1998, XXI-XXIV.

²⁵¹ Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie (VV II) v. 13. 12. 1999, in: RdE 2000, S. I-X.

²⁵² Vgl. Art. 2 EnWRNregG.

²⁵³ Vgl. Art. 4 § 1 EnWRNregG.

²⁵⁴ Art. 4 § 2 EnWRNregG auf Grundlage v. Art. 8 Abs. 4 Rl. 96/92/EG.

²⁵⁵ Art. 4 § 3 EnWRNregG auf Grundlage v. Art. 8 Abs. 3 u. Art. 11 Abs. 3 Rl. 96/92/EG; diese Klausel konnte maximal bis zum 31. 12. 2005 verlängert werden.

modernisierten ostdeutschen Braunkohlekraftwerke gewährleistet werden.²⁵⁶ Mit der Reziprozitätsklausel kann der Netzzugang für Energieversorgungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten verweigert werden, die ihren Markt weniger weit geöffnet haben: Darf der Kunde im Herkunftsland des Netzbetreibers nicht von einem deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen beliefert werden, so darf der Netzzugang legal verweigert werden. Mit diesem, nun bis zum 1. Juli 2007 befristeten,²⁵⁷ Verweigerungsgrund soll verhindert werden, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus Mitgliedstaaten mit geringerem Marktöffnungsgrad, nicht vom Wettbewerb in anderen Mitgliedstaaten weiter geöffneten Märkten profitieren können und gleichzeitig in ihren „Stammländern“ ohne Wettbewerbsdruck Monopolrenten zur Finanzierung des Eintritts in die liberalisierten Märkte erzielen können. Nach dem Energiewirtschaftsgesetz selbst kann der Netzzugang aus „betrieblichen oder sonstigen technischen Gründen“²⁵⁸ verweigert werden. Diese Klausel ist fast wortgleich mit dem durch die 6. GWB-Novelle neu in § 19 Abs. 4 GWB als Nr. 4 eingefügten Missbrauchstatbestand der Zugangsverweigerung. Die Ablehnung eines Netznutzungsbegehrens war zugunsten regenerativer Energien bzw. Strom aus Kraft- Wärmekopplung abzuwägen.²⁵⁹

Im Mai 2003 wurde – befristet bis zum 31. 12. 2003 – durch das erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts²⁶⁰ die Verbändevereinbarung als Maßstab für „gute fachliche Praxis“ in § 6 Abs. 1 EnWG für die Preismissbrauchsaufsicht aufgenommen. Mit demselben Gesetz wurde auch § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB²⁶¹ neugefasst, so dass Beschwerden gegen Verfügungen und einstweilige Anordnungen der Kartellbehörden keine aufschiebende Wirkung mehr entfalten.

Die Europäische Kommission arbeitete indes bereits an einer Novellierung der Richtlinien über den Binnenmarkt für Gas und Elektrizität, mit denen die Liberalisierung dieser Märkte beschleunigt werden sollte;²⁶² sie wurden am 26. Juni 2003 vom Europäischen Rat und dem Europäischen Parlament verabschiedet.²⁶³

Danach muss nun der Netzbetrieb hinsichtlich Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt von den übrigen Versorgungsaktivitäten integrierter Elektrizitäts-

²⁵⁶ Vgl. *Theobald, C.*, Bewertung der sogenannten Braunkohleschutzklausel vor dem Hintergrund ihrer Genehmigung durch die Europäische Kommission am 8. Juli 1999, in: ZNER 1999, S. 84.

²⁵⁷ Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. c) RI. 2003/54/EG.

²⁵⁸ § 6 Abs. 1 EnWG 1998/2003, § 20 Abs. 2 EnWG 2005.

²⁵⁹ Vgl. § 6 Abs. 3 EnWG 1998/2003.

²⁶⁰ Vgl. Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 686-689.

²⁶¹ i. d. F. des Art. 3 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 689.

²⁶² Vgl. *Neveling, S./Theobald, C.*, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Energiehandels: Die Vorschläge der Europäischen Kommission zur Anpassung der Strom- und Gasrichtlinien, in: EuZW 2002, S. 107-111.

²⁶³ RI. 2003/54/EG v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABIEU L 176/2003 v. 15. 7. 2003, S. 37-55 und RI. 2003/55/EG v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABIEU L 176/2003 v. 15. 7. 2003, S. 57-78.

versorgungsunternehmen getrennt werden; eine eigentumsrechtliche Trennung des Netzes ist hingegen nicht erforderlich.²⁶⁴ Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit weniger als 100 000 Kunden können davon ausgenommen werden,²⁶⁵ was insbesondere kleineren Stadtwerken zugute kommen soll. Überdies sind von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft vollkommen unabhängige Regulierungsbehörden einzurichten,²⁶⁶ die zumindest die Modalitäten der Netznutzungsbedingungen und der –entgeltberechnung genehmigen müssen.²⁶⁷ Der verhandelte Netzzugang mit den Verbändevereinbarungen ist nun selbst bei Umsetzung der Mindestvorgaben nicht mehr möglich.

Der deutsche Gesetzgeber setzte mit der am 17. Juni 2005 verabschiedeten Energierechtsnovelle die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie mit einjähriger Verspätung in nationales Recht um. Damit wurden der verhandelte Netzzugang und das Alleinabnehmersystem abgeschafft und durch den geregelten Netzzugang ersetzt.²⁶⁸ Im Zuge dessen wurde die schon im April 2003 von der Bundesregierung beschlossene Regulierungsbehörde für Strom und Gas²⁶⁹ eingerichtet.²⁷⁰ Hierfür wurde mit dem Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zur Bundesnetzagentur umgewandelt, die fortan für die Regulierung der Netze für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen zuständig ist.²⁷¹ Neben der Bundesnetzagentur sind Landesregulierungsbehörden einzurichten, die für Elektrizitätsversorgungsunternehmen zuständig sind, wenn deren Verteilungsnetz innerhalb eines Bundeslandes liegt und es weniger als 100 000 Anschlüsse²⁷² von Endabnehmern aufweist. Die Länder können über eine Organleihe die Aufgaben der Landesregulierungsbehörden auf die Bundesnetzagentur übertragen.²⁷³

Für die Regulierung der Entgelte und Netznutzungsbedingungen gehen die Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes über die Mindeststandards der Richtlinie hinaus: Kostenorientiert kalkulierte Entgelte bedürfen der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.²⁷⁴ Alternativ kann per Rechtsverordnung eine Anreizregulierung gewählt werden, bei der die Preise und Netznutzungsbedingungen den Netzbetreibern

²⁶⁴ Vgl. Art. 10 u. 15 Rl. 2003/54/EG.

²⁶⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 2 2. Uabs. Rl. 2003/54/EG.

²⁶⁶ Vgl. Art. 23 Abs. 1 Rl. 2003/54/EG.

²⁶⁷ Vgl. Art. 23 Abs. 2 Rl. 2003/54/EG.

²⁶⁸ Vgl. *Scholtka, B.*, Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW 2005, S. 2422 f.

²⁶⁹ Vgl. *o. V.*, Bundesregierung beschließt Regulierungsbehörde für Strom und Gas, in: WuW 2003, S. 453.

²⁷⁰ BGBl. I, 2005, S. 2009-2012.

²⁷¹ Vgl. Art. 2 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes v. 7. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2009-2012.

²⁷² Zur Definition und Abgrenzungsfragen siehe *Europäische Kommission*, Die Entflechtungsordnung, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, S. 16-18.

²⁷³ Vgl. § 54 Abs. 2 EnWG, s. hierzu auch *Neveling, S.*, Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen, in: ZNER 2005, S. 267 f.

²⁷⁴ Vgl. § 23a EnWG 2005.

vorgegeben werden können.²⁷⁵ Insgesamt mutet das nach langwierigen Verhandlungen fast ein Jahr nach Ablauf der Umsetzungsfrist verabschiedete Energiewirtschaftsgesetz weit komplizierter als notwendig an: Es umfasst im Vergleich zu den 32 Artikeln der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 126 Paragraphen. Hinzu kommen mehrere Ermächtigungen für Rechtsverordnungen, aufgrund derer mittlerweile die Netzzugangs- und Netzentgeltsverordnungen für Strom²⁷⁶ und Gas²⁷⁷ erlassen wurden, welche die Übersichtlichkeit des Energierechts noch weiter vermindern.²⁷⁸

In das am 17. Juni 2005 verabschiedete Energiewirtschaftsgesetz²⁷⁹ wurden für die Entflechtung nur die Minimalanforderungen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie einschließlich der 100 000er-Regelung für kleine Elektrizitätsversorgungsunternehmen übernommen.²⁸⁰

Auf die Regelungen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie und des Energiewirtschaftsgesetzes soll an dieser Stelle im Einzelnen nicht weiter eingegangen werden. Die für diese Arbeit relevanten Bestimmungen werden in den folgenden Kapiteln genauer behandelt.

3.3.3 Die Marktentwicklung seit der Liberalisierung

Im Vorfeld der bereits absehbaren Liberalisierung des Strommarktes begann Mitte der 90er Jahre eine starke Konzentration in der Branche. In der zweiten Hälfte des Jahres 1997 fusionierten das Badenwerk und die Energieversorgung Schwaben zur Energie Baden-Württemberg AG (EnBW). Im Jahr 2000 folgten die Fusionen des RWE mit den VEW sowie jene von VEBA und VIAG zur E.ON AG. Diese beiden Fusionen wurden vom Bundeskartellamt bzw. der Europäischen Kommission unter Auflagen genehmigt.²⁸¹ Sowohl RWE als auch E.ON mussten gegenseitige Verflechtungen lösen und ihre Beteiligungen an den HEW, der VEAG und der Bewag veräußern. Diese Beteiligungen wurden im Jahr 2001 von den HEW übernommen, die ihrerseits mittlerweile zum schwedischen Stromkonzern Vattenfall gehören; sie sind heute unter Vattenfall

²⁷⁵ Vgl. § 21a EnWG 2005.

²⁷⁶ Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV), BGBl. I, 2005, S. 2243-2251 sowie Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV), BGBl. I, 2005, S. 2225-2242.

²⁷⁷ Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNZV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2210-2224 sowie Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2197-2209

²⁷⁸ Vgl. *Nagel, B.*, Probleme des Unbundling nach dem neuen Energiewirtschaftsrecht aus der Sicht der Stadtwerke, in: ZNER 2005, S. 147.

²⁷⁹ BGBl. I, 2005, S. 1970-2009.

²⁸⁰ Vgl. §§ 6-10 EnWG 2005.

²⁸¹ Vgl. *BKartA*, Entscheidung v. 3. 7. 2000, B8-40000-U-309/99, – RWE/VEW, S. 112 und *Europäische Kommission*, E. v. 13. 6. 2000, COMP/M. 1673 – VEBA/VIAG.

Europe zusammengefasst.²⁸² Die Verflechtung der Verbundunternehmen untereinander nahm ab; die Konzentration nahm stark zu.

Seit der Liberalisierung nahm die Konzentration der Elektrizitätsversorgungsunternehmen durch Beteiligungen der Verbundunternehmen an Regionalversorgern und Stadtwerken erheblich zu. Insgesamt wurden dem Bundeskartellamt in den Jahren 2002/2003 210 Unternehmenszusammenschlüsse oder Anteilsübernahmen angezeigt, an denen die vier Verbundunternehmen beteiligt waren.²⁸³ Sie konnten diese Beteiligungen aus den hohen, in der Zeit vor der Deregulierung und z. T. aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen gebildeten Rückstellungen finanzieren.²⁸⁴ Die vertikale Vorwärtsintegration wird durch den zunehmenden Rückzug der öffentlichen Anteilseigner aus den Versorgungsunternehmen noch begünstigt, dessen Ursache oft in deren leeren Kassen liegt. Mit der Veräußerung ihrer Beteiligungen verlieren sie zunehmend die Kontrolle über die Netze und ihre Einflussmöglichkeiten auf deren Betrieb.²⁸⁵ Dafür erlangen die Verbundunternehmen den Zugriff auf untergeordnete Netzebenen sowie den direkten Zugang zu mehr Endverbrauchern und dominieren nach wie vor den Elektrizitätsmarkt.²⁸⁶

Hier wurde bei der Liberalisierung eine Chance für eine vergleichsweise günstige eigentumsrechtliche Entflechtung vertan: Bei der Entflechtung der vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die sich zumindest teilweise im öffentlichen Eigentum befanden, hätte man den öffentlichen Anteil vollkommen auf den Netzbetreiber konzentrieren können. Im Gegenzug dazu wäre der Anteil der öffentlichen Hand am verbleibenden Unternehmen entsprechend geringer gewesen oder hätte aufgegeben werden müssen.²⁸⁷ Falls der öffentliche Anteil an dem Unternehmen geringer als der Wert der Netze gewesen wäre,²⁸⁸ hätte nur diese Differenz den übrigen Anteilseignern ersetzt werden müssen. Allerdings gab es auch zum Zeitpunkt der Liberalisierung vollständig private vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen, bei

²⁸² Vgl. Zur Geschichte und Entwicklung des Unternehmens sowie zu den Besitzverhältnissen und zum Konzernüberblick vgl. *Liedtke, R.*, Wem gehört die Republik? Die Konzerne und ihre Verflechtungen, 2003, S. 244-248.

²⁸³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 288 f.

²⁸⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 445.

²⁸⁵ Vgl. *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 81 f. u. 155-159.

²⁸⁶ Vgl. z. B. *Brunekreeft, G./Keller, K.*, Netzzugangsregime und aktuelle Marktentwicklung im deutschen Elektrizitätssektor, in: *ZfE* 2000, S. 163 f. sowie *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, in: *BB* 2001, S. 2333-2337.

²⁸⁷ Dies wäre z. B. bei der EnBW möglich gewesen, die sich 1998 noch vollständig in öffentlichem Eigentum befand. Vgl. *Hoppenstedt (Hg.)*, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt, 1998, Bd. II, S. 17.

²⁸⁸ So wahrscheinlich z. B. beim Bayernwerk, das sich nur zu etwas über 27 % in öffentlichem Eigentum befand. Vgl. *Hoppenstedt (Hg.)*, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt, 1998, Bd. II, S. 485 i. V. m. S. 561.

denen die eigentumsrechtliche Entflechtung in dieser Weise nicht möglich gewesen wäre.²⁸⁹

Unmittelbar nach der Marktöffnung sind zahlreiche Elektrizitätsversorgungsunternehmen neu in den deutschen Strommarkt eingetreten, weshalb die Strompreise zunächst beträchtlich sanken. Durch die Substituierbarkeit des Elektrizitätslieferanten entstand zwischenzeitlich ein starker Wettbewerb um die Endkunden. Dies führte zu einer stärkeren Ausdifferenzierung der Tarife und ließ die Erzeugerpreise teilweise bis auf Höhe der Grenzkosten fallen.²⁹⁰ Im Durchschnitt sanken die Endverbraucherpreise für private Haushalte um knapp 9 % und für gewerbliche Abnehmer um ca. 30 %.²⁹¹ Die Wettbewerbsdynamik der Anfangsphase der Liberalisierung dauerte nur kurze Zeit: Seit Mitte 2000 steigen die Strompreise wieder, sie liegen seit 2003 über denen vor der Liberalisierung und sind nach den italienischen die höchsten in der Europäischen Union.²⁹² Die ehemaligen Gebietsmonopolisten können mit ihren abgeschriebenen Kraftwerken Strom günstiger anbieten als neu in den Markt eingetretene Erzeuger. Damit konnten potentielle Konkurrenten vom Marktzutritt abgehalten und gleichzeitig Marktanteile gesichert werden. Von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die dennoch neu in den Markt eintraten, ist eine beträchtliche Anzahl mittlerweile bereits wieder aus dem Markt ausgeschieden. Halten konnten sich neben der Leipziger Strombörse²⁹³ im Stromhandel zumeist neugegründete Tochterunternehmen der etablierten Verbund- und Regionalversorger und in der Stromerzeugung ausschließlich Erzeugungsunternehmen, die Strom aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung gewinnen.²⁹⁴ Nicht integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen befanden sich in einer ungünstigen Ausgangsposition: Sie verfügten im Gegensatz zu den kapitalstarken Exmonopolisten zum einen über keinen Kundenstamm und sind zum anderen mangels vertikaler Integration auf den diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen angewiesen. Letztere waren als Unternehmensteile der ehemaligen Gebietsmonopolisten nicht immer bereit, ihre Netze widerspruchsfrei zu öffnen²⁹⁵ oder erhoben teilweise überhöhte Netznutzungsentgelte, um so den Marktzutritt für Dritte zu erschweren.²⁹⁶ Der grenzüberschreitende

²⁸⁹ Als größtes von ihnen sei hier die Preussen Elektra genannt. Vgl. *Hoppenstedt (Hg.)*, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt, 1998, Bd. I, S. 1642 i. V. m. S. 1049.

²⁹⁰ Vgl. *o. V.*, Deutsche Stromerzeuger in Schwierigkeiten, in: FAZ v. 10. 10. 2000, S. 19.

²⁹¹ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 448.

²⁹² Vgl. *Ristau, O.*, Europameister der Strompreise, in: FR v. 25. 9. 2004.

²⁹³ Zunächst gab es auch in Frankfurt/M. eine Strombörse.

²⁹⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 447, Tz. 1150 f.

²⁹⁵ So musste z. B. der Zugang zum Netz der Bewag vor dem BKartA erstritten werden; vgl. *BKartA*, E. v. 30. 8. 1999, B8-40100-T-99/99.

²⁹⁶ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 399 f.

Stromhandel konnte wegen der begrenzten Kapazität der Kuppelstellen zum Ausland ebenfalls nur wenig zur Wettbewerbsbelebung beitragen.²⁹⁷

Eine Ursache des bisher geringen Liberalisierungserfolgs liegt in der unzureichenden Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Wertschöpfungsstufen im Strommarkt, die den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ausreichende Diskriminierungsspielräume belässt. Mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes einhergehende Informationsvorteile konnten zumindest bis zur Energierechtsnovelle 2005 zur Behinderung von Konkurrenten genutzt werden. Der Netzzugang wird selten direkt, sondern meist indirekt, beispielsweise durch überhöhte Netznutzungspreise, verweigert. Netzbetreiber könnten zum Beispiel versuchen, Gemeinkosten aus anderen Unternehmenssparten zum Teil in die Netznutzungsentgelte hineinzukalkulieren und so über die unternehmensinterne Quersubventionierung Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten auf vor- und nachgelagerten Marktstufen erlangen.²⁹⁸ Diese Praxis ist mit dem Gleichbehandlungsgebot im Energierecht vereinbar, solange für unternehmensinterne Netznutzungen dieselben Entgelte erhoben werden.²⁹⁹

Ein weiteres schwerwiegendes Manko der Liberalisierung war der verhandelte Netzzugang. Die Marktakteure wurden bei der Aushandlung der Netznutzungspreise und -modalitäten weitgehend sich selbst überlassen. Es gab keine Regulierungsinstitution, die für einen angemessenen Ausgleich der Machtungleichgewichte zwischen den verschiedenen Akteuren sorgen konnte. Stattdessen mündete die Selbstorganisation in die bereits erwähnten Verbändevereinbarungen.³⁰⁰ Mit ihnen sollten – wie mit einer Regulierung – die Transaktionskosten verringert werden. Allerdings waren bei weitem nicht alle Akteure durch die beteiligten Verbände vertreten, so dass vorwiegend die Interessen letzterer zu Lasten der nichtbeteiligten Akteure in diese Vereinbarungen eingingen. Die Vereinbarungen wurden zwar von mal zu mal verbessert, konnten aber den Ruch einer Kartellvereinbarung nie vollständig verlieren. Auch wenn sie zunächst nicht allgemeinverbindlich waren, waren sie von erheblicher Bedeutung, da die Netzbetreiber sie mit ihrer Marktmacht gut als Vertragsgrundlage durchsetzen konnten. Sie erlangten durch ihre mittlerweile ausgelaufene³⁰¹ Verrechtlichung nahezu Gesetzescharakter: Die „gute fachliche Praxis“ bei der Kalkulation der Netznutzungsentgelte wurde nach § 6 Abs. 1 EnWG i. d. F. v. 20. Mai 2003 automatisch angenommen, wenn die Regeln dieser Vereinbarungen eingehalten wurden.³⁰² Die Möglichkeiten des Marktmachtmissbrauchs durch die vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Netzbetreiber wurden damit zementiert. Dem Bundeskartellamt wurde –

²⁹⁷ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 447, Tz. 1152 f.

²⁹⁸ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 450, Tz. 1163.

²⁹⁹ Vgl. § 6 Abs. 1 EnWG 1998/2003, § 21 Abs. 1 EnWG 2005.

³⁰⁰ Zu den einzelnen Vereinbarungen und den daran beteiligten Verbänden siehe S. 58.

³⁰¹ Sie war durch § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG 2003 bis zum 31. 12. 2003 befristet.

³⁰² Vgl. zur Verrechtlichung u. a. *Schmidt-Preuß, M.*, Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 262-266.

obwohl eine neue Abteilung eingerichtet wurde, die sich gezielt mit Netzzugangsverweigerungen in der Stromwirtschaft zu befassen hatte – damit eine effektive Missbrauchskontrolle der Netznutzungsentgelte erheblich erschwert.³⁰³ Mittlerweile stellte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 28. Juni 2005 fest, dass die Vermutung guter fachlicher Praxis bei der Preisgestaltung nach der Verbändevereinbarung II+, wie sie nach § 6 Abs. 1 EnWG gilt, einen Missbrauch nach § 19 Abs. 4 GWB nicht ausschliesse.³⁰⁴ Allerdings ist durch die Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 2005 das GWB auf Netzbetrieb, -nutzung und -entgelte nur noch unter sehr restriktiven Bedingungen anwendbar.³⁰⁵

Die Lage konnte auch durch das erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts³⁰⁶ schon etwas abgemildert werden, weil seither – wie vom Präsidenten des Bundeskartellamtes im Sommer 2001 gefordert³⁰⁷ – Entscheidungen der Kartellbehörden zur Netzöffnung durch den neugefassten § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB³⁰⁸ sofort vollziehbar sind.

³⁰³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 443, Tz. 1138.

³⁰⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 28. 6. 2005, KVR 17/04 – Stadtwerke Mainz, S. 9 f.

³⁰⁵ Vgl. § 111 EnWG i. V. m. § 130 Abs. 3 GWB.

³⁰⁶ Vgl. Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 686-689.

³⁰⁷ Vgl. o. V., Böge: Ein Kartell steht kurz vor dem Auffliegen, in: *SZ* v. 6. 7. 2001, S. 22.

³⁰⁸ i. d. F. des Art. 3 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 689.

4 Neuordnung des Netzbetriebs im liberalisierten Strommarkt

Als physische Basis sind Stromnetze zur Entfaltung des Wettbewerbs im Elektrizitätsmarkt unabdingbar.³⁰⁹ Das Netzmonopol verleiht seinem Inhaber eine erhebliche Marktmacht im Strommarkt und – damit verbunden – ein großes Missbrauchspotential. Soll der Wettbewerb primäres Steuerungsinstrument einer effizienten und zuverlässigen Versorgung sein, so ist der Strommarkt zunächst neu zu ordnen. Eine Regulierungsinstitution ist erst als Substitut für tatsächlich nicht möglichen Wettbewerb im Netz zu schaffen, damit wenigstens auf vor- und nachgelagerten Marktstufen Wettbewerb zustande kommt und bestehen bleibt.³¹⁰ Der Betrieb des Netzes muss so ausgestaltet sein, dass mit dem Netzmonopol keine anderen unerwünschten Interessen verfolgt werden können; insbesondere integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen sollen damit nicht ihre Interessen als Erzeuger oder Händler verfolgen und unternehmensfremde Netznutzer behindern können.

Zunächst werden im Folgenden die Aufgaben, die dem Netzbetreiber zukünftig obliegen sollten, dargelegt. Daraufhin werden die verschiedenen Möglichkeiten, über die das Netz als Basis für Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Marktstufen genutzt werden kann, vorgestellt, bevor im Anschluss die Entflechtung des Netzbetriebs von diesen Marktstufen diskutiert wird. Geklärt werden müssen insbesondere die Übertragung des Netzbetriebs auf einen unabhängigen Betreiber aus eigentumsrechtlicher Sicht und damit möglicherweise verbundene Einschränkungen der Berufsfreiheit der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Dies sollte ungeachtet der herrschenden Meinung, das Netz oder der Netzbetrieb könne wegen hoher Entschädigungszahlungen nicht auf ein eigentumsrechtlich von den anderen Marktstufen der Elektrizitätsversorgung unabhängiges Unternehmen übertragen werden,³¹¹ überprüft werden. Aus der Entflechtung resultieren ihrerseits Erfordernisse für die Konstitution des Netzbetreibers, die am Schluss dieses Kapitels kurz behandelt werden.

4.1 Aufgaben des Netzbetreibers

Die Aufgaben, welche dem Netzbetreiber im liberalisierten Strommarkt obliegen sollten, umfassen die Bereitstellung und Vorhaltung der Infrastruktur und den Betrieb des Netzes.³¹² Die Netzbetreiber verfügen über die meisten Informationen über den Zu-

³⁰⁹ Vgl. Kumkar, L., Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, 2001, S. 25.

³¹⁰ Vgl. Nagel, B./Scheele, U./Pollem, O., Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in der Europäischen Union, im Erscheinen, Abschnitt 4.2.

³¹¹ So z. B. M. Wagemann beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 111, a. A. Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

³¹² Vgl. Bausch, C., Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2003, S. 69.

stand und die Nutzung des Netzes. Aus den damit einhergehenden Einwirkungsmöglichkeiten erwächst ihnen eine große Verantwortung für das Netzsystem.³¹³

Die Bereitstellung und Vorhaltung der Infrastruktur umfasst den Bau, Ausbau und Unterhalt der Stromleitungen, Umspannwerke/Transformatoren, Schaltanlagen und Kuppelstellen.³¹⁴ Die Kapazität muss im Interesse der Versorgungssicherheit zum einen die Nachfrage dauerhaft decken können, weshalb sie nach der Spitzenlast auszuliegen ist. Damit der Netzbetreiber die Kapazitäten anpassen (insbesondere: erweitern) kann, bedarf er frühzeitiger Informationen über mögliche dauerhafte Veränderungen der Netzauslastung, wie sie z. B. von Kraftwerksneubauten oder Ansiedelung stromintensiven Gewerbes ausgehen können. Zum anderen muss das Netz eine hinreichend große Redundanz aufweisen, damit bei Ausfällen einzelner Leitungen oder Anlagen nicht sofort die Versorgung zusammenbricht. Als Richtwert gilt für Leitungen, dass mindestens eine auf die Spitzenlast dimensionierte Reserveleitung bereitsteht, bei Umspannstationen sind wegen längeren Ausfällen durch Wartungsarbeiten mindestens zwei bis drei Ersatzanlagen erforderlich.³¹⁵

Daneben ist der Netzbetreiber für einen möglichst reibungslosen Systembetrieb verantwortlich, d. h. er muss für eine konstante Spannung, Frequenz und Lastverteilung im Netz sorgen.³¹⁶ Zum einen kann er über möglichst exakte Prognosen der Entnahmen die Einspeisungen in das Netz so koordinieren, dass sich nur minimale Abweichungen ergeben. Dafür müssen dem Netzbetreiber von den Versorgern möglichst exakte Lastprofile und die Entnahmeorte ihrer Kunden sowie von den Erzeugern deren geplante Einspeisungen und die Verfügbarkeit der Kraftwerke mitgeteilt werden.³¹⁷ Dies können z. T. sehr sensible Informationen mit erheblichem Nutzen für konkurrierende Unternehmen sein. Gegenüber anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen muss der Netzbetreiber deshalb zur Verschwiegenheit verpflichtet sein. Diskriminierungs- und Missbrauchsmöglichkeiten erwachsen ihm auch bei Netzengpässen³¹⁸: Er kann knappe Kapazitäten nutzen (und schaffen), um stark überhöhte Preise durchzusetzen oder bestimmten Nutzern den Zugang zum Markt zu entziehen. Beide Probleme verschärfen sich, wenn der Netzbetreiber einem auch auf anderen Marktstufen tätigen Unternehmen angehört. Zum anderen müssen im laufenden Betrieb Spannung, Frequenz und Lastfluss ständig überwacht und die Einspeisungen mit den Entnahmen synchronisiert werden. Damit eine gleichmäßige Versorgung gewährleistet ist, sind Störungen möglichst frühzeitig zu erkennen und zu beheben. Weichen die geplanten

³¹³ Vgl. Begründung zu § 13 EnWGE, BT-Drs. 15/3917, S. 102.

³¹⁴ Vgl. *Just, C.*, Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 67.

³¹⁵ Vgl. *Bausch, C.*, Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2003, S. 61.

³¹⁶ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 71 f., Tz. 253.

³¹⁷ Vgl. § 12 Abs. 4 EnWG 2005.

³¹⁸ Ein Engpass liegt vor, wenn mehr Elektrizität nachgefragt wird, als über das Netz bereitgestellt werden kann. Vgl. *Bausch, C.*, Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2003, S. 71.

Einspeisungen und Entnahmen zu sehr voneinander ab, so muss der Netzbetreiber diese Differenzen ausgleichen, damit keine Stromausfälle oder Überlastschäden eintreten: Übersteigt die eingespeiste Strommenge die Entnahme, so muss der Netzbetreiber Kraftwerke vom Netz nehmen können. Im umgekehrten Fall muss er die Differenz ausgleichen, indem er Ausgleichsenergie abrufen und einspeisen lässt oder Verbraucher vom Netz nimmt, mit denen er dies vereinbart hat.³¹⁹

Die Betreiber miteinander verbundener Netze müssen wegen der damit einhergehenden gegenseitigen Abhängigkeit bei der Netzstabilität auch untereinander Informationen über die geplanten Lastflüsse (sog. Fahrpläne) und allfällig auftretende Abweichungen austauschen, damit das gesamte System sicher und ausgeglichen betrieben werden kann.³²⁰

Eine weitere mögliche Aufgabe könnte die Erfassung der Abrechnungsdaten der Endabnehmer für die Stromversorger sein, worunter die Zählerbereitstellung und -ablesung fallen.³²¹ Allerdings können solche Leistungen auch von gewerblichen Ablesediensten erbracht werden. Demzufolge stellt dies keine Leistung dar, die dem Netzbetreiber ausschließlich vorbehalten werden sollte,³²² sondern – wie nach § 21b EnWG 2005 nun möglich – von Dritten und damit im Wettbewerb erbracht werden kann.³²³

4.2 Netznutzung für Dritte als Marktzutrittsvoraussetzung

Für die Entfaltung von Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten ist der Zugang zum Netz als Transportmittel – neben der Entflechtung und unabhängig vom Entflechtungsgrad – eine unabdingbare, wenngleich nicht hinreichende Voraussetzung.³²⁴ Es muss eine diskriminierungsfreie Nutzungsmöglichkeit des Netzes für Stromerzeuger und -händler geschaffen werden; dies gilt wegen der Monopoleigenschaft des Netzes auch bei vollkommen unabhängigen Netzbetreibern.

4.2.1 Netznutzungsregelungen

Die Nutzung fremder Netze kann nach verschiedenen Systemen stattfinden: Zum einen kann ein Netz in den Varianten verhandelter Netzzugang und geregelter Netzzugang unmittelbar für den Zugang Dritter zur Belieferung ihrer Kunden geöffnet wer-

³¹⁹ Vgl. *Bausch, C.*, Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2003, S. 70.

³²⁰ Vgl. § 12 Abs. 2 EnWG 2005.

³²¹ Vgl. *de Wyl, C./Neveling, S.*, Regulierung der Zugangsbedingungen zu den Strom- und Gasnetzen, in: ZNER 2003, S. 185.

³²² A. A.: *OLG Düsseldorf*, das solche Leistungen als integralen Bestandteil des Netzbetriebs ansieht. Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 12. 2003, Kart. 5/03 (V) = RdE 2004, S. 75-77; ZNER 2004, S. 79-80; WuW 2004, S. 518-521 (= DE-R, S. 1236-1239) – RWE-Net.

³²³ Vgl. hierzu: *Zayer, P.*, Liberalisierung des Messwesens, in: ET-Special 2005, S. 22-28.

³²⁴ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 46.

den³²⁵. Der Zugang zum Netz ist – abgesehen von wenigen Ausnahmen – gegen ein angemessenes Entgelt diskriminierungsfrei zu gewähren.³²⁶ Der Netzbetreiber muss in seinem Netzgebiet zudem jeden Endabnehmer an sein Netz anschließen, der dies wünscht.³²⁷ Zum anderen kann die Netznutzung über das Alleinabnehmer- sowie dem Poolmodell stattfinden, bei denen ein Unternehmen die Belieferung aller Endabnehmer innerhalb seines Versorgungsgebietes übernimmt.³²⁸ Während 1998 das Alleinabnehmersystem in das deutsche Energiewirtschaftsgesetz als „Netzzugangsalternative“ einging, war das Poolmodell im deutschen Energierecht nie vorgesehen. Dennoch soll es nach dem Alleinabnehmersystem kurz erläutert werden.

Waren die Netznutzungssysteme in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 1996³²⁹ noch explizit enthalten und geregelt, so enthält die im Juni 2003 verabschiedete Neufassung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie³³⁰ nur noch Rahmenbedingungen zur Ausgestaltung der Netznutzungssysteme, die eine Präferenz für den geregelten Netzzugang nahe legen; der verhandelte Netzzugang ist seither nicht mehr möglich. Der Netzzugang ist von Mitgliedstaaten so zu regeln, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowie Elektrizitätserzeuger Zugang zu den Netzen erlangen und so die im Mitgliedstaat zugelassenen Kunden versorgen können. Die Berechnungsmodalitäten der Netznutzungstarife müssen zumindest durch die zuständige Regulierungsbehörde überprüft, genehmigt und daraufhin veröffentlicht werden.³³¹

Im Folgenden werden der Vollständigkeit halber die vier gebräuchlichen Netznutzungssysteme – auch wenn sie nicht in Deutschland eingesetzt werden oder wurden – kurz vorgestellt.

4.2.1.1 Verhandelter Netzzugang

Bei dem verhandelten Netzzugang beschränkt sich die staatliche Regulierung auf das Setzen der Rahmenbedingungen und die Missbrauchsaufsicht. Die Details und Preise der Netznutzung müssen dagegen sowohl der Endabnehmer als auch der Elektrizitätsversorger jeweils mit dem Netzbetreiber verhandeln, an dessen Netz sie angeschlossen sind.

³²⁵ Vgl. *Kumkar, L.*, Alternative Liberalisierungsmodelle für die Stromwirtschaft: Eine komparative Institutionenanalyse, 1999, S. 5-43.

³²⁶ Vgl. Art. 20 i. V. m. Art. 3 Rl. 2003/54/EG sowie § 20 u. 21 EnWG 2005.

³²⁷ Vgl. Art. 20 Rl. 2003/54/EG.

³²⁸ Vgl. *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 145.

³²⁹ Rl. 96/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt v. 19. 12. 1996, ABIEG L 27 v. 30. 1. 1997, S. 20-29.

³³⁰ Rl. 2003/53/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG v. 26. 6. 2003, ABIEU L 176 v. 15. 7. 2003, S. 37-55.

³³¹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 Rl. 2003/54/EG i. V. m. Art. 23 Rl. 2003/54/EG.

Der verhandelte Netzzugang ermöglicht eine flexible Gestaltung der Netznutzungsvereinbarungen.³³² Veränderten Marktbedingungen können die Marktteilnehmer mit geringerem Aufwand schneller Rechnung tragen als bei einem höheren Regulierungsgrad.³³³ Allerdings eröffnet der verhandelte Netzzugang auch ein großes Behinderungspotential, das in erster Linie im Leitungsmonopol des Netzbetreibers begründet ist.

Insbesondere für vertikal integrierte Versorgungsunternehmen besteht ein Anreiz, mittels Netzzugangsverweigerungen Konkurrenten der eigenen Energieversorgungsaktivitäten vom Markt fernzuhalten und sie im Extremfall ganz zu verdrängen. Ist es einem integrierten Netzbetreiber möglich, glaubhaft mit der Verweigerung des Netzzugangs zu drohen, so kann er Monopolpreise setzen. Mit der erlangten Monopolrente kann er den Verdrängungswettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten quersubventionieren. Solch offensichtlichen Wettbewerbsbeschränkungen ist zwar sowohl im Energierecht als auch im Wettbewerbs- und Kartellrecht vorgebaut, dennoch konnten verdeckte Formen dieser Verhaltensweisen im System des verhandelten Netzzugangs nicht ganz verhindert werden.³³⁴ Es wurden beispielsweise von den wechselwilligen Abnehmern Wechselgebühren verlangt,³³⁵ die faktisch deren Transaktionskosten beim Anbieterwechsel erhöhen und sie davon abschrecken sollen. Von neuen Lieferanten wurde gefordert, für jeden ihrer Kunden beim netzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine Sicherheitsleistung für den Fall seiner Zahlungsunfähigkeit zu hinterlegen. Die damit gebundene Liquidität fehlt ihnen bei der Markterschließung und verhindert das Entstehen des Wettbewerbs. Bedingt durch den einzelvertraglichen Netzzugang können die Netzbetreiber über eine schleppende Bearbeitung von Netznutzungsbegehren die Aufnahme der Belieferung von Kunden durch mögliche Konkurrenten hinauszögern. Während dieser Zeit kann das netzbetreibende Energieversorgungsunternehmen den Endabnehmer weiterhin zu höheren Preisen selbst beliefern. Die Vielzahl der einzelnen Netznutzungsverträge birgt zudem das Risiko für Informationsasymmetrien zugunsten derer, die solche Verträge häufiger abschließen. Für sie lohnt es sich günstige, gerade noch regelkonforme Musterverträge zu erstellen. Für potentielle Vertragspartner lohnt sich dies kaum, sofern sie erheblich weniger Verträge dieser Art abschließen werden.³³⁶

³³² Vgl. Böge, U., Liberalisierung der Energiemärkte, Vortrag am Energieinstitut der Freien Universität Berlin am 18. 3. 2002, S. 10.

³³³ Vgl. Cronenberg, M., Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: RdE 1998, S. 91 sowie Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendl er et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 405-407.

³³⁴ Eine Übersicht über die Behinderungsstrategien findet sich bei Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendl er et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 398.

³³⁵ Sie sind mittlerweile nach § 12 Abs. 6 StromNEV verboten. Siehe hierzu Stumpf, C./Gabler, A., Netzzugang, Netznutzungsentgelte und Regulierung in Energienetzen nach der Energierrechtsnovelle, in: NJW 2005, S. 3175.

³³⁶ Vgl. Nagel, B., Wirtschaftsrecht I, 2000, S. 168 sowie Eger, T., in: Nagel/Eger, Wirtschaftsrecht II, 2004, S. 143.

Deutschland hatte als einziger Staat innerhalb der Europäischen Union den verhandelten Netzzugang gewählt.³³⁷ Die Netzbetreiber wurden verpflichtet, die Jahresabschlüsse offenzulegen und Richtwerte für die Netznutzungspreise zu veröffentlichen. Das konnte nicht verhindern, dass Buchgewinne aus dem Netzbetrieb über die Muttergesellschaft in andere, dem Wettbewerb ausgesetzte Unternehmenssparten flossen.

Damit dennoch nicht bei jedem Vertrag jedes Detail einzeln ausgehandelt werden musste, schlossen einige Verbände der Elektrizitätswirtschaft eine Vereinbarung „... über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung“³³⁸. Sie beseitigte den Nachteil hoher Transaktionskosten zum Abschluss von Netznutzungsverträgen. Im Ergebnis führte sie jedoch zu einem quasi-geregelten Netzzugang mit Bedingungen, die für große Versorgungsunternehmen günstiger waren als eine staatliche Regelung. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass die integrierten Versorgungsunternehmen ein starkes Interesse am verhandelten Netzzugang haben.³³⁹

Sofern die in § 1 EnWG 1998/2003 definierten Ziele mit dem System des verhandelten Netzzugangs nicht erreicht werden sollten oder kein funktionierender Wettbewerb zustande kommen sollte, war in Deutschland bislang der geregelte Netzzugang als optionale Netzzugangsmöglichkeit vorgesehen. Der Gesetzgeber hatte sich damit ein „Hintertürchen“ geschaffen, durch das er bei einem Versagen des verhandelten Netzzugangs ohne Energierechtsnovelle hätte eingreifen können. Diese Option wurde trotz erwiesener Untauglichkeit des verhandelten Netzzugangs³⁴⁰ nie genutzt. Mit der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 wurde der verhandelte durch den geregelten Netzzugang ersetzt.³⁴¹

4.2.1.2 Geregelter Netzzugang

Beim geregelten Netzzugang können Elektrizitätsversorgungsunternehmen ihre Kunden direkt beliefern oder ihren erzeugten Strom direkt in das Netz einspeisen. Die Netzbetreiber müssen ihnen dafür gegen ein angemessenes Entgelt den Zugang zum Netz gewähren. Im Gegensatz zum verhandelten Netzzugang kann der Netznutzungsvertrag nicht frei ausgehandelt werden. Die Netznutzungsbedingungen und -preise oder zumindest die Methode ihrer Ermittlung werden vom Staat festgelegt.

Gegen den geregelten Netzzugang wird vorgebracht, dass eine staatliche Regelung den tatsächlichen Gegebenheiten zuwenig gerecht werde und nur umständlich an Ver-

³³⁷ Vgl. § 5 EnWG 1998/2003 i. V. m § 6 Abs. 1 EnWG 1998/2003.

³³⁸ Zuletzt die „Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung“ v. 13. 12. 2001, BAnz. Nr. 85b v. 8. 5. 2002; sie wird als „VV II+“ bezeichnet.

³³⁹ Vgl. *Böge, Ulf*, Liberalisierung der Energiemärkte, Vortrag am Energieinstitut der Freien Universität Berlin am 18. 3. 2002, S. 10.

³⁴⁰ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 435, Tz. 1109-1111.

³⁴¹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 Rl. 2003/54/EG i. V. m. Art. 23 Abs. 2 Rl. 2003/54/EG.

änderungen angepasst werden könne.³⁴² Für ihn spricht, dass auf dem monopolistisch geprägten Markt der Nutzung von Elektrizitätsversorgungsnetzen durch die staatliche Regulierung das Missbrauchspotential erheblich verringert werden kann. Der Netzbetreiber verfügt durch das Monopol zwar über eine wesentlich stärkere Verhandlungsposition als die auf sein Netz Angewiesenen,³⁴³ kann seine Monopolmacht aber nur im Rahmen der gesetzlichen Grenzen ausüben.

Durch eine staatliche Regulierung des Netzzugangs wird eine höhere Transparenz und Vergleichbarkeit der Netznutzungsentgelte erreicht. Das beschneidet die Monopolmacht stärker als die Vorgaben zum verhandelten Netzzugang und kann – im Vergleich zum verhandelten Netzzugang – zu einer Effizienzsteigerung führen. Sind dagegen die Erlöse für den Netzbetreiber zu niedrig, so sinken die Anreize zum Netzerhalt und -ausbau und infolgedessen die Qualität, Sicherheit und Effizienz des Netzbetriebes.³⁴⁴ Dem wird sowohl in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 als auch im Energiewirtschaftsgesetz mit einem Monitoring der Versorgungssicherheit³⁴⁵ und der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen³⁴⁶ Rechnung getragen. Mit der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht durch die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 sowie die Stromnetzzugangs-³⁴⁷ und -netzentgeltverordnung³⁴⁸ verbleibt den Netzbetreibern erheblich weniger Behinderungspotential gegenüber den Netznutzern.

4.2.1.3 Alleinabnehmersystem

Im Alleinabnehmersystem wird vom Staat jeweils ein Energieversorgungsunternehmen pro Versorgungsgebiet mit der Versorgung der Endabnehmer beauftragt. Es kauft die benötigte Elektrizität ein und verteilt sie an die Endabnehmer in seinem Gebiet. Kauft einer der Endabnehmer Elektrizität von einem anderen Energieversorgungsunternehmen, so muss er dem Alleinabnehmer die vereinbarte Elektrizitätsmenge, nicht jedoch den Preis nennen. Der Alleinabnehmer soll deswegen seinen Konkurrenten im Einzelfall nicht durch günstigere Preise unterbieten und so Wettbewerb verhindern können.

Für die Abnahme der kontrahierten Elektrizität durch den Alleinabnehmer vom Vertragspartner des Endabnehmers sind zwei Verfahren gebräuchlich: Das Erstattungsmodell und das Abtretungsmodell. Bei ersterem bezahlt der Endabnehmer die von ihm

³⁴² Vgl. *Büdenbender, U.*, Energierecht nach der Energierechtsreform, in: JZ 1999, S. 68.

³⁴³ Vgl. *Schwintowski, H.-P.*, Kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Energie- und Durchleitungsentgelte nach Wegfall der §§ 103, 103a GWB, in: ZNER 2/1998, S. 15.

³⁴⁴ Vgl. *Weizsäcker, C. C. v.*, Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 578.

³⁴⁵ Art. 4 Rl. 2003/54/EG sowie § 35 EnWG 2005.

³⁴⁶ Art. 3 Rl. 2003/54/EG.

³⁴⁷ Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV), BGBl. I, 2005, S. 2243-2251.

³⁴⁸ Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV), BGBl. I, 2005, S. 2225-2242.

abgenommene Leistung direkt seinem Vertragspartner und tritt den Belieferungsanspruch an den Alleinabnehmer ab. Der bezieht dann den bereits bezahlten Strom von dem Lieferanten. Das Netznutzungsentgelt entrichtet der Endabnehmer entweder direkt an den Alleinabnehmer oder es wird vom Lieferanten über einen entsprechend höheren Strompreis miteingezogen und von ihm an den Alleinabnehmer weitergeleitet.³⁴⁹ Im zweiten möglichen Verfahren erhebt der Alleinabnehmer ein (gegebenenfalls nach Kundengruppen differenziertes) einheitliches Entgelt von den Endabnehmern, das er um sein Netznutzungsentgelt reduziert an deren jeweilige Vertragspartner weiterleitet. Die Differenz zwischen dem vom Alleinabnehmer eingehobenen Preis und dem Vertragspreis wird dann zwischen dem Endabnehmer und seinem Vertragspartner ausgeglichen.³⁵⁰

Es scheint, als wolle man hier die Vorteile der monopolistisch strukturierten Elektrizitätsversorgung mit denen des Wettbewerbs kombinieren: Die bisherigen Monopolisten versorgen als Alleinabnehmer weiterhin alle gebietsansässigen Endabnehmer, die im Unterschied zu früher die Elektrizität auf dem Markt frei einkaufen können.³⁵¹ Durch die Abnahmeverpflichtung wird es dem Alleinabnehmer möglich, sämtliche in seinem Netz benötigte Elektrizität bedarfsgemäß abzurufen. Das erleichtert ihm als Netzbetreiber das Lastmanagement, ist aber nur ein vermeintlicher Vorteil: Der Lastfluss im Netz hängt von physikalischen Gesetzen und nicht, wie unterstellt, von Verträgen ab.³⁵²

Für das Alleinabnehmersystem spricht die größere Kundennähe des Alleinabnehmers, die eine effiziente Versorgung ermögliche.³⁵³ Da der Alleinabnehmer meist der bisherige Elektrizitätslieferant sein dürfte, wird diese Kundennähe für ihn ebenfalls ein Wettbewerbsvorteil sein: Ihm fällt es sicher leichter als seinen neuen Konkurrenten, die erst einen Kundenstamm aufbauen müssen, bisherige Kunden zu halten oder abtrünnige Kunden wieder zurückzugewinnen.³⁵⁴

Bei nicht ganz korrekter Anwendung birgt das Alleinabnehmersystem jedoch durchaus Behinderungsmöglichkeiten; insbesondere, wenn es sich bei dem Alleinabnehmer um ein integriertes Versorgungsunternehmen handelt. So könnte z. B. der Alleinabnehmer zwar seiner Abnahmeverpflichtung nachkommen, aber die Weiterleitung des Entgeltes an deren Lieferanten hinauszögern. Für gegebenenfalls davon einbehaltene,

³⁴⁹ Vgl. Kühne, G./Scholka, B., Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: NJW 1998, S. 1907.

³⁵⁰ Vgl. Krämer, K. G., Konzepte, Wirkungsweisen und Wirtschaftlichkeit deregulierter Verbundsysteme, in: VDI-Berichte Nr. 1329, 1997, S. 21 sowie Kühne, G./Scholka, B., Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: NJW 1998, S. 1906.

³⁵¹ Vgl. Büdenbender, U., Energierecht nach der Energierechtsreform, in: JZ 1999, S. 70.

³⁵² Vgl. Kumkar, L., Die deutsche Energierechtsnovelle aus ökonomischer Sicht, in: ZNER 1/1998, S. 35.

³⁵³ Vgl. Börner, A.-R., Die Strom- und Gasversorgung im 12. Hauptgutachten der Monopolkommission, in: ZögU 1999, S. 246 sowie Kühne, G./Scholka, B., Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: NJW 1998, S. 1906.

³⁵⁴ Vgl. Börner, A.-R., Die Strom- und Gasversorgung im 12. Hauptgutachten der Monopolkommission, in: ZögU 1999, S. 246.

überhöhte Netznutzungsentgelte gilt das beim verhandelten Netzzugang bereits dazu Gesagte entsprechend. Ebenso wird befürchtet, dass Alleinabnehmer versuchen könnten, die Preise ihrer Konkurrenten zu unterbieten und sie auf diese Weise aus ihrem Versorgungsgebiet zu verdrängen.³⁵⁵ Für kommunale Energieversorgungsunternehmen wird dies teilweise sogar als Vorteil des Alleinabnehmersystems angesehen.³⁵⁶ Das Argument ist nicht tragfähig, solange der Alleinabnehmer keine Kenntnis von dem vereinbarten Lieferpreis erlangen und ihn in seiner Eigenschaft als Netzbetreiber nicht an andere Unternehmensteile weitergeben darf. Nur wenn solche Vorkehrungen fehlen oder missachtet werden, ist es dem Alleinabnehmer möglich, dadurch Konkurrenten zu behindern und zusätzliches Kapital herauszuschlagen.

Das Alleinabnehmersystem dürfte selbst für professionelle Marktteilnehmer kompliziert und unübersichtlich sein³⁵⁷ sowie Intransparenzen und Informationsasymmetrien Vorschub leisten. Letztendlich könnte darunter die Wechselwilligkeit der Endabnehmer leiden und den Konkurrenten der Alleinabnehmer der Markteintritt schwerer fallen.³⁵⁸ Im Ergebnis dürften mit dem Alleinabnehmersystem kaum Vorteile gegenüber den anderen Marktöffnungssystemen verbunden sein. Es führt wegen der Dreiecksgeschäfte beim Fremdbezug von Elektrizität zu mehr Verwaltungsaufwand, der sich in Form höherer Netznutzungsentgelte auf den Strompreis niederschlägt. Insbesondere das Erstattungsmodell bewirkt – durch die Rückerstattung der Differenz zwischen dem berechneten und tatsächlich vereinbarten Strompreis – beim Endabnehmer eine geringere Liquidität. Für ihn bedeutet dies höhere Alternativkosten als zum Beispiel beim verhandelten Netzzugang. Positiv dürfte allenfalls der damit verbundene Nebeneffekt sein, dass mehr Arbeitskräfte benötigt werden. Doch selbst hier bleibt fraglich, ob diese nicht an anderer Stelle wirkungsvoller eingesetzt werden können.³⁵⁹

Im deutschen Energiewirtschaftsgesetz von 1998 war das Alleinabnehmersystem als „Netzzugangsalternative“ des § 7 enthalten, die bis zum Ende des Jahres 2005 befristet war³⁶⁰. Das Alleinabnehmersystem ist im novellierten Energiewirtschaftsgesetz nicht mehr enthalten.

³⁵⁵ Vgl. *Baur, J. F.*, Mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft? in: *ZfW* 1997, S. 106.

³⁵⁶ Vgl. *Börner, A.-R.*, Die Strom- und Gasversorgung im 12. Hauptgutachten der Monopolkommission, in: *ZögU* 1999, S. 246.

³⁵⁷ Vgl. *Cronenberg, M.*, Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: *RdE* 1998, S. 87.

³⁵⁸ Vgl. *Eickhof, N./Kreikenbaum, D.*, Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: *WuW* 1998, S. 675.

³⁵⁹ Vgl. *Cronenberg, M.*, Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: *RdE* 1998, S. 87.

³⁶⁰ Vgl. § 8 S. 3 EnWG 1998/2003.

4.2.1.4 Poolmodell

Das Poolmodell war im deutschen Energierecht nie enthalten.³⁶¹ Dennoch soll es hier kurz vorgestellt werden, da mit ihm in einigen Staaten Wettbewerb auf den Strommärkten geschaffen wurde.

Bei diesem Modell wird auf Großhandelsebene ein Pool eingerichtet, der von den anderen Versorgungs- und Marktstufen getrennt ist. Er fungiert in seinem Versorgungsgebiet als alleiniger Abnehmer für den erzeugten Strom und koordiniert die Stromeinspeisungen und -entnahmen. Die Abnahme der Elektrizität wird durch ein Ausschreibungsverfahren organisiert: Die Erzeuger unterbreiten dem Poolbetreiber ein Angebot, wann sie wieviel elektrische Leistung zu welchem Preis liefern können. Der Poolbetreiber ermittelt daraufhin den marginalen Anbieter, dessen Angebot den voraussichtlichen Bedarf deckt. Dieses und alle günstigeren Angebote erhalten den Zuschlag. Das Verfahren ist vom Poolbetreiber nach diskriminierungsfreien, transparenten und genau festgelegten Regeln durchzuführen; gleiches gilt für die Abgabe der Elektrizität an den Stromhandel. Auf diese Weise bleibt der Wettbewerb zwischen den Erzeugern gewährleistet.³⁶²

Der Netzbetreiber ist meist vom Pool getrennt. Er ist verpflichtet, alle Erzeuger und Endabnehmer in seinem Gebiet an sein Netz anzuschließen. Der Netzbetreiber prüft die technische Durchführbarkeit der vom Poolbetreiber geplanten Einspeisungen und Entnahmen. Er ist für die Durchführung des Stromtransports zuständig und sorgt für einen möglichst störungsfreien Lastfluss im Netz. Ferner obliegen ihm der Unterhalt und der Ausbau des Netzes. Die Netznutzungsentgelte werden zusammen mit dem Strompreis vom Poolbetreiber eingehoben.³⁶³

Das Poolmodell unterscheidet sich vom Alleinabnehmermodell darin, dass der Poolbetreiber über das Ausschreibungsverfahren ermittelt (und damit festlegt), welche Kraftwerke und Angebote zum Zuge kommen. Der eigentliche Stromhandel findet auf der Verteilungsebene statt. Die Händler bezahlen im Gegensatz zum Alleinabnehmersystem – bei sonst identischen Bedingungen – alle den selben Strompreis an den Poolbetreiber.

4.2.2 Grundrechtsprobleme bei der Netzöffnung für Dritte

Die Öffnung und Nutzbarmachung der Elektrizitätsversorgungsnetze für Dritte steht im Spannungsfeld zwischen dem Schutz des Eigentums der Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihrem Netz auf der einen und der Schaffung von Wettbewerb auf der anderen Seite. Unter der Voraussetzung einer weitgehenden Entflechtung verbleibt

³⁶¹ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 209; mit Verweis auf umstrittene Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.

³⁶² Vgl. *Lerch, A.*, Regulierung, Deregulierung oder Regulierung der Deregulierung, 2003, S. 8.

³⁶³ Vgl. *Kumkar, L.*, Alternative Liberalisierungsmodelle für die Stromwirtschaft: Eine komparative Institutionenanalyse, 1999, S. 29-36.

zumindest die Gefahr des Monopolmissbrauchs durch die Netzbetreiber, indem sie überhöhte Preise fordern oder sonstige unangemessene Forderungen stellen und so Netzpetenten den Zugang erschweren oder verweigern. Hier ist der Anspruch auf Netzzugang für Dritte gegen eine angemessene Gebühr das einzige geeignete Mittel, mit dem dies erreicht werden kann.

Bis in die Anfangsphase der Liberalisierung wurde die Ansicht vertreten, das Netz dürfe nur soweit geöffnet werden, wie über den Bedarf des Netzeigentümers hinaus noch Kapazitäten frei sind.³⁶⁴ Bei einer Netzzugangsverweigerung unter Berufung auf mangelnde Kapazitäten ist bereits heute sehr genau zu prüfen, ob diese im vom Netzbetreiber angegebenen Umfang tatsächlich ausgelastet sind.³⁶⁵ Kapazitäten, die aufgrund der bisherigen Belieferung von den Kunden, die nun durch das um Netzzugang begehrende Unternehmen beliefert werden wollen, vom Netzbetreiber benötigt wurden. Diese Kapazitäten werden vom Netzbetreiber nicht mehr benötigt, wenn der Kunde von einem anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen versorgt wird; sie sind deshalb vom Eigenbedarf abzuziehen.³⁶⁶ Der Vorrang der Eigennutzung birgt die Gefahr von Scheinkontrakten, mit denen die verfügbaren Kapazitäten blockiert aber nicht genutzt werden. Solche Verträge, die von vornherein Wettbewerb behindern sollten, trugen in Kalifornien im Winter 2000/2001 mit zum Zusammenbruch der Stromversorgung bei.³⁶⁷

Ein Eigentumseingriff liegt nur vor, wenn ein Betreiber, der Dritten Zugang zu seinem Netz gewähren muss, zugleich Eigentümer des Netzes ist. Handelt es sich hierbei um einen reinen Netzbetreiber, bei dem keine Interessen wegen Aktivitäten auf vor- oder nachgelagerten Märkten das Verhalten beeinflussen, so geht der Grundrechtseingriff der Netznutzung durch Dritte nicht über das Maß der Essential-Facilities-Doktrin hinaus; sie ist im deutschen Wettbewerbsrecht in Form des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Verbindung mit § 20 Abs. 1 GWB enthalten und deckt sich mit dem ähnlich lautenden § 20 Abs. 1 EnWG 2005 (§ 6 Abs. 1 EnWG 1998/2003), der zudem anwendbar ist.³⁶⁸ Danach ist gegen ein angemessenes Entgelt diskriminierungsfrei der Zugang zu gewähren, sofern er nicht wegen betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist. Dieser Kontrahierungszwang des Netzbetreibers mit den Netznutzern wird mittlerweile selbst dann als angemessen betrachtet, wenn dadurch für die eigenen Nutzungsinteressen eines vertikal integrierten Netzbetreibers keine Kapazitäten ver-

³⁶⁴ Vgl. *Büdenbender, U.*, Energierecht nach der Energierechtsreform, in: JZ 1999, S. 68.

³⁶⁵ So wollte sich die TIWAG für einen Zeitraum von vier Jahren die volle Kapazität der einzigen grenzüberschreitenden Stromleitung von Tirol nach Italien beim zuständigen Regelzonenführer TIRAG reservieren, was zu einer erheblichen Wettbewerbsbehinderung geführt hätte. Vgl. *Österreichischer Verwaltungsgerichtshof*, E. v. 7. 9. 2004, GZ 2003/05/0094 – TIWAG.

³⁶⁶ Vgl. *BKartA*, E. v. 30. 8. 99, B8-40100-T-99/99, S. 13-18 – Bewag.

³⁶⁷ Vgl. *Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T.*, *Democracy and Regulation*, 2003, S. 151; s. a. Abschnitt 3.2.2 ab S. 47.

³⁶⁸ Zum Verhältnis der Essential-Facilities-Doktrin zu § 6 EnWG vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, *Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, 2002, S. 211 f.

füßbar sind.³⁶⁹ Dies leitet sich aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums des Art. 14 Abs. 2 GG ab, die umso höher ist, je mehr andere von der Mitnutzung des Eigentums abhängig sind. Bei den Versorgungsnetzen ist diese Abhängigkeit für Elektrizitätsversorgungsunternehmen groß, wenn sie am Wettbewerb in einem Gebiet teilnehmen wollen, in dem sie über keine eigenen Netze verfügen, zumal das Errichten paralleler Netze mit hohen Kosten verbunden und angesichts der ohnehin bestehenden Infrastruktur ökonomisch nicht sinnvoll ist.³⁷⁰ Berücksichtigt man noch, dass das immer noch bestehende Netzmonopol der ehemaligen Gebietsversorger unter dem Schutz der ehemals staatlich legitimierten Versorgungsmonopole entstehen konnte und zudem teilweise auf dem Enteignungsrecht im Energiewirtschaftsgesetz gründet,³⁷¹ so erscheint eine Einschränkung der Eigentumsrechte der Netzeigentümer zur Schaffung des Wettbewerbs angebracht.³⁷² Zudem ermöglicht eine allgemeine Netzöffnung auch den bisherigen Gebietsversorgern die Teilnahme am Wettbewerb in anderen Versorgungsgebieten, wodurch auch sie im Gegenzug die Möglichkeit haben, sich neue Märkte zu erschließen;³⁷³ davon machen allerdings die wenigsten noch Gebrauch.³⁷⁴

In die Berufsfreiheit eines entflochtenen Netzbetreibers wird durch die Pflicht, das Netz gegen ein angemessenes Entgelt Dritten diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, nur in einem Umfang eingegriffen, welcher die Aufnahme und dauerhafte Ausübung des Berufs des Netzbetreibers nicht verhindert. Insofern kann hier von einer Berufsausübungsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ausgegangen werden, die angesichts der hohen Gemeinwohlpflichtigkeit des Netzes als verhältnismäßig betrachtet werden kann.³⁷⁵

4.2.3 Diskriminierungsmöglichkeiten trotz Gleichbehandlungsgebot?

Sämtliche Netznutzungsregeln können ihre Wirkung, Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten zu schaffen, nur dann entfalten, wenn es keine Diskriminie-

³⁶⁹ Vgl. z. B. *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 380-387, 389 f., *Wilmowsky, P. v.*, Durchleitung von Elektrizität im deutschen, europäischen und amerikanischen Recht, 1998, S. 269-279, *Theobald C./Zenke, I.*, Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: eine Rechtsprechungsübersicht, WuW 2001, S. 27. f. sowie *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung - Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 213 f., a. A. *Büdenbender, U.*, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, in: RdE 1999, S. 2.

³⁷⁰ Vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz - Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 760 sowie *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1993, S. 141-144.

³⁷¹ § 11 EnWG 1935, § 12 EnWG 1998/2003 sowie § 45 EnWG 2005.

³⁷² Vgl. *Papier, H.-J.*: Durchleitungen und Eigentum, in: BB 1997, S. 1215 f. sowie *Säcker, F. J./Jaacks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1001.

³⁷³ Vgl. *Weizsäcker, C. C. v.*, Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 578.

³⁷⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten - 2002/2003 - Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 540 f, Tz. 1148.

³⁷⁵ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung - Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 223.

rungsmöglichkeiten gibt. Dies ist insbesondere bei integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Netzbetreiber von Bedeutung, da sie sich durch gezielte Diskriminierung konkurrierende Unternehmen aus vor- und nachgelagerten Märkten fernhalten und somit den Wettbewerb aushebeln können. Dem soll die ungeachtet der Unternehmenszugehörigkeit des Netzpetenten vorzunehmende Gleichbehandlung von vergleichbaren Netznutzungsfällen – wie sie beispielsweise im Energiewirtschaftsgesetz³⁷⁶ und der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie³⁷⁷ verankert ist – dienen.

Allerdings eignet sich eine Meistbegünstigungsklausel wie das Gleichbehandlungsgebot nur bedingt zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Es verhindert zwar, dass konzernfremde Netznutzer schlechtere Konditionen erhalten als konzernverbundene, es verbleibt aber die Möglichkeit, auch unternehmens- oder konzernintern überhöhte Nutzungsentgelte mit dem Ziel zu verrechnen, sie in selber Höhe von anderen Netznutzern einzufordern.³⁷⁸ Mit den so erwirtschafteten Gewinnen können mögliche Verluste von im Wettbewerb stehenden Konzernteilen quersubventioniert werden.³⁷⁹ Eine gesellschaftsrechtliche Entflechtung, wie sie die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie³⁸⁰ und das 2005 novellierte Energiewirtschaftsgesetz³⁸¹ vorsehen, vermag diese Form der Wettbewerbsverzerrung nicht zu verhindern. Das Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG greift hier allenfalls, wenn das Unternehmen zumindest teilweise in öffentlichem Eigentum ist.³⁸² Ein davon betroffenes Unternehmen kann das Beihilfeverbot umgehen, indem der Netzbetrieb eine Tochter der Versorgungssparte ist oder alle übrigen Aktivitäten (z. B. bei Stadtwerken) im Mutterunternehmen verbleiben und nur der Netzbetrieb in ein Tochterunternehmen ausgegründet wird. Die an die Mutter abgeführten Gewinne des Netzbetreibers stellen keine Beihilfe dar.³⁸³

Vor den Diskriminierungsmöglichkeiten integrierter Netzbetreiber sind lediglich die Betreiber von nach dem EEG oder KWKG geförderten Anlagen besser geschützt; sie haben gegenüber dem Netzbetreiber neben dem Anspruch auf Anschluss ihrer Anlagen an das Netz auch einen auf die Abnahme der von ihnen erzeugten Elektrizität zu Festpreisen.³⁸⁴ Außer in den dem EEG oder KWKG unterfallenden Teilmärkten gab es bei den Stromerzeugern seit der Liberalisierung des Strommarktes 1998 keine Eintritte

³⁷⁶ Vgl. § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 1998/2003 bzw. § 20 Abs. 1 S. 1 u. § 21 Abs. 1 EnWG 2005.

³⁷⁷ In Art. 9 lit. e), Art. 11 Abs. 2 u. 4, Art. 14 Abs. 6 sowie Art. 15 lit. d) Rl. 2003/54/EG.

³⁷⁸ Vgl. *Eickhof, N./Kreikenbaum, D.*, Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: *WuW* 1998, S. 675 sowie *Büdenbender, U.*, *EnWG*, 2003, S. 255, § 6 Rn 79.

³⁷⁹ Vgl. *Bausch, C.*, *Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union*, 2004, S. 206 f.

³⁸⁰ Vgl. Art. 10 u. 15 Rl. 2003/54/EG.

³⁸¹ Vgl. §§ 6-10 EnWG 2005.

³⁸² Vgl. *Nagel, B.*, Probleme des Unbundling nach dem neuen Energiewirtschaftsrecht aus der Sicht der Stadtwerke, in: *ZNER* 2005, S. 148.

³⁸³ Vgl. *Nagel, B.*, Stadtwerke und Verkehrsbetriebe unter dem Beihilfenrecht des EG-Vertrages, in: *ZNER* 2004, S. 355.

³⁸⁴ Vgl. § 4 Abs. 1 EEG und § 4 Abs. 1 KWKG.

neuer Stromerzeugungsunternehmen.³⁸⁵ Die Anzahl nichtnetzbetreibender Stromhändler verringerte sich in diesem Zeitraum von ursprünglich rund hundert auf sechs.³⁸⁶ Insofern konnte das gerecht scheinende Diskriminierungsverbot denn auch bislang nicht die intendierte Wirkung zugunsten neuer Marktteilnehmer – und damit des Wettbewerbs – nicht entfalten.

Da seit der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 die §§ 19 und 20 GWB auf Netznutzungsangelegenheiten nicht mehr anwendbar sind,³⁸⁷ muss auch bei der Missbrauchskontrolle nach dem Energierecht überprüft werden dürfen, inwiefern mögliche Wettbewerbsvorteile anderer Unternehmens- oder Konzernteile eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens mit Verlusten erkaufte werden, welche mit den Gewinnen aus dem Netzbetrieb ausgeglichen werden. Das Diskriminierungsverbot kann erst dann seine volle Wirkung entfalten, wenn diese Effekte berücksichtigt werden.³⁸⁸ Erst dann entstehen den unternehmensfremden Netznutzern aus den Netznutzungsbedingungen tatsächlich keine Nachteile gegenüber den mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen.³⁸⁹ Bei der Auslegung und Anwendung sind mögliche wettbewerbsverzerrende Synergien deshalb zu berücksichtigen: Konzerninterne Verrechnungspreise sind kein Maßstab für nichtdiskriminierendes Verhalten, da sie möglicherweise überhöht sind und so einen Preismissbrauch verdecken sollen. Dabei kann es zwar dazu kommen, dass mit dem Netzbetreiber nicht verbundene Elektrizitätsversorgungsunternehmen günstigere Konditionen erhalten als verbundene,³⁹⁰ was aber nicht gegen das Diskriminierungsverbot im geltenden Energiewirtschaftsgesetz verstößt.³⁹¹

Trotz alledem lassen sich mit dem Diskriminierungsverbot Behinderungen von Konkurrenten bei weitem nicht vollständig verhindern. Selbst bei umfangreicher Kontrolle könnte der Zeitraum zwischen Beginn der Behinderung und deren Beendigung ausreichen, um insbesondere kleine und marktschwache Konkurrenten aus dem Markt zu drängen – oder von vornherein deren Bereitschaft zum Eintritt herabsetzen. Dies verringert in jedem Fall die Wettbewerbsintensität im Strommarkt in einer Weise, die nur mit einer weitreichenden Entflechtung des Netzbetriebs wirksam beizukommen ist.

³⁸⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 542, Tz. 1151.

³⁸⁶ *BNE*, Energiemarkt heute, o. J., <http://www.neue-energieanbieter.de/energiemarkt/heute/index.html> (10. 11. 2005).

³⁸⁷ Vgl. § 111 EnWG i. V. m. § 130 Abs. 3 GWB i. d. F. v. Art. 3 Nr. 31 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes v. 7. 7. 2005.

³⁸⁸ Vgl. *Büdenbender, U.*, EnWG, 2003, S. 255, § 6 Rn 79.

³⁸⁹ Vgl. *Kruse, J.*, Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: *Kruse/Stockmann/Vollmer (Hg.)*, Wettbewerb im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, 1997, S. 257.

³⁹⁰ Dieses Phänomen kann als „konzerninterne Diskriminierung“ bezeichnet werden.

³⁹¹ Vgl. § 20 Abs. 1 S. 1 u. § 21 Abs. 1 EnWG 2005.

4.3 Die Trennung des Netzes von vor- und nachgelagerten Marktstufen

Die Entflechtung des Netzes von den übrigen Unternehmensaktivitäten bildet einen weiteren wesentlichen Baustein zur Neuordnung des Netzbetriebs: Erst zusammen mit ihm kann ein transparenter und diskriminierungsfreier Netzzugang für Dritte gewährleistet werden und die Basis für funktionierenden Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten bilden.³⁹²

4.3.1 Notwendigkeit und Umfang der Entflechtung

Die Liberalisierung des Strommarktes steht und fällt mit der Trennung des Netzes von den übrigen Versorgungsaktivitäten der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen.³⁹³ Die Gründe für die Entflechtung liegen in den vielen Behinderungsmöglichkeiten bei der Netznutzung,³⁹⁴ die im Wesentlichen von den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen wegen ihrer Interessen auf vor- und nachgelagerten Marktstufen praktiziert werden; sie werden von den oftmals wettbewerblich sensiblen Informationen, die der Netzbetreiber erlangt, noch begünstigt³⁹⁵. Dies verstärkt das Monopolproblem bei vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen noch, weswegen es unabdingbar ist, den Netzbetrieb aus der Einflussosphäre von Interessen aus anderen Marktstufen herauszulösen.³⁹⁶ Nur wenn der Netzbetreiber keinerlei Interessen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten wie der Energieerzeugung und des -vertriebs verfolgen kann, beschränkt sich die Wirkung des Monopols auf das Netz. Die aus der Unteilbarkeit des Netzes herrührende Gefahr von Behinderungen des Wettbewerbs auf vor- und nachgelagerten Märkten oder gar des Versagens dieser Märkte und die daraus resultierenden Wohlfahrtsverluste können erheblich verringert

³⁹² Vgl. *Europäische Kommission (Hg.)*, Vollendung des Energiebinnenmarktes, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Brüssel, 12. 3. 2001 SEC (2001) 438, *Koenig, C./Rasbach, W.*, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, in: DÖV 2004, S. 734 sowie *Badura, P.*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1196. Teilweise a. A.: *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 4.

³⁹³ So hat sich z. B. in England und Wales die Entflechtung als Schlüssel zum Wettbewerb auf den dem Netz vor- und nachgelagerten Märkten erwiesen. Vgl. *Lamprecht, F.*, Ein reguliertes System muss atmen können, in: ET 2004, S. 575 f. sowie *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 23.

³⁹⁴ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 27 f., *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 60-64 sowie *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 2003, S. 398-404; insbes. S. 401.

³⁹⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 464, Tz. 1206.

³⁹⁶ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 46 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166.

werden.³⁹⁷ Durch die Entflechtung nehmen Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen ab,³⁹⁸ während zugleich der Wettbewerbsdruck auf den vor- und nachgelagerten Märkten steigt.³⁹⁹ Daneben nehmen mit zunehmendem Entflechtungsgrad der Regulierungsaufwand und der dafür notwendige Ressourceneinsatz ab sowie die Transparenz zu. Abgrenzungsprobleme zwischen den einzelnen Unternehmenssparten bei der Gemeinkostenzuordnung entfallen bei einem Netzbetreiber als „Einproduktunternehmen“ genauso wie die Möglichkeit, kostenintensive, aber nicht mit dem Netz zusammenhängende Altlasten aus Monopolzeiten dem Netzbetreiber zuzuschlagen.⁴⁰⁰ Diesem Umstand sind im Gefolge der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung teilweise die Bestimmungen für die Rechnungslegung des § 10 EnWG 2005 sowie einige Bestimmungen der Stromnetzentgeltverordnung⁴⁰¹ geschuldet.

Grundsätzlich sollte der Netzbetreiber weitestgehend unabhängig von den Interessen der (vertikal integrierten) Elektrizitätsversorgungsunternehmen sein.⁴⁰² Wichtig ist hier die faktische Unabhängigkeit. Eine formale Unabhängigkeit allein ist keine hinreichende Voraussetzung, welche eine unerwünschte Einflussnahme durch den Eigentümer erschwert und die Stabilität der Unabhängigkeit steigert.⁴⁰³

Im Wesentlichen wird zwischen drei Entflechtungsarten unterschieden, die unterschiedlich tief in die bisherige Unternehmensstruktur eingreifen:⁴⁰⁴

1. die organisatorische Entflechtung oder management unbundling,
2. die gesellschaftsrechtliche Entflechtung oder legal unbundling und
3. die eigentumsrechtliche Entflechtung oder ownership unbundling.

Bei der organisatorischen Entflechtung wird für den Netzbetrieb eine separate Unternehmensabteilung eingerichtet, deren Rechnungslegung/Buchhaltung und Verwaltung von den restlichen Unternehmenseinheiten getrennt sind; gelegentlich werden

³⁹⁷ Vgl. *Eickhof, N./Kreikenbaum, D.*, Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: *WuW* 1998, S. 672 sowie *Joskow, P. L.*, The Difficult Transition to Competitive Electricitymarkets in the U. S., 2003, S. 11 und *Joskow, P. L.*, Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: *Latin American Journal of Economics* 2003, S. 549 f.

³⁹⁸ Vgl. schon Art. 14 Abs. 3 S. 1 RL 96/92/EG.

³⁹⁹ Vgl. *Newbery, D. M.*, Privatising Network Industries, 2003, S. 22 f.

⁴⁰⁰ Vgl. *Spreer, F.*, Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: *ZNER* 2003, S. 192.

⁴⁰¹ So z. B. die sehr detaillierten Vorgaben im 2. Teil der StromNEV.

⁴⁰² Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 403, Tz. 885 sowie *dies. (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72 f., Tz. 255 sowie *Temle-Lang, J.*, Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to supply Competitors and Access to Essential Facilities, in: *FILJ* 1994, S. 480.

⁴⁰³ Vgl. *Feld, L./Voigt, S.*, Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators, 2003, S. 23 f. sowie *Hayo, B./Voigt, S.*, Explaining *de facto* judicial independence, 2003, S. 2.

⁴⁰⁴ Vgl. *Quack, U.*, Rechtlicher Rahmen des Strom- und Gashandels in Deutschland – Einzelfragen des Netzzugangs, in: *Immenga et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 75.

buchhalterische und organisatorische/verwaltungstechnische Entflechtung als eigenständige Formen genannt.⁴⁰⁵ Diese Entflechtungsvariante wurde bei der Liberalisierung des deutschen Strommarktes zunächst gewählt und – nicht zuletzt wegen ihrer Wirkungslosigkeit⁴⁰⁶ – durch die Rl. 2003/54/EG nicht wieder aufgegriffen. Sie wird deswegen in der vorliegenden Arbeit nicht weiter vorgestellt.

Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung geht etwas weiter: Das Netz muss von einer eigens dafür zuständigen Gesellschaft betrieben werden, die aber zu einem Unternehmen mit Aktivitäten auf den vor- und nachgelagerten Märkten gehören darf. Diese Entflechtungsform ist für sich allein kaum wirksamer als die organisatorische Entflechtung, bietet aber mehr Transparenz über Finanzströme zwischen den einzelnen Gesellschaften eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens. Informationsflüsse und Einflussnahmen zu Lasten unverbundener Netznutzer vermag sie indes kaum zu vermeiden.⁴⁰⁷ Selbst eine sehr rigide Kontrolle lässt Missbrauch zunächst zu, was bis zu dessen Unterbindung bereits der Entwicklung des Wettbewerbs auf den vom Netz abhängigen Wertschöpfungsstufen schaden kann.⁴⁰⁸ Eine stärkere Trennung des Netzbetreibers von integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist notwendig, um deren Einfluss und Marktmacht effektiver zu verhindern.

Die tiefgreifendste Entflechtungsform ist die eigentumsrechtliche Entflechtung. Damit können den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen praktisch sämtliche Möglichkeiten genommen werden, aus dem Netz Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Konkurrenten zu ziehen.⁴⁰⁹ Daraus motivierte missbräuchliche Netznutzungspreise zur Quersubventionierung anderer Geschäftsfelder, Angaben von zu geringer verfügbarer Netzkapazität, Wechselgebühren oder schleppende Vertragsbearbeitung werden damit wirksam unterbunden;⁴¹⁰ das Missbrauchspotential des Netzbetreibers wäre damit auf das bei einem desintegrierten natürlichen Monopol reduziert, welches die Wettbewerbsbedingungen auf den vor- und nachgelagerten Märkten nicht verzerrt. Insbesondere ist hier auf die Person des Eigentümers abzustellen: Wer – als natürliche oder juristische Person – auf anderen Märkten im Wettbewerb steht, darf keine Anteile

⁴⁰⁵ Vgl. *Bausch, C.*, Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 333. Manche sprechen zudem noch von einem Informationsunbundling. Vgl. *Koenig, C./Kühling, J./Rasbach, W.*, Das energierechtliche Unbundling-Regime, in: RdE 2003, S. 222 f. und *Hohmann, H.*, Vereinbarkeit des organisatorischen Unbundling mit dem Gesellschafts-, EG- und Verfassungsrecht, in: ET 2004, S. 822. Dies ist allerdings Bestandteil aller Unbundlingregimes und wird für sich allein wohl kaum etwas nützen.

⁴⁰⁶ Vgl. *Hohmann, H.*, Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig? In: ET 2002, S. 340.

⁴⁰⁷ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 26.

⁴⁰⁸ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 246.

⁴⁰⁹ Vgl. *Koenig, C./Kühling, J./Rasbach, W.*, Das energierechtliche Unbundling-Regime, in: RdE 2003, S. 223 sowie *Bausch, C.*, Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 333.

⁴¹⁰ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 183-186.

an einem Netzbetreiber halten oder erwerben können;⁴¹¹ dem ist bei der Konstitution des Netzbetreibers Rechnung zu tragen.

Da es bei der Entflechtung um die Vermeidung wettbewerbsschädlicher Einflussnahmen integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die Netzbetreiber geht, ist es sogar denkbar, dass das Eigentum am Netz bei den bisherigen Eigentümern verbleiben kann, wenn sie es zum Beispiel verpachten. Doch darf sich der *Netzbetreiber* selbst nicht im Eigentum von natürlichen und juristischen Personen befinden, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind. Wenn der Netzeigentümer nicht wechselt, müsste er zumindest für notwendige Netzausbauten und Ersatzinvestitionen aufkommen.⁴¹² Den Aufwand muss er mittels eines entsprechend höheren Pachtzinses an den Betreiber weitergeben können, der diesen seinerseits über höhere Netznutzungsgebühren von den Abnehmern einhebt. Der Netzeigentümer ist weiterhin zu verpflichten, für die Leitungen erforderliche Nutzungsrechte an fremden Grundstücken aufrecht zu erhalten. Die Pachtlösung ist freilich nicht ganz unproblematisch, denn für beide Seiten gibt es Anreize, die sich negativ auf die Versorgungssicherheit auswirken können: Der Eigentümer kann Ersatzinvestitionen hinauszögern – was zu häufigeren Störungen führt – oder notwendige Ausbauten nicht vornehmen – was Engpässe nach sich zieht. Überdies kann er Grundstücksnutzungsverträge nicht verlängern, was zu Lücken im Netz führen kann, wodurch der Zugang zur Stromversorgung nicht mehr gewährleistet wäre. Der Netzbetreiber wird insbesondere bei befristeter Netzüberlassung gegen Ende der Nutzungszeit seinen Sorgfaltspflichten nicht mehr im nötigen Umfang nachkommen, was ebenfalls zu häufigeren Störungen führen kann.⁴¹³ Wegen dieser Umstände ist die Eigentumsübertragung der Netze der Pachtlösung vorzuziehen.

Langfristig bietet sich eine Möglichkeit des Eigentumsübergangs an den Anlagen, Grundstücken und Nutzungsrechten an, indem sie über Ratenkauf vom Netzbetreiber erworben werden. Von ihm vorgenommene Kapazitätserweiterungen und Neubauten sollen aus seinen Netznutzungserlösen bestritten werden. Das Eigentumsrecht an diesen Anlagen erwürbe damit der Netzbetreiber. Bloße Aufwendungen für Unterhalt oder Reparatur der überlassenen Netze können hingegen keinen Eigentumsübergang generieren, da sie dem angemessenen Unterhalt und Werterhalt des Netzes dienen. Wenn die netzeignenden integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen von einem Netzausbau keinen höheren Nutzen haben als ihre netzlosen Konkurrenten, besteht für sie kein Anreiz, Überinvestition in die Netze zu fordern, zu fördern oder zu akzeptieren. Auf diesem Weg geht das Eigentum an den Netzen und den dazugehörigen Anlagen über einen langen Zeitraum an die Netzbetreiber über. Das Problem der auf ein-

⁴¹¹ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 177.

⁴¹² Vgl. *Lieb-Dóczy, E.*, Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern – internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 395.

⁴¹³ Vgl. zu den Problemen der Gebrauchsüberlassung: *Lieb-Dóczy, E.*, Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern – internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 396 f.

mal fälligen hohen Entschädigungszahlungen bei einer sofortigen Enteignung im Rahmen der Entflechtung wäre damit gelöst.

Statt eines Ratenkaufs, bei dem der bisherige Eigentümer Kreditgeber wäre, ist eine Finanzierung über den Kapitalmarkt denkbar. Die Finanzierungskosten dürften wegen geringer und überschaubarer Risiken in Verbindung mit gut prognostizierbaren Erträgen aus dem Netzbetrieb relativ niedrig ausfallen. Der bisherige Eigentümer wäre der Kreditrisiken ledig und hätte zudem sofort keinerlei Einflussmöglichkeiten auf das Netz und seinen Betrieb.

Eine weitere Möglichkeit des Betreiberwechsels eröffnen die Konzessionsverträge zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Kommunen. Die Gebietskörperschaften verfügen aufgrund des kommunalen Wegerechts für Versorgungsleitungen in öffentlichen Flächen (z. B. Straßen) über ein unveräußerbares Rückkaufsrecht für Stromnetze. Dieses Recht kann bei Auslaufen der auf maximal 20 Jahre befristeten Konzessionsverträge zum endgültigen Erwerb der Stromnetze durch die Netzbetreiber genutzt werden. Hier könnten zur Finanzierung im Gegenzug eventuell noch vorhandene kommunale Beteiligungen am bisherigen Netzeigentümer (meist dem ehemaligen Gebietsmonopolisten) den anderen Anteilseignern überlassen werden.⁴¹⁴ Als Kaufpreis sollte der Restwert des Netzes angesetzt werden:⁴¹⁵ Erhielten die Eigentümer einen darüber liegenden Preis, benachteiligte dies Konkurrenten ohne Netzeigentum; sie können keine überhöhten Gewinne aus der Veräußerung des Netzes zur Verbesserung ihrer Marktstellung einsetzen. Zudem wären (kostenorientierte) Netznutzungspreise höher, da der neue Netzeigentümer seiner Kalkulation seinen Kaufpreis zugrunde legen wird. Die Netznutzer – und letztendlich auch die Verbraucher – finanzierten ansonsten über die Netznutzungsentgelte die Gewinne der Netzverkäufer für vor dem Eigentumsübergang bereits kalkulatorisch abgeschriebene Netze.⁴¹⁶

Strenggenommen darf der Netzbetreiber auch nicht auf anderen wettbewerblichen Märkten – auch außerhalb des Strommarkts – tätig sein oder zu einem Unternehmen gehören, das dort tätig ist.⁴¹⁷ Sonst könnten im Extremfall integrierte Versorger verschiedener Sparten ihre Netze tauschen: Übernimmt und betreibt z. B. ein Gasversorger ohne Verflechtung zum Strommarkt das Stromnetz, so wären von überhöhten Netznutzungspreisen alle Stromversorger – einschließlich des bisherigen Netzeigentümers – betroffen und deswegen der Wettbewerb unter ihnen nicht verzerrt. Dem Stromnetzbetreiber kann nicht vorgeworfen werden, er halte damit unerwünschte Konkurrenz aus seinem Netzgebiet fern. Das Gasversorgungsunternehmen könnte mit den Gewinnen aus dem Stromnetz im Gasmarkt eine Verdrängungsstrategie finanzieren und dort den Wettbewerb verzerren. Umgekehrt könnte das Stromunternehmen

⁴¹⁴ Siehe hierzu S. 62 in Abschnitt 3.3.3.

⁴¹⁵ Vgl. Nagel, B./Scheele, U./Pollem, O., Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in der Europäischen Union, im Erscheinen, Abschnitt 7.3.

⁴¹⁶ Vgl. Klaue, S., Zur Wertberechnung von Netzanlagen beim Neuabschluss von Konzessionsverträgen, in: ZNER 2004. S. 352.

⁴¹⁷ Vgl. Begründung zu § 6 EnWGE, BT-Drs. 15/3917, S. 89.

mit dem Gasnetz genauso verfahren. Das bisherige System faktisch verschlossener Märkte könnte so fortgeführt werden, ohne in irgendeiner Weise gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen; sogar eine verdeckte Diskriminierung über eine unterschiedslose Behandlung⁴¹⁸ könnte wegen mangelnder eigener Nutzung der Netze nicht unterstellt werden. Der Betrieb verschiedener Netze (z. B. für Gas und Strom) durch einen Netzbetreiber wäre unter diesen Gesichtspunkten indes unproblematisch,⁴¹⁹ zumindest solange sie nicht zur Quersubventionierung anderer Geschäftsbereiche missbraucht werden können und dort den Wettbewerb zugunsten des Netzbetreibers verzerrten.⁴²⁰

Ferner schließt selbst die eigentumsrechtliche Entflechtung die Errichtung und den Betrieb paralleler Netze zu den bereits bestehenden Netzen nicht aus. Ob dadurch allerdings eine Entflechtung unterbleiben kann, ist fragwürdig: Haben sämtliche Netzbetreiber kein Interesse an Konkurrenz, so können sie wieder auf die Praxis verdeckter Diskriminierungen verfallen, was sämtliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne eigenes Netz vom Markt fernhielte; der Wettbewerb reduzierte sich auf die netzbetreibenden Unternehmen. Allerdings kann damit schon im engen Oligopol das Ziel einer preisgünstigen Versorgung erreicht werden, sofern zwischen den Netzen ein oligopolistischer Wettbewerb herrscht.⁴²¹

4.3.2 Auswirkungen der Entflechtung auf Synergieeffekte

In der Diskussion um die Effizienz der Entflechtung gehen die Meinungen auseinander.⁴²² Geklärt werden muss vor allem, inwieweit die bei der Entflechtung wegfallenden Synergieeffekte vom Nutzen der Maßnahme im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums überkompensiert werden können.

Angesichts des großen Behinderungspotentials für den Inhaber eines Netzmonopols und der ihm damit möglichen Erträge liegt die Vermutung nahe, dass der Nutzen der Entflechtung die wegfallenden Synergieeffekte übersteigen kann. Werden die Netze von wenigen unabhängigen, aber größeren Unternehmen betrieben – wie es die Monopolkommission zumindest für die Übertragungsnetzbetreiber fordert⁴²³ –, so muss zudem von einem geringeren Regulierungsaufwand ausgegangen werden als bei un-

⁴¹⁸ Vgl. hierzu Abschnitt 4.2.3 ab S. 78.

⁴¹⁹ Vgl. *Scholtka, B./Baumbach, A.*, Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2002 und 2003, in: NJW 2004, S. 724 sowie die Begründung zu § 6 EnWG, BT-Drs. 15/3917, S. 89.

⁴²⁰ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 28.

⁴²¹ Vgl. *Knieps, G.*, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2001, S. 115-147.

⁴²² Vgl. *Olson, W. P.*, Efficient Electric Restructuring: Balancing Efficiency and Market Power Considerations, in: Electricity Journal 2000, S. 19, *Taylor, J.*, Electric Utility Reform: Shock Therapy or Managed Competition? In: Regulation 1996, S. 72 sowie *Kumkar, L.* Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen – das kalifornische Strommarktdebakel, in: ZfW 2002, S. 223.

⁴²³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

veränderten Strukturen.⁴²⁴ Größere Netzgebiete lassen ebenfalls Effizienzgewinne erwarten, weil sich in größeren Regelzonen Lastabweichungen zum Teil ausgleichen und damit weniger kostenintensive Regelenergie benötigt wird.⁴²⁵ Allerdings dürfte mit sinkender Nachfrage der Preis für Regelenergie ansteigen,⁴²⁶ was durch einen mit dem funktionierenden Wettbewerb einhergehenden höheren Bedarf wenigstens teilweise kompensiert werden dürfte. Darüber hinaus lassen sich die Kosten der Netzbewirtschaftung – auch in den Verteilnetzen – durch eine Konzentration der Betreiber senken, indem Verbund- und Größenvorteile ausgenutzt werden.⁴²⁷ Wegen des ohnehin schon bestehenden Netzmonopols ist durch die Konzentration der Netzbetreiber keine weitere Wettbewerbsbeschränkung bei den Stromnetzen zu befürchten. Im Gegenteil: Da die Anzahl der Monopolisten abnimmt, liegt hierin sogar eine große Chance der eigentumsrechtlichen Entflechtung.

Der Wegfall der Synergieeffekte wird sich wohl am stärksten innerhalb der vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Form höherer Kosten⁴²⁸ und geringerer Erträge bemerkbar machen.⁴²⁹ Aus diesem Blickwinkel scheint sich dieses Argument der Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder ihnen nahestehender Kreise wohl mehr auf eine unternehmensinterne Betrachtung zu stützen.⁴³⁰ Auf Unternehmensebene wegfallenden Synergieeffekten können durchaus andernorts Effizienzgewinne gegenüberstehen, zum Beispiel in Form niedrigerer Netznutzungsentgelte.

Dennoch werden durch die Entflechtung die Transaktionskosten der Netzbewirtschaftung steigen. In den vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen waren zu Zeiten der Gebietsmonopole sämtliche notwendigen Daten aller Versorgungsstufen

⁴²⁴ Der Präsident des Bundeskartellamtes befürchtet angesichts der großen Anzahl von Netzbetreibern eine gewaltige kostenträchtige Bürokratie für eine umfassende staatliche Regulierung des Strommarktes. Vgl. Böge, U., Building Energy And Transport Infrastructures For Tomorrow's Europe, Vortrag auf der 2. Jahrestagung für Energie und Verkehr in Barcelona am 12. 11. 2002, S. 12 f. www.bundeskartellamt.de/021112_Barcelona.pdf

⁴²⁵ Vgl. Knieps, G./Pethig, R., Uncertainty, Capacity Costs and Potential Gains From Cooperation and Competition, JITE 1994, S. 339 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

⁴²⁶ Vgl. Börner, A.-R., Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 402.

⁴²⁷ Vgl. Seiferth, T./Weidel, A., Vorrang für Betriebswirtschaftliche Unbundling-Umsetzung, in: ET 2004, S. 18-21 sowie *Ernst & Young (Hg.)*, Unbundling bei Stadtwerken und regionalen Energieversorgungsunternehmen, 2004, S. 3. Die Autoren der Studie sehen in der Entflechtung durchaus Chancen für die betroffenen Unternehmen.

⁴²⁸ Insbesondere bei der organisatorischen und gesellschaftsrechtlichen Entflechtung können den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen höhere Kosten entstehen. Vgl. Wiedmann, K.-P./Langerfeldt, M., Verschärftes Unbundling in der deutschen Energiewirtschaft, in: ET 2004, S. 248-250.

⁴²⁹ Vgl. Newbery, D. M., Privatising Network Industries, 2003, S. 4.

⁴³⁰ Darauf lässt die Argumentation von Wübbels (VKU) während des 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgesprächs am 29. 4. 2002, zit. n. Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 52, ebenso schließen wie die im Auftrag des VDEW von der Unternehmensberatung Ernst & Young im Oktober 2004 vorgelegte Studie „Unbundling bei Stadtwerken und regionalen Energieversorgungsunternehmen“.

bekannt oder konnten leicht beschafft werden. In einem Markt mit mehreren konkurrierenden Versorgungsunternehmen bringt die Koordination der Netznutzung einen erhöhten Informations- und Steuerungsaufwand mit sich. Liegen – saldiert mit den wegfallenden Kosten des Marktmachtmissbrauchs durch integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen – die Netznutzungspreise und damit die Endverbraucherpreise unter den heutigen Beträgen, wären zumindest die Anforderungen des Kaldor-Hicks-Kriteriums erfüllt, wonach der Nutzen einer Maßnahme die dafür erforderlichen Aufwendungen übersteigen muss, die Kompensation zwischen Gewinnern und Verlierern aber nicht Bestandteil der Beurteilung ist. Dies kann angesichts z. B. der erfolgreichen Liberalisierung des englischen Strommarkts, in dessen Folge seit 1990 die Netzbetriebskosten um bis zu 35 % gesunken sind, vermutet werden.⁴³¹

Synergieeffekte gehen strenggenommen weniger wegen der Entflechtung, sondern wegen der Liberalisierung verloren; und zwar umso mehr, je näher der reale liberalisierte Markt dem Ideal im ökonomischen Standardmodell kommt. Dies lässt sich mit folgendem Gedankenspiel veranschaulichen: Angenommen, die Netze werden weiterhin von ihren bisherigen Eigentümern betrieben und auf den vor- und nachgelagerten Märkten herrscht Wettbewerb mit vollständiger (möglichst: atomistischer) Konkurrenz. Dann verfügt das netzbetreibende Elektrizitätsversorgungsunternehmen sowohl in der Erzeugung als auch im Handel/Verteilung über einen ebenso geringen Marktanteil wie alle anderen Unternehmen der Branche. Der weitaus größte Teil der Netznutzung wird deshalb durch die Konkurrenten ohne eigenes Netz induziert. Das würde den Koordinationsaufwand für den Netzbetreiber weit über das derzeit in Deutschland beobachtbare Maß erhöhen. Angesichts dessen müsste wegen der wegfallenden Synergieeffekte weniger der Sinn und die Notwendigkeit der Entflechtung, sondern eher jener der gesamten Strommarktliberalisierung hinterfragt werden. Dies wird in dieser Arbeit allerdings nicht weiter verfolgt, da es zu weit vom eigentlichen Thema der Untersuchung wegführen würde.

Im Rahmen einer weitestgehenden Entflechtung dürften Synergieeffekte wegen des Wissensverlustes, der beim Übergang des Netzbetriebs auf einen neuen, noch unerfahrenen Netzbetreiber nicht ganz vermieden werden kann, erheblich abnehmen. Dieser kann wahrscheinlich aber in Grenzen gehalten werden, wenn das durch die Trennung beim ehemaligen Elektrizitätsversorgungsunternehmen für den Netzbetrieb nicht mehr benötigte Personal ebenfalls vom neuen Netzbetreiber übernommen wird. Allerdings sollte man sich hüten, einen überhöhten Personalbestand zu übernehmen. Die integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen könnten diese Gelegenheit nutzen, sich ihrer aus den Zeiten der Gebietsmonopole noch verbliebenen Personalüberhänge

⁴³¹ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 4602, Tz. 1192.

„sozialverträglich“ zu entledigen und so durch ineffiziente Unternehmensführung entstandene Kosten teilweise auf den neuen Netzbetreiber abwälzen.⁴³²

Die größten Synergieeffekte dürften noch bei der Vorhaltung und Beschaffung von Regel- und Ausgleichsenergie bestehen. Unternehmensintern können vertikal integrierte Elektrizitätsversorger relativ schnell und unbürokratisch (d. h. zu niedrigen Transaktionskosten) auf eigene Kraftwerke zurückgreifen. Allerdings bleibt unklar, ob diese Reserveleistung wirklich die kostengünstigste ist oder nicht günstiger von anderen Unternehmen bezogen werden könnte. Dennoch bestehen hier in Anbetracht der Gefahr des Hold Up durch die Betreiber von Spitzenlastkraftwerken – der in Kalifornien wesentlich zum Scheitern der Strommarktliberalisierung beitrug⁴³³ – noch am ehesten Synergieeffekte. Grundsätzlich ist diese Gefahr stark überhöhter Preise auch ohne Entflechtung nicht ganz gebannt: Für vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen besteht ein Anreiz, überhöhte Preise für selbst bereitgestellte Reserveleistung den Netznutzern zu berechnen. Das belegen u. a. die Verfahren des Bundeskartellamtes gegen mehrere Netzbetreiber in den Jahren 2001/2002 wegen überhöhter Preise für Regelernergie.⁴³⁴ Sie wurden eingestellt, nachdem sich die betreffenden Unternehmen verpflichtet hatten, die Regelernergie über ein Ausschreibungsverfahren zu beschaffen.⁴³⁵ Die Synergieeffekte bei der Regelernergiebeschaffung sind damit nicht entflechtungsbedingt entfallen, sondern wegen der Gewährleistung des Wettbewerbs. Ein volkswirtschaftlicher Schaden droht im Zusammenhang mit der Entflechtung vielmehr durch die Marktmacht der vier Verbundunternehmen bei der Regelernergie: In Engpasszeiten können noch verfügbare Erzeugungskapazitäten temporäre und regionale Monopole darstellen. Diese Macht könnten sie durch Hold Up einsetzen, um über exorbitante Regelernergiepreise die Netznutzungspreise für ihre Konkurrenten in unbezahlbare Höhen zu treiben. Der Effekt wäre derselbe wie bei missbräuchlich hohen Netznutzungspreisen heute: Die Betreiber von engpassrelevanten Spitzenlastkraftwerken können mit ihren überhöhten Einnahmen aus dem Regelernergieverkauf die damit in die Höhe getriebenen Netznutzungsentgelte quersubventionieren, während alle anderen diese Kosten an die Endabnehmer weitergeben müssen. Da die Netzbetreiber, die für die Systemstabilität verantwortlich sind, auf einen funktionierenden Regelergiemarkt angewiesen sind, sollte die Regulierungsinstitution auch hierfür eine Eingriffskompetenz erhalten. Die Ausgestaltung des Handels mit bzw. des Bezugs von Reserveleistung bedarf besonderer Aufmerksamkeit; insbesondere könnte durch eine

⁴³² Vgl. *Büdenbender, U.*, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, in: RdE 1999, S. 6 f. sowie *Bausch, C.*, Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2004, S. 47 f.

⁴³³ Vgl. z. B. *Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T.*, Democracy and Regulation, 2003, S. 148-150 oder *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 7-11.

⁴³⁴ Vgl. *BKartA (Hg.)*, Pressemitteilung v. 30. 10. 2001, Missbrauchsverfahren gegen Bewag, EnBW, HEW und Veag wegen unbilliger Abrechnung von Regelernergie, Pressemitteilung v. 30. 10. 2001.

⁴³⁵ Vgl. *BKartA (Hg.)*, Pressemitteilung v. 19. 8. 2002, Missbrauchsverfahren gegen Bewag, HEW und Veag im Bereich Regelernergie eingestellt sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, S. 71 f, Tz. 253.

starke Intensivierung des europaweiten Ausgleichs- und Regelenenergiehandels das Spitzenlastproblem entschärft werden.⁴³⁶ Ihm stehen allerdings auf deutscher Seite zur Zeit noch die begrenzten Kapazitäten an den Kuppelstellen zu den Nachbarländern entgegen.⁴³⁷

Angesichts dieser Überlegungen sind noch vorhandene, scheinbar durch die Entflechtung entfallende, Synergieeffekte auf Unternehmensebene sogar ein Indiz für einen *nicht* funktionierenden Wettbewerb, da aus ihnen gerade *kein* Nutzen für die Allgemeinheit erwächst. Sie verdeutlichen vielmehr, welches Behinderungspotential und welcher Nutzen den vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus den mit dem Netzbetrieb einhergehenden Verbundvorteilen oder Economies of Scope, zufällt.⁴³⁸ Damit lässt sich die Notwendigkeit einer vollständigen Trennung des Netzbetriebs vom Einfluss der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen eher untermauern denn entkräften. In der Gesamtschau dürfte der Nutzen der eigentumsrechtlichen Entflechtung, welcher aus den damit stark reduzierten Missbrauchs- und Behinderungsmöglichkeiten der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen herrührt, die wegfallenden Synergieeffekte übertreffen.⁴³⁹ Auch auf Unternehmensebene können positive Effekte der Entflechtung anfallen, beispielsweise durch Economies of Scale, wenn durch Fusionen oder Kooperationen größere Netzgebiete von den Netzbetreibern betreut werden.⁴⁴⁰

4.3.3 Neuordnung der Anschluss- und Versorgungspflichten

Durch die Entflechtung müssen die bislang den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen auferlegten Anschluss- und Versorgungspflichten neu zugeordnet werden, damit insbesondere für Endabnehmer weiterhin der flächendeckende Zugang zur Stromversorgung sichergestellt ist.⁴⁴¹

Die flächendeckende Versorgung aller Abnehmer kann mit Kontrahierungspflichten gewährleistet werden: Zum einen muss für den Netzbetreiber die Pflicht bestehen, sowohl Endabnehmer als auch Erzeuger an sein Netz anzuschließen und Stromversorgern⁴⁴² dessen Nutzung zu ermöglichen.⁴⁴³ Zum anderen müssen die Stromversorger

⁴³⁶ Vgl. *Newbery, D. M., Privatising Network Industries*, 2003, S. 23.

⁴³⁷ Vgl. *Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, 2004, S. 69, Tz. 243.

⁴³⁸ *P. Becker* spricht hier von der Möglichkeit der strategischen Steuerung von konzernabhängigen Stadtwerken aus der Konzernzentrale heraus. Zit. n. *Schwintowski, (Hg.), Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf Energiemärkten*, 2003, S. 74.

⁴³⁹ Vgl. *Newbery, D. M., Privatising Network Industries*, 2003, S. 20, sowie *Kruse, J., Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem*, in: *Kruse/Stockmann/Vollmer (Hg.), Wettbewerb im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, 1997, S. 259 f.

⁴⁴⁰ Vgl. zu diesen Potentialen: *Seiferth, T./Weidel, A., Vorrang für Betriebswirtschaftliche Unbundling-Umsetzung*, in: *ET 2004*, S. 18-21.

⁴⁴¹ Vgl. *Galahn, G., Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG*, in: *RdE 2004*, S. 40 f.

⁴⁴² Darunter sind Energieversorgungsunternehmen i. S. d. § 3 Nr. 18 EnWG 2005 zu verstehen, die Letztverbraucher i. S. d. § 3 Nr. 25 EnWG 2005 mit Elektrizität versorgen.

ebenfalls verpflichtet sein, mit Endabnehmern Belieferungsverträge abzuschließen. Die Kontrahierungspflichten implizieren für sich keine unentgeltliche Versorgungspflicht für Netzbetreiber und Stromversorger: So sollte bei Zahlungsunfähigkeit des Abnehmers der Anschluss auf Betreiben des Versorgers gesperrt werden können; unterlässt dies der Netzbetreiber, so sollte er das Ausfallrisiko von dem Zeitpunkt an tragen, von dem an er zur Versorgungsunterbrechung aufgefordert wurde. Freilich muss für den Fall eines Ausfalls des Lieferanten ohne Wissen und Verschulden des Abnehmers eine Auffangregelung getroffen werden, damit einerseits der Endabnehmer für diese Zeit mit Strom versorgt und andererseits der Netzbetreiber für die entnommene Energie entschädigt wird.⁴⁴⁴

Der Endabnehmer ist überdies zu verpflichten, den Netzbetreiber über seinen Stromlieferanten in Kenntnis zu setzen; entweder indem er ihn dem Netzbetreiber selbst mitteilt oder der Stromlieferant dem Netzbetreiber mitteilt, wen er in dessen Netz versorgt. Erst danach sollte der Netzbetreiber den Anschluss freischalten müssen. Falls Endabnehmer keinen Versorger suchen, werden so weder die Netzbetreiber unfreiwillig in die Rolle des „Ersatzversorgers“ gedrängt,⁴⁴⁵ noch muss der Versorger mit den meisten Haushaltskunden am Ort die Rolle des „Grundversorgers“⁴⁴⁶ übernehmen. Dieser Automatismus des § 36 Abs. 2 EnWG 2005 erlegt dem Unternehmen mit dem größten Marktanteil Pflichten auf, wie sie vor der Liberalisierung für die Gebietsversorger galten.⁴⁴⁷ Das mag in Anbetracht der noch vorherrschenden Marktstruktur noch vertretbar sein, doch wird mit zunehmender Wettbewerbsintensität ein „Grundversorger“, durch die Ausfallrisiken stärker belastet werden als ein Monopolist und vor allem relativ stärker als ein Konkurrent, der nur geringfügig weniger Anschlüsse im Versorgungsgebiet bedient.⁴⁴⁸ Allerdings soll diese Frage wegen der relativen Ferne zum Thema dieser Arbeit nicht weiter behandelt werden.⁴⁴⁹

⁴⁴³ Nach geltendem Recht besteht für einen Netznutzungspetenten kein unmittelbarer Anspruch auf Netzzugang, sondern für den Netzbetreiber nur die Verpflichtung zum Vertragsschluss. Vgl. *Busche, J.* zit. n. *Lerch/Brodowski*, Die Energiewirtschaft in der Regulierung – Die neuen rechtlichen Herausforderungen. Tagungsbericht: 32. Jahrestagung des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln am 30. 10. 2003, in: *RdE* 2004, S. 56 oder *U. Quack* bei dem 7. Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002, zit. n. *Immenga, et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 78.

⁴⁴⁴ Vgl. zu dieser Problematik *BGH*, U. v. 26. 1. 2005, VIII ZR 1/04 = *ZNER* 2005, S. 63-66.

⁴⁴⁵ Wie dies nach § 10 Abs. 1 EnWG 1998 vorgesehen war, Vgl. *LG Köln*, U. v. 20. 9. 2002, 89 O 46/02 = *RdE* 2003, S. 44.

⁴⁴⁶ Vgl. § 36 Abs. 2 EnWG 2005.

⁴⁴⁷ Kritisch zu dieser Regelung *Salje, P.*, Grundversorgung und Regulierung, in: *ET* 2005, S. 32-34.

⁴⁴⁸ Vgl. hierzu z. B. *Galahn, G.*, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, in: *RdE* 2004, S. 35-41, *Hellermann, J.*, Probleme des Kundenübergangs in Zeiten des „Grundversorgers“, in: *ZNER* 2004, S. 329-332 sowie *Hampel, C.*, Von der Tarifkundenversorgung zur Grundversorgung, in: *ZNER* 2004, S. 117-128.

⁴⁴⁹ Vgl. zu diesen Fragestellungen ausführlich: *Galahn, G.*, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG, in: *RdE* 2004, S. 35-41 sowie *Hampel, C.*, Die Zukunft der Tarifkundenversorgung, 2005.

Der Konzessionsvertrag zwischen dem bisherigen Gebietsversorger und der Kommune müsste auf den Netzbetreiber übergehen, während Belieferungsverträge zwischen Endabnehmern und Stromversorger unverändert fortbestehen könnten. Zusammen mit der Entflechtung könnte damit das Problem des Kundenübergangs von Gebietsversorgern beim Auslaufen von Konzessionsverträgen⁴⁵⁰ behoben werden.

4.3.4 Das Entflechtungsgebot im Energierecht

Die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 sieht für netzbesitzende oder -betreibende Versorgungsunternehmen, die auch als Erzeuger oder Verteiler tätig sind, eine gesellschaftsrechtliche Trennung des Netzbetriebs von den anderen Unternehmensaktivitäten als neuen Mindeststandard vor,⁴⁵¹ obwohl sie bereits von den (meist größeren) integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen praktiziert wird⁴⁵² und bislang zu keiner spürbaren Wettbewerbsbelebung führte. Folglich bevorzugt die Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission eine weitergehende Trennung.⁴⁵³

Die mit diesem Entflechtungsregime einhergehenden Nachteile sollen mit flankierenden Bestimmungen eingedämmt werden: Erstens ist eine weitgehende Unabhängigkeit des Netzbetreibers von Weisungen des Mutterunternehmens vorgesehen.⁴⁵⁴ Deswegen dürfen leitende Personen des Netzbetreibers nicht anderen Unternehmensteilen des integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens angehören.⁴⁵⁵ Es sind Maßnahmen zu treffen, damit diese Personen auch unter Berücksichtigung ihrer eigenen beruflichen Interessen unabhängig in ihren Handlungen sind.⁴⁵⁶ Des Weiteren müssen die Entscheidungsbefugnisse über die für den Netzbetrieb relevanten Vermögenswerte in einer Weise beim Netzbetreiber liegen, welche jener von vollkommen unabhängigen Unternehmen gleichkommt. Die Aufsichtsrechte des Mutterunternehmens werden im Wesentlichen auf die Genehmigung des jährlichen Finanzplans einschließlich einer Verschuldungsgrenze beschränkt.⁴⁵⁷ Ferner sind in einem Gleichbehandlungsprogramm Maßnahmen zu treffen, die diskriminierendes Verhalten ausschließen sollen. Die Einhaltung des Programms ist zu überwachen und darüber der Bundesnetzagentur Bericht zu erstatten.⁴⁵⁸ Damit sollen wettbewerbsschädigende Einzelweisungen des

⁴⁵⁰ Siehe hierzu *LG Köln*, U. v. 20. 9. 2002, 89 O 46/02 = RdE 2003, S. 42-47 sowie *Hellermann, J.*, Probleme des Kundenübergangs in Zeiten des „Grundversorgers“, in: ZNER 2004, S. 329-332 m. w. N.

⁴⁵¹ Vgl. Art. 10, 15 u. 17 Rl. 2003/54/EG.

⁴⁵² Vgl. *Bausch, C.*, Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 341.

⁴⁵³ Vgl. *Koenig, C./Rasbach, W.*, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, in: DÖV 2004, S. 736.

⁴⁵⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a)-d), Art. 15 Abs. 2 lit. a)-d) u Art. 17 lit. a)-d) Rl. 2003/54/EG.

⁴⁵⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a), Art. 15 Abs. 2 lit. a) u Art. 17 lit. a) Rl. 2003/54/EG.

⁴⁵⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b), Art. 15 Abs. 2 lit. b) u Art. 17 lit. b) Rl. 2003/54/EG.

⁴⁵⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c), Art. 15 Abs. 2 lit. c) u Art. 17 lit. c) Rl. 2003/54/EG.

⁴⁵⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d), Art. 15 Abs. 2 lit. d) u Art. 17 lit. d) Rl. 2003/54/EG.

Netzeigentümers an den Netzbetreiber verhindert werden.⁴⁵⁹ Zweitens müssen wirtschaftlich sensible Informationen, die der Netzbetreiber im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, vertraulich behandelt werden. Legt er wettbewerbsrelevante Informationen über seine eigene Geschäftstätigkeit offen, so hat das diskriminierungsfrei zu erfolgen.⁴⁶⁰ Drittens ist in Art. 19 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 ausdrücklich eine von den übrigen Unternehmensaktivitäten getrennte Rechnungslegung für den Netzbetrieb vorgeschrieben. Sie soll unabhängig von der Rechtsform des Netzbetreibers nach den für Kapitalgesellschaften gültigen Bestimmungen erfolgen und zumindest den Aufsichtsbehörden zu Kontrollzwecken zugänglich sein.⁴⁶¹ Von den Entflechtungsbestimmungen können allerdings Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit weniger als 100 000 Kunden ausgenommen werden.⁴⁶² Diese Schwelle wurde auf deutsches Betreiben zum Schutz kleiner integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen (i. d. R. kleinere Stadtwerke) in die Richtlinie aufgenommen. Sie sollen von überproportionalen Belastungen der Entflechtung und dem Betrieb kleiner unrentabler Netze verschont bleiben.⁴⁶³ Diese in das Energiewirtschaftsgesetz übernommene Schwelle⁴⁶⁴ ist wegen des weitgefassten Begriffs des „vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens“⁴⁶⁵ in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 bzw. des „vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens“⁴⁶⁶ des EnWG von 2005 eng auszulegen.⁴⁶⁷ Sind an einem solchen Unternehmen andere Elektrizitätsversorgungsunternehmen beteiligt oder kontrollieren es, so werden die Kunden aller miteinander verbundenen Unternehmen gewertet.⁴⁶⁸ Ausschlaggebendes Kriterium ist hierfür, ob das Unternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung von einem oder mehreren anderen vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen kontrolliert wird.⁴⁶⁹ Der Begriff der Kontrolle ist in der Fusionskontrollverordnung sehr weit gefasst: Es bedarf keines Eigentums am Unternehmen, sondern es genügt, wenn ein bestimmender Einfluss auf seine Tätigkeit ausgeübt werden kann.⁴⁷⁰

⁴⁵⁹ Vgl. *Lecheler, H./Herrmann, J.*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 488 m. w. N.

⁴⁶⁰ Vgl. Art. 12 u. 16 Rl. 2003/54/EG.

⁴⁶¹ Vgl. Art. 19 Abs. 2 2. Uabs. Rl. 2003/54/EG.

⁴⁶² Vgl. Art. 15 Abs. 2 2. Uabs. Rl. 2003/54/EG.

⁴⁶³ Vgl. *Staebe E.*, Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), in: DVBl. 2004, S. 856.

⁴⁶⁴ Vgl. § 7 Abs. 2 EnWG 2005.

⁴⁶⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 21 Rl. 2003/54/EG.

⁴⁶⁶ Vgl. § 3 Nr. 38 EnWG 2005.

⁴⁶⁷ Vgl. zur Auslegung *Europäische Kommission*, Die Entflechtungsordnung, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, S. 17 f. sowie: *Just, C./Lober, A.*, Wer ist zum Unbundling verpflichtet? In: ET 2005, S. 98-100.

⁴⁶⁸ Vgl. *Klees, A.*, Legal Unbundling und deutsches Gesellschaftsrecht – Die europäischen Vorgaben zur rechtlichen und organisatorischen Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen und gesellschaftsrechtliche Konstruktionen zu ihrer Umsetzung, VW 2003, S. 249 sowie *Lecheler, H./Herrmann, J.*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 485.

⁴⁶⁹ Vgl. § 3 Nr. 38 EnWG 2005 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 VO 139/2004/EG.

⁴⁷⁰ Vgl. *Nagel, B.*, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 2003; S. 164 sowie speziell zur 100 000er-Regelung: *Just, C./Lober, A.*, Wer ist zum Unbundling verpflichtet? In: ET 2005, S. 98-100.

In der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes von 2005 wurden für die Entflechtung des Netzbetriebs aus vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu- meist die Mindestanforderungen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 über- nommen.⁴⁷¹ Für die Unabhängigkeit des Personals des Netzbetreibers und den Be- stimmungen zur Rechnungslegung sind die Anforderungen des Energiewirtschaftsge- setzes höher als nach der Richtlinie nötig. Zum einen müssen auch Personen, welche mit wesentlichen Tätigkeiten des Netzbetriebs – damit sind insbesondere die Vermark- tung von Netzkapazitäten und die Netzsteuerung gemeint – betraut sind, dem Netz- betreiber angehören.⁴⁷² Zum anderen müssen Geschäfte „größeren Umfangs“ des Netzbetreibers mit verbundenen Gesellschaften nach § 10 Abs. 2 EnWG 2005 im An- hang des Jahresabschlusses offengelegt werden;⁴⁷³ der größere Umfang ist jedoch nicht näher quantifiziert. Ferner sind Jahresabschlüsse abweichend von Art. 19 Abs. 2 2. Uabs. Rl. 2003/54/EG generell offen zu legen.⁴⁷⁴

Die Entflechtungsmaßnahmen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 und des Energiewirtschaftsgesetzes von 2005 sollen mit dem geringstmöglichen Eingriff in die Struktur netzbetreibender, integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen deren Einflussmöglichkeiten auf den Strommarkt über den Netzbetrieb weitestgehend aus- schalten.⁴⁷⁵ Die so herbeigeführte Trennung des Netzbetriebs von den anderen Aktivi- täten der Energieversorgungsunternehmen ist suboptimal; wettbewerbsschädliches und diskriminierendes Verhalten vertikal integrierter Netzbetreiber im Interesse des Mutterunternehmens lässt sich damit nicht im erforderlichen Maß verhindern. Den Netzbetreibern verbleibt zumindest theoretisch die Möglichkeit, für ihre verbundenen Unternehmen unentgeltliche Dienstleistungen zu erbringen, die nicht in die Unter- nehmenrechnung eingehen, sofern sie nicht von leitenden oder mit wesentlichen Tä- tigkeiten betrauten Personen erbracht werden. Diese Form der verdeckten Wettbe- werbsverzerrung dürfte nur schwer nachweisbar sein, da sie sich nicht in der Unter- nehmenrechnung nachverfolgen lässt.⁴⁷⁶ Führungskräfte werden sich, wenn sie damit ihre Karrierechancen verbessern können, auch ohne Absprachen oder Anordnungen im Interesse des Mutterunternehmens verhalten.⁴⁷⁷ Damit laufen insbesondere die Be- stimmungen der Art. 10 Abs. 2 lit. b) und Art. 15 Abs. 2 lit. b) Rl. 2003/54/EG ins Leere und die Unabhängigkeit des Netzbetriebes bleibt hinter den Erfordernissen zurück.

⁴⁷¹ Vgl. §§ 6-10 EnWG EnWG 2005.

⁴⁷² Vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 2 EnWG 2005.

⁴⁷³ Diese Bestimmung geht noch auf Art. 14 Abs. 5 Rl. 96/92/EG zurück.

⁴⁷⁴ Vgl. § 10 Abs. 1 EnWG 2005.

⁴⁷⁵ Vgl. *Schneider, J.-P./Prater, J.*, Das europäische Energierecht im Wandel. Die Vorgaben der EG für die Reform des EnWG, in: *RdE* 2004, S. 59.

⁴⁷⁶ Vgl. *Apfelstedt, G.*, Energiegesetz und Verbändevereinbarung: Stellen sie wettbewerbsfördernde Netzbennutzungsregeln dar? In: *ZNER* 3/1998, S. 31.

⁴⁷⁷ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: *EW* 21/2003, S. 27 f. sowie ähnlicher Ansicht *Püttner, G.*, Das neue Energiewirtschaftsrecht. Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *ZögU* 2005, S. 395.

Die dem Netzbetreiber und seinen leitenden Mitarbeitern auferlegte Pflicht, keine für Wettbewerbsverzerrungen geeigneten Informationen weiterzugeben, vermag informelle Informationskanäle kaum zu schließen. Selbst wenn darüber laufende Informationsflüsse illegitim sind, werden sie vorkommen, solange sie nur schwer nachweisbar sind und schwer sanktioniert werden können. Dadurch können weiterhin Informationsasymmetrien zu Lasten außenstehender Energieversorgungsunternehmen entstehen und zu Wettbewerbsverzerrungen führen, ohne dass die Netzbetreiber diese unmittelbar behindern müssen. So ist es möglich, dass ein vertikal integrierter Netzbetreiber, der z. B. Kenntnis vom Namen des Endabnehmers und der kontrahierten Elektrizitätsmenge erhält, diese an die Versorgungssparte des Unternehmens weiterleitet. Dort könnten die Daten genutzt werden, den Kunden vom Wechseln abzuhalten, sei es durch ein günstigeres Angebot oder Schikanen.⁴⁷⁸ Des Weiteren können auch durch die Migration von Mitarbeitern der Führungsebene zwischen dem Netzbetreiber und den übrigen Versorgungssparten wenigstens temporäre Informationsvorsprünge für integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen entstehen.⁴⁷⁹ Überdies kann selbst bei reinen Finanzbeteiligungen die Möglichkeit der Quersubventionierung anderer, im Wettbewerb stehender Konzerngesellschaften nicht vollkommen ausgeschlossen werden.⁴⁸⁰ Vor diesem Hintergrund sind erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der Entflechtungsmaßnahmen in der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie angebracht. Sollte ein solches Verhalten des Netzbetreibers dennoch aufgedeckt werden und gegen andere Normen verstoßen, kann dies unter Umständen für die geschädigten Wettbewerber bereits zu spät sein.⁴⁸¹

Die nach der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 erforderliche gesellschaftsrechtliche Entflechtung mit ihren Begleitmaßnahmen kann zwar einfacher umgesetzt werden als eine eigentumsrechtliche Trennung der Netzbetreiber. Dafür ist sie ob ihrer Kompliziertheit mit Rechtsunsicherheiten behaftet, welche auch zu dauerhaften Mehrkosten führen.⁴⁸² Indes ist äußerst zweifelhaft, ob eine Regelung, die sowohl die Rechte der vertikal integrierten Mutterunternehmen als auch den Nutzen der Entflechtung wahren will,⁴⁸³ tatsächlich geeignet ist, die Ziele der Strommarktliberalisierung⁴⁸⁴ zu erreichen. Auf mittlere und lange Sicht dürften die zuvor genannten Nachteile der de-

⁴⁷⁸ Vgl. Klafka, P./Ritzau, M./Zander, W./Held, C., Ein gerechtes Durchleitungs-Tarifmodell für elektrischen Strom, in: ZNER 1997, S. 46.

⁴⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission, Die Entflechtungsordnung, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, S. 8 f.

⁴⁸⁰ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 245 f.

⁴⁸¹ Vgl. Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Henderl et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 401.

⁴⁸² Vgl. Hohmann, H., Vereinbarkeit des organisatorischen Unbundling mit dem Gesellschafts-, EG- und Verfassungsrecht, in: ET 2004, S. 824.

⁴⁸³ Vgl. Mombaur, P. M./Balke, J., EU-Binnenmarkt für Strom und Gas: Ursprung und wirklicher Inhalt des jetzt verabschiedeten neuen Gemeinschaftsrechts, in: RdE 2003, S. 162.

⁴⁸⁴ Vgl. § 1 Abs. 1 EnWG 2005.

minimis-Entflechtung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 und des novellierten Energiewirtschaftsgesetzes mögliche Vorteile überwiegen. Eine solch unvollständige Systemtransformation kann neben Umstellungsverlusten auch zu fortlaufenden gesellschaftlichen Wohlfahrtsverlusten führen.⁴⁸⁵ Eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetreibers oder des Netzes könnte in diesem Fall ein besseres Resultat liefern, sofern der mit ihr einhergehende Nutzen die damit verbundenen höheren Kosten überkompensiert.⁴⁸⁶ Davon ist auszugehen, wenn sich Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten etablieren kann, der den nötigen Effizienzdruck auf die Marktteilnehmer entfaltet.⁴⁸⁷ Übersteigen die Mehraufwendungen der de-minimis-Entflechtung im Energiewirtschaftsgesetz von 2005 für die vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen den verbliebenen Nutzen des Netzbetriebs, so könnte dies sie veranlassen, ihre Netze zu verkaufen.⁴⁸⁸ Dies führte indirekt zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung.

4.3.5 Implikationen der Entflechtung auf das Wettbewerbsrecht

Je nach Ausgestaltung der Entflechtung können sich Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts bei wettbewerbsbeschränkendem Verhalten des Netzbetreibers ergeben. Nach aktueller Rechtslage ist zwar – wie bereits in Abschnitt 4.2.3 erwähnt – der Netzbetrieb von der Anwendung der §§ 19 und 20 GWB ausgenommen, da hierfür im Energiewirtschaftsgesetz und in den auf dessen Teil 3 beruhenden Rechtsverordnungen abschließende Regelungen vorgesehen sind.⁴⁸⁹ Dennoch soll unabhängig davon wenigstens kurz auf die Auswirkungen der Entflechtung auf die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts eingegangen werden. Die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts bleibt vom deutschen Energiewirtschaftsgesetz ohnedies unberührt.⁴⁹⁰

Bereits bei der gesellschaftsrechtlichen, aber auch der eigentumsrechtlichen Entflechtung könne § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht mehr direkt als Anspruchsgrundlage für den Netzzugang verwendet werden, da der Netzbetreiber nach der Entflechtung nicht mehr auf den vor- und nachgelagerten Märkten tätig sei.⁴⁹¹ Diese Sichtweise ist zwar nach dem Wortlaut von § 19 Abs. 4 GWB zu streng, denn die Aufzählung der Miss-

⁴⁸⁵ Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 20.

⁴⁸⁶ Vgl. *Klafka, P./Ritzau, M./Zander, W./Held, C.*, Ein gerechtes Durchleitungs-Tarifmodell für elektrischen Strom, in: *ZNER 1997*, S. 45 f.

⁴⁸⁷ Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 22 f.

⁴⁸⁸ Vgl. *Brunekreeft, G./Keller, K.*, *Competition in European Electricity Supply: Issues and Obstacles*, in: *Eekhoff* (Hg.), *Competition Policy in Europe*, 2004, S. 170 f.

⁴⁸⁹ Vgl. § 111 EnWG i. V. m. § 130 Abs. 3 GWB i. d. F. v. Art. 3 Nr. 31 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes v. 7. 7. 2005. Siehe hierzu auch *Säcker, F. J.*, *Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht*, in: *AÖR 2005*, S. 215-217.

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu *Baur, J. F.*, *Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft*, in: *RdE 2004*, S. 280 f.

⁴⁹¹ Vgl. *Quack, U.*, *Rechtlicher Rahmen des Strom- und Gashandels in Deutschland – Einzelfragen des Netzzugangs*, in: *Immenga et al. (Hg.)*, *Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa*, 2003, S. 76.

brauchstatbestände ist, wie durch das Wort „insbesondere“ hervorgeht, nicht abschließend. Vielmehr handelt es sich um eine Präzisierung der nach § 19 Abs. 1 GWB verbotenen Missbrauchstatbestände, so dass sich die Zugangsverweigerung auch direkt unter § 19 Abs. 1 GWB subsumieren ließe; eine Anpassung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, damit er auch Zugangsverweigerungen durch vertikal nicht integrierte Netzbetreiber explizit einschließt, ist indes nicht notwendig: Denn ohnehin könnte § 19 GWB nur in dem hypothetischen Fall angewendet werden, wenn ein vertikal desintegrierter Netzbetreiber *sämtliche* Nutzungsbegehren abschläge. Sobald er hingegen auch nur einem die Nutzung gestattet, stellt eine Netzzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung dar, die unter § 20 Abs. 1 GWB subsumiert werden kann.⁴⁹² Danach darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Das behinderte Unternehmen muss nicht mit dem behindernden im Wettbewerb stehen. Damit bliebe der Kontrahierungsanreiz für den Netzbetreiber erhalten, sofern er Missbrauchsverfahren nach dem Wettbewerbsrecht gegen sich vermeiden will.⁴⁹³

Die Mindestvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 zur Entflechtung wirken sich auch auf die Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts aus: Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung wurde mit erheblichen Einschränkungen der Weisungsrechte vertikal integrierter Mutterunternehmen mit dem Ziel unterfüttert, mehr Transparenz zu schaffen, damit Quersubventionen zwischen Netzbetrieb und den übrigen Geschäftsfeldern vermieden werden.⁴⁹⁴ Die Einflussmöglichkeiten integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf ihre Netzbetreiber beschränken sich nun auf die Genehmigung des jährlichen Finanzplans und von Verschuldungsobergrenzen.⁴⁹⁵ Die Entscheidungsbefugnisse für die operativen Geschäfte obliegen vollständig der Unternehmensleitung des Netzbetreibers. Infolgedessen kann die Desintegration des Netzbetriebs als Beleg der fehlenden wirtschaftlichen Einheit mit dem Eigentümerunternehmen gewertet werden,⁴⁹⁶ weshalb konzerninterne Absprachen auch bei hundertprozentigen Tochterunternehmen gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen können.⁴⁹⁷

Bei einem vollständig in das Unternehmen integrierten Netzbetrieb – wie er nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 1996 noch möglich war⁴⁹⁸ – konnte ein Marktmissbrauchsverfahren nicht auf Art. 82 lit. c) EG gestützt werden, weil die Versorgungssparte desselben Unternehmens nicht unter den Begriff des Handelspartners

⁴⁹² Vgl. *Wiedemann, G. (Hg.)*, Handbuch des Kartellrechts, 1999, S. 824.

⁴⁹³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 359, Tz. 734.

⁴⁹⁴ Vgl. *Scholtka, B.*, Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW 2005, S. 2423.

⁴⁹⁵ Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. c) Rl. 2003/54/EG sowie § 8 Abs. 4 EnWG 2005.

⁴⁹⁶ Vgl. *Lecheler, H./Herrmann, J.*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 488 f.

⁴⁹⁷ Vgl. EuGH, U. v. 24. 10. 1996, Rs. C-73/95 P, EuGH-Slg. 1996, S. I-5457, 1595 f., Tz. 15-18.

⁴⁹⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 4 Rl. 96/92/EG.

subsumiert werden konnte.⁴⁹⁹ Mit der Ausgliederung des Netzbetriebs in ein rechtlich selbständiges Unternehmen kann die Versorgungssparte des Eigentümers als Handelspartner angesehen und nunmehr auch Art. 82 lit. c) EG angewendet werden.⁵⁰⁰

Überdies steht – sofern andere Maßnahmen versagen – der Europäischen Kommission bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht mit Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003/EG der Weg offen, weitere strukturelle Maßnahmen anzuordnen,⁵⁰¹ worunter gegebenenfalls auch eine weitere Entflechtung fallen kann.

4.3.6 Grundrechtsfragen der Entflechtung des Netzbetriebs

Insbesondere die eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Marktstufen stellt – wie die Netzöffnung für Dritte⁵⁰² – ebenfalls einen Einriff in die Grundrechte dar, dessen Intensität von der Entflechtungstiefe abhängt. Besonders durch den Eigentumsschutz des Art. 14 GG und den Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 GG kann die Entflechtung an Grenzen stoßen. In diesem Abschnitt soll ausgelotet werden, bis zu welcher Tiefe die Entflechtung nicht gegen diese Grundrechte verstößt.

In der Entflechtungsdiskussion wird gelegentlich auf die grundrechtlichen Schutzpositionen der Netzeigentümer verwiesen, derentwegen eine eigentumsrechtliche Trennung des Netz(betrieb)es von den übrigen Marktstufen nicht oder nur schwer durchsetzbar sei.⁵⁰³ Meist erschöpft sich damit die Diskussion,⁵⁰⁴ Lösungswege werden hin-

⁴⁹⁹ Vgl. *Schröter, H.*, Art. 82, in: *Schröter/Jakob/Mederer (Hg.)*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, S. 944, Rn. 225.

⁵⁰⁰ Vgl. *Lecheler, H./Herrmann, J.*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: *WuW* 2005, S. 490 f.

⁵⁰¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003/EG.

⁵⁰² Siehe hierzu Abschnitt 4.2.2 ab S. 76.

⁵⁰³ Vgl. bspw. *Hohmann, H.*, Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig? In: *ET* 2002, S. 337 f. m. w. N., *Rasbach, W./Schreiber, K.*, Legal Unbundling – Damoklesschwert oder Hoffnungsschimmer? Tagungsbericht in: *ZNER* 2003, S. 124-126 sowie *Bausch, C.*, Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: *ZNER* 2004, S. 333 f.

⁵⁰⁴ Vgl. hierzu z. B. *Hohmann, H.*, Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig? In: *ET* 2002, S. 337 f., *Koenig, C./Kühling, J./Rasbach, W.*, Das energierechtliche Unbundling-Regime, in: *RdE* 2003, S. 223, *Schneider, J.-P./Prater, J.*, Das europäische Energierecht im Wandel. Die Vorgaben der EG für die Reform des EnWG, in: *RdE* 2004, S. 60, *Baur, J. F./Lückenbach, A.*, Rechtliche Grenzen europäischer Wirtschaftsregulierung – Beispiel Erdgasbinnenmarkt, in: *ET* 2002, S. 420-425, *Schmidt-Preuß, M.*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Energiepolitik, in: *Hendler, et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2002, S. 27-69, *Bonde, B.*, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 82 sowie *Scholz, R.*, Freiheitlicher Binnenmarkt oder diktierte Marktstruktur? In: *ET* 2001, S. 678-682.

gegen selten diskutiert.⁵⁰⁵ Die Monopolkommission zeigt zwar einen Lösungsweg auf, beschränkt sich aber darauf, ihn als mit dem Eigentumsschutz konform zu bezeichnen.⁵⁰⁶

Träger der Grundrechte der Art. 12 und 14 GG sind zunächst natürliche Personen und nach Art. 19 Abs. 3 GG inländische juristische Personen des Privatrechts, soweit diese dem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Dies gilt auch für Personen, die aus anderen EU-Mitgliedsstaaten stammen,⁵⁰⁷ dagegen für jene aus nicht EU-Staaten nur auf Grund bilateraler oder internationaler Abkommen.⁵⁰⁸ Juristische Personen öffentlichen Rechts sind hingegen nicht grundrechtsfähig.⁵⁰⁹ Unternehmen mit privater Rechtsform, die überwiegend in öffentlichem Eigentum stehen, unterfallen deshalb i. d. R. nicht dem Grundrechtsschutz.⁵¹⁰ Da aber nicht alle Netze öffentliches Eigentum sind, wird im Folgenden die Vereinbarkeit der eigentumsrechtlichen Entflechtung des Netzbetriebs mit dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG und der Berufsfreiheit des Art. 12 GG untersucht.

4.3.6.1 Eigentumsschutz

Privates Eigentum unterliegt dem Schutz des Art. 14 GG, welcher dem Eigentümer den Bestand und seine Nutzung garantiert. Der Eigentümer kann nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG über die Nutzung seines Eigentums frei entscheiden. Diese Verfügungsbefugnis umfasst das Recht der Nutzung zum eigenen Gebrauch, das Recht daraus Erträge zu erzielen – sei es aus Vermietung und Verpachtung oder Verkauf –, das Recht der

⁵⁰⁵ Ausnahmen bilden *Säcker/Jaecks* und *Dannischewski*. Vgl. *Säcker, F. J./Jaecks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 997-1005, die dies allerdings für Betreiberwechsel bei Verteilungsnetzen im Zusammenhang mit auslaufenden Konzessionsverträgen untersuchen, während *Dannischewski* dies zwar für die Entflechtung untersucht, allerdings nicht für die Gebrauchsüberlassung des Netzes an einen eigentumsrechtlich unabhängigen Netzbetreiber. Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, für die eigentumsrechtliche Entflechtung siehe die S. 177-179 u. S. 182-241.

⁵⁰⁶ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

⁵⁰⁷ Vgl. *Dreier, H.*, Art. 19 Abs. 3 GG, in: *Dreier (Hg.)*, Grundgesetz, Bd. I 1996, S. 1097 f., Rn. 14, *Huber, P. M.*, Art. 19 Abs. 3 GG, in: *Mangoldt/Klein/Stark (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, Bd. I 1999, S. 2266-2268, Rn. 322-327 sowie *Guckelberger, A.*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, in: AöR 2004, S. 618-638.

⁵⁰⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 28. 2. 1980, III ZR 131/77, BGHZ 76, S. 387, 396.

⁵⁰⁹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 2. 5. 1967, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, S. 362, 369; *BVerfG*, B. v. 8. 7. 1982, 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, S. 82, 100 f.; *BVerfG*, B. v. 31. 10. 1984, 1 BvR 35, 356 u. 794/82, BVerfGE 68, S. 193, 206.

⁵¹⁰ Vgl. *BVerfG*, B. v. 7. 6. 1977, 1 BvR 108 u. 424/73, BVerfGE 45, S. 63, 80; *BVerfG*, B. v. 16. 5. 1989, 1 BvR 705/88, in: NJW 1990, S. 1783 sowie *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 214 f.

Nichtnutzung oder des Ausschließens bestimmter Nutzungen.⁵¹¹ Wie oben bei der Netzöffnung bereits ausgeführt, unterliegt das Eigentum nach Art. 14 Abs. 2 GG der Sozialpflichtigkeit; sein Schutz kann nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz eingeschränkt werden.

Wird in das Eigentum eingegriffen, so ist zu beurteilen, ob es sich nur um eine Bestimmung seines Inhaltes und seiner Schranken nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG oder um eine Enteignung in Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG handelt. Ausschlaggebend ist die Form und Zielrichtung, nicht jedoch die Intensität und Qualität des Eingriffs.⁵¹² Eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG liegt vor, wenn der Staat gezielt in das Eigentum Einzelner eingreift, indem er ihnen durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Positionen ganz oder teilweise entzieht;⁵¹³ davon betroffene Eigentümer sind gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG zu entschädigen. Werden demgegenüber die Rechte und Pflichten des Eigentümers per Gesetz generell und abstrakt für die Zukunft festgelegt, so handelt es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁵¹⁴ Eine Entschädigung ist für Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 GG grundsätzlich nicht vorgesehen. Es kann aber, wenn die Inhalts- und Schrankenbestimmung für die Betroffenen wie eine Enteignung wirkt, ein Ausgleich notwendig werden,⁵¹⁵ der zumindest Übergangs- und Härtefallregelungen beinhaltet. Bei der Beurteilung sind insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinn und der Vertrauensschutz zu berücksichtigen.⁵¹⁶

Wie oben im Abschnitt 4.3.1 ab S. 84 dargestellt, könnte eine hinreichende Trennung des Netzes von Interessen im Wettbewerb stehender vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit einer Pflicht erreicht werden, dass diese Unternehmen ihr Netz einem Betreiber zum Gebrauch überlassen müssen, der weder selbst auf wettbewerblichen Märkten tätig ist, noch sich im Eigentum dort aktiver Personen befindet. Diese Lösung wird beispielsweise beim Betreiberwechsel nach dem Auslaufen von Konzessionsverträgen für Verteilnetze angewendet.⁵¹⁷ Eine solche Entflechtung des *Netzbetriebs* von den Marktstufen mit Wettbewerb stellt einen geringeren Eingriff in das Eigentum dar als eine Pflicht zur Übertragung des Eigentums am Netz auf einen unabhängigen Netzbetreiber. Die Gebrauchsüberlassung beschränkt und bestimmt den

⁵¹¹ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 215.

⁵¹² Vgl. *Säcker, F. J./Jaacks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1001 f.

⁵¹³ Vgl. *BVerfG*, B. v. 12. 6. 1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, S. 1, 27 – Kleingarten; *BVerfG*, B. v. 15. 7. 1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, S. 300, 330 f. – Nassauskiesung.

⁵¹⁴ Vgl. *BVerfG*, B. v. 12. 6. 1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, S. 1, 27 – Kleingarten; *BVerfG*, B. v. 14. 7. 1981, 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, S. 137, 144 f.; *BVerfG*, B. v. 12. 3. 1986, 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, S. 66, 76.

⁵¹⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 9. 1. 1991, 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, S. 201, 211-213.

⁵¹⁶ Vgl. *Nagel, B.*, Wirtschaftsrecht I, 2000, S. 52.

⁵¹⁷ Vgl. zum Betreiberwechsel nach dem Auslaufen von Konzessionsverträgen: *Säcker, F. J./Jaacks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 997-1005.

Inhalt des Netzeigentums insofern, als der Netzeigentümer nicht mehr in vollem Umfang über die Nutzung seines Eigentums entscheiden kann. Er kann zwar mit dem Netz weiterhin Einkünfte erzielen oder über dessen Verkauf entscheiden, aber nicht mehr über die Nutzung oder Nichtnutzung und die Zulassung bestimmter Nutzungen und Nutzer entscheiden. Die damit verbundenen Einschränkungen des Eigentumsrechts sind eine Nebenwirkung einer für die Zukunft wirkenden Neuordnung der Elektrizitätsversorgung.⁵¹⁸ Für eine solche Neuordnung wird – sofern sie selbst verfassungsmäßig ist – dem Gesetzgeber ein großer Regelungsspielraum zugebilligt.⁵¹⁹

Wie bereits gezeigt wurde,⁵²⁰ hemmen vertikal zwischen vor- und nachgelagerten Marktstufen integrierte Netzmonopole die Entwicklung des vom Gesetzgeber intendierten Wettbewerbs in der Elektrizitätsversorgung. Dies widerspricht dem Prinzip der freiheitlichen sozialen Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik, welche auf dem Markt als wesentlichem Steuerungsmechanismus beruht.⁵²¹ Der Wettbewerb spielt in der Regel eine zentrale Rolle für das Erreichen eines effizienten Austauschs zwischen Anbietern und Nachfragern auf dem Markt. Die Gewährleistung des Wettbewerbs ist deshalb – wie jene des funktionierenden Marktes selbst – als Gemeinwohlziel einzustufen;⁵²² dies kommt auch durch die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG dem Bund eingeräumte Gesetzgebungskompetenz zur Vermeidung des Missbrauchs von marktbeherrschenden Stellungen zum Ausdruck.⁵²³ Aus der Perspektive eines funktionierenden Wettbewerbs und der besonderen Bedeutung der Netze für die zum Gemeinwohl zählende Stromversorgung⁵²⁴ ist deshalb deren möglichst weitreichende Trennung von wettbewerbsschädlicher Einflussnahme einzelner Nutzer anzustreben.

Der Gesetzgeber hat bei der Beurteilung, inwiefern eine Maßnahme sich eignet, den gewünschten Zweck zu erfüllen, wegen der Prognoseunsicherheiten einen weiten Spielraum. Dennoch ist die Wirksamkeit möglichst zuverlässig abzuschätzen, wobei auch Erfahrungen aus dem Ausland einbezogen werden können.⁵²⁵ Der Gesetzgeber muss freilich sicherstellen, dass das Netz erhalten und gemäß den Gemeinwohlverpflichtungen betrieben werden kann.⁵²⁶ Offenkundig ungeeignete Lösungen gelten sowenig als vertretbar wie solche, welche die Eigentümer über das zweckdienliche

⁵¹⁸ Vgl. Säcker, F./Jaacks, J., Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1002.

⁵¹⁹ Vgl. BVerfG, B. v. 9. 1. 1991, 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, S. 201, 212.

⁵²⁰ Siehe insbesondere die Abschnitte 2.2 ab S. 28, 3.3 ab S. 55, 4.2.3 ab S. 78 und 4.3.1 ab S. 81.

⁵²¹ Vgl. Schmidt-Preuß, M., Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, in: DVBl. 1993, S. 236-247.

⁵²² Vgl. BVerfG, B. v. 26. 6. 2002, 1 BvR 558 u. 1428/96, BVerfGE 105, S. 252, 265-277.

⁵²³ Vgl. Schuler, B./Hammerstein, C. v., Vorschlag eines Netzzugangmodells für die deutsche Gaswirtschaft, in: ZfE 2004, S. 100.

⁵²⁴ Vgl. hierzu die Abschnitte 2.2 ab S. 28 und 2.3.3 ab S. 37.

⁵²⁵ Vgl. BVerfG, U. v. 1. 3. 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 u. 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, S. 290, 334.

⁵²⁶ Vgl. Schmidt-Preuß, M., Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz – Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 760.

Maß hinaus beeinträchtigen.⁵²⁷ Die Betroffenen müssen – wenn sie der Meinung sind, die Maßnahme sei ungeeignet – die Möglichkeit erhalten, dies nachzuweisen.⁵²⁸

Die – aus ökonomischer Sicht – geeignetste Möglichkeit, mit der Wettbewerb zum Zwecke einer möglichst preisgünstigen Stromversorgung induziert werden kann, wäre, die Netze völlig von den Energieversorgungsunternehmen zu trennen und sie Betreibern zu übereignen, an denen keine netznutzenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Personen beteiligt sind.⁵²⁹ Dies wurde in manchen EU-Staaten im Rahmen der Liberalisierung des Elektrizitätssektors vorgenommen,⁵³⁰ würde in Deutschland zu Enteignungen der bisherigen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG führen und zöge entsprechende Entschädigungszahlungen nach sich. Allerdings ließe sich damit die Gefahr bannen, dass Netzeigentümer Konkurrenten am Marktzutritt behindern oder aus ihrem Versorgungsgebiet ganz fernhalten und sich somit vor Wettbewerb schützen können. Sämtliche über das klassische Monopolproblem hinausgehenden Diskriminierungsanreize und -interessen, die einen funktionierenden Wettbewerb auf den übrigen Marktstufen behindern könnten, entfallen bei einem Betreiber ohne eigene Netznutzungsinteressen;⁵³¹ der hieraus folgende geringere Regulierungsaufwand erhöht zugleich die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt.

Die Entflechtung der Netze über eine Enteignung stellt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, weshalb zuerst zu prüfen ist, ob nicht ein mildereres Mittel die gleiche Wirkung entfaltet. Ohne ein solches Mittel könnte eine wirkungsvolle Entflechtung an den ohnehin leeren öffentlichen Kassen scheitern, da eine Enteignung wegen der Entschädigungszahlungen für den Staat mit erheblichen Belastungen verbunden sein wird.⁵³²

Ein mildereres Mittel, mit welchem weniger stark in das Grundrecht auf Eigentum eingegriffen wird, aber der gleiche Zweck erreicht wird, schlägt die Monopolkommission vor: Danach soll nur der Netzbetrieb auf einen von den übrigen Wertschöpfungsstufen der Elektrizitätsversorgung unabhängigen Netzbetreiber übertragen werden, das Ei-

⁵²⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 14. 2. 1967, 1 BvL 17/63, *BVerfGE* 21, S. 150, 155 – Weinwirtschaftsgesetz; *BVerfGE* 50, S. 290, 340 f; *BVerfG*, B. v. 12. 6. 1979, 1 BvL 19/76, *BVerfGE* 52, S. 1, 29-32 – Kleingarten; *BVerfG*, B. v. 14. 7. 1981, 1 BvL 24/78, *BVerfGE* 58, S. 137, 148.

⁵²⁸ Vgl. *Schuler, B./Hammerstein, C. v.*, Vorschlag eines Netzzugangsmodells für die deutsche Gaswirtschaft, in: *ZfE* 2004, S. 101.

⁵²⁹ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 182-186.

⁵³⁰ So z. B. in England und Wales. Vgl. *Kellerhoff, J./Rinze, J. P.*, Möglichkeiten und Hindernisse für den europäischen Stromhandel und die Schutzklausel nach Art. 4 Abs. 2 EnWG, in: *RIW* 1999, S. 742, s. a. Abschnitt 3.2.1, ab S. 44.

⁵³¹ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166 sowie *Schuler, B./Hammerstein, C. v.*, Vorschlag eines Netzzugangsmodells für die deutsche Gaswirtschaft, in: *ZfE* 2004, S. 100.

⁵³² Siehe hierzu Abschnitt 4.3.1, S. 85.

gentum am Netz hingegen unangetastet bleiben.⁵³³ Die Wirkung wäre aus wettbewerblicher Sicht nahezu gleich, vermied aber eine Enteignung und die damit verbundenen Entschädigungen.⁵³⁴ Damit ließe sich der Einfluss vertikal integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Netzeigentümer auf die vor- und nachgelagerten Marktstufen bereits hinreichend unterbinden. Zudem wäre der Eigentümer auch im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes nicht mehr Netzbetreiber, denn darin wird nicht auf das Eigentum am Netz abgestellt, sondern auf denjenigen, welcher die Verfügungsgewalt darüber ausübt.⁵³⁵ Die nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 erforderliche gesellschaftsrechtliche Entflechtung kann hingegen trotz der Unabhängigkeitserfordernisse für den Netzbetreiber und dessen leitendes Personal⁵³⁶ nicht dasselbe Maß an Wettbewerb garantieren:⁵³⁷ Solange ihr weiterer beruflicher Werdegang von den Netzeigentümern beeinflusst werden kann, besteht ein Anreiz zu opportunistischem Verhalten der leitenden Mitarbeiter.⁵³⁸ Es bedarf insofern keiner weiteren Weisungen, da von gleichgerichteten Interessen beider Seiten auszugehen ist. Dies kann bereits zu einem Verhalten führen, das zwar dem Regelungszweck zuwiderläuft, aber selbst mit strengen Vorschriften nur schwer und vor allem nur im Nachhinein nachweis- und eindämmbar sein dürfte.⁵³⁹ Es könnte die Übernahme der leitenden Personen in verbundene Unternehmen untersagt werden, was aber seinerseits zu Ausgleichsansprüchen wegen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit führen kann.⁵⁴⁰

Wenngleich im Jahr 2003 mit der novellierten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie die Missbrauchsmöglichkeiten gegenüber der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 1998 erheblich eingeschränkt wurden, verfügen integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen mittlerweile über einige Erfahrung, wie sie ihren Konkurrenten auf subtile Weise den Zugang zum Netz erschweren und in den davon abhängigen Märkten Wettbewerb behindern können.⁵⁴¹ Der Effekt der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung dürfte angesichts dieser bereits entwickelten Behinderungsstrategien deutlich hinter den Erwartungen zurückbleiben.

⁵³³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

⁵³⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 464, Tz. 1206.

⁵³⁵ Vgl. *Säcker, F. J./Jaeks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1000 f.

⁵³⁶ Vgl. Art. 10 u. 15 Rl. 2003/54/EG.

⁵³⁷ Vgl. ausführlich zu den Problemen der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 242-246.

⁵³⁸ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 27 f.

⁵³⁹ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 245 f.

⁵⁴⁰ Vgl. *BVerfG*, B. v. 7. 2. 1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242, 260 f. – Karenzentschädigung für Handelsvertreter.

⁵⁴¹ Siehe hierzu insbes. Abschnitt 4.2.3 ab S. 78.

Schlussendlich ist zu prüfen, inwiefern die Intensität, Schwere und Tragweite der eigentumsrechtlichen Trennung des Netzbetriebs von den übrigen Marktstufen in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Maßnahme steht.⁵⁴² Für integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen werden durch diese weitreichende Entflechtung die Verfügungsrechte über ihre Netze erheblich eingeschränkt. Indem sie Netze nur betreiben dürfen, sofern sie keinen anderen Aktivitäten in der Stromversorgung nachgehen, können sie selbst kaum über Art und Umfang seiner Nutzung im Eigeninteresse entscheiden. Daraus ergeben sich erhöhte Anforderungen für die Rechtfertigung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. In die Zuordnungsverhältnisse des Netzeigentums wird insofern nicht eingegriffen, als der Eigentümer weiterhin über die Veräußerung unbegrenzt und auf Investitionen, Gebrauchsüberlassung (z. B. Verpachtung) und seine wirtschaftliche Nutzung noch mittelbar Einfluss nehmen kann.⁵⁴³ Eine marktbeherrschende Stellung ist durch Art. 14 GG ebensowenig geschützt wie bloße Erwerbchancen. Diese Norm sichert den Bestand des bereits vorhandenen Eigentums,⁵⁴⁴ weshalb der Substanzerhalt des Netzes gewährleistet werden muss.⁵⁴⁵ Im Falle der bisherigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen entspringt die Substanz wegen des früheren Versorgungsmonopols zum Teil nicht aus eigener Leistung, was den Schutz weiter vermindert.⁵⁴⁶ So trugen die Freistellung der Elektrizitätsversorgung vom Wettbewerbsrecht durch § 103 GWB und das – noch heute bestehende – Enteignungsrecht für Zwecke der Energieversorgung,⁵⁴⁷ wesentlich zum Aufbau der Netze bei.⁵⁴⁸ Dieses Recht wurde den Elektrizitätsversorgungsunternehmen wegen ihres besonderen – aus der Daseinsvorsorge abgeleiteten – Gemeinwohlaufrags eingeräumt, weshalb im Umkehrschluss von einer erhöhten Sozialbindung des Netzes für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ausgegangen werden muss.⁵⁴⁹

Der Spielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung des Inhaltes und der Schranken des Eigentums ist umso größer, je mehr die Gesellschaft auf die Nutzung des Eigentums angewiesen ist.⁵⁵⁰ Wenn die Eigentümer ungehindert über die Nutzung ihrer Netze entscheiden dürften, wäre die Stromversorgung als Dienst von allgemeinem

⁵⁴² Vgl. *BVerfG*, B. v. 7. 7. 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, S. 229, 243.

⁵⁴³ Vgl. *Depenheuer, O.*, Art. 14, in: *Mangoldt/Klein/Stark (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1999, S. 1758, Rn. 270.

⁵⁴⁴ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 220.

⁵⁴⁵ Vgl. *Badura, P.*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1194.

⁵⁴⁶ Vgl. *BVerfG*, U. v. 28. 2. 1980, 1 BvL 17/77, 7, 9, 14-16, 37, 64, 74, 78, 100/78, 5, 15/79 u. 1 BvR 807/78, BVerfGE 53, S. 257, 291-294.

⁵⁴⁷ § 11 EnWG 1935, § 12 EnWG 1998/2003 sowie § 45 EnWG 2005. Vgl. hierzu: *Lecheler, H.*, Enteignung zu Gunsten Privater beim Bau von Elektrizitätsfernleitungen, in: RdE 2005, S. 125-130.

⁵⁴⁸ Vgl. *Hermes, G.*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 346 f u. 389 f.

⁵⁴⁹ Vgl. *Papier, H.-J.*, Durchleitungen und Eigentum, in: BB 1997, S. 1216.

⁵⁵⁰ Vgl. *BVerfG*, B. v. 19. 6. 1985, 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, S. 191, 201; *BVerfG*, B. v. 14. 2. 1989, 1 BvR 308, 336 u. 356/88, BVerfGE 79, S. 292, 302; *BVerfG*, B. v. 14. 7. 1999, 1 BvR 995, 2288, 2711/95, BVerfGE 101, S. 54, 75 f.; *BVerfG*, B. v. 16. 2. 2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, S. 1, 17.

wirtschaftlichen Interesse⁵⁵¹ nicht gewährleistet. Zudem leitet sich ein hoher sozialer Bezug auch aus der Monopoleigenschaft des Netzes ab: Es verleiht demjenigen, der darüber die Verfügungsgewalt inne hat, Macht über Dritte, welche auf das Netz als Produktionsmittel angewiesen sind.⁵⁵² Sie verfügen wegen der besonderen Eigenschaften⁵⁵³ des Netzes über keine Marktzutrittsalternative.⁵⁵⁴ Insofern korrespondiert die hier vorgeschlagene Entflechtungstiefe mit einer aus der großen gesellschaftlichen Bedeutung des Netzes ableitbaren hohen Sozialpflichtigkeit, welche den Eigentumschutz abschwächt.

Die Eingriffsintensität lässt sich zudem abmildern, indem dem Netzeigentümer ein Ausgleichsanspruch eingeräumt wird.⁵⁵⁵ Dem könnte – wie auch beim Betreiberwechsel von Verteilungsnetzen nach dem Auslaufen von Konzessionsverträgen – durch einen ausreichenden Pachtzins Rechnung getragen werden.⁵⁵⁶ Der Vertrauensschutz für die Eigentümer ist des Weiteren durch eine angemessene Übergangsfrist zu wahren.⁵⁵⁷

Der mit der Trennung des Netzbetriebs von übrigen Versorgungsaktivitäten verbundene Eingriff in das Eigentum der Netzeigentümer ist angesichts seines Beitrags zu einer effizienten Versorgung mit Strom als verhältnismäßig einzustufen. Wie dargelegt wurde, dürfte es genügen, den Betrieb auf einen unabhängigen Dritten zu übertragen, wohingegen das Eigentum beim bisherigen Betreiber verbleiben kann. Diese Lösung stellt ein milderes Mittel dar als die Übereignung des Netzes auf einen unabhängigen Betreiber. Dem Eigentümer ist eine angemessene Vergütung für die Netzüberlassung einzuräumen und der Erhalt der zum Gebrauch überlassenen Substanz zu gewährleisten.

Die Gebrauchsüberlassung des Netzes auf einen eigentumsrechtlich unabhängigen Betreiber ist freilich nur dann ein milderes Mittel, wenn die Pflichten und Kompetenzen zwischen Netzeigentümer und Netzbetreiber klar verteilt sind und korrekt erfüllt werden.⁵⁵⁸ Gelingt diese Konstruktion nicht, so kann das womöglich als empirischer Nachweis dienen, dass das mildere Mittel nicht in dem selbem Maße wirkt wie eine Enteignung. Damit stünde die Tür für eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG offen.

⁵⁵¹ Zur Rolle der Stromversorgungsnetze für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse siehe Abschnitt 2.3.3 ab S. 37.

⁵⁵² Vgl. *Jarass, H. D.*, Art. 14, in: *Jarass/Pieroth (Hg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 426, Rn. 42.

⁵⁵³ Vgl. hierzu siehe Abschnitt 2.2 ab S. 28.

⁵⁵⁴ Vgl. *Säcker, F. J./Jaacks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1001.

⁵⁵⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 14. 7. 1981, 1 BvL 24/78, *BVerfGE* 58, S. 137, 149 sowie *BVerfG*, B. v. 30. 11. 1988, 1 BvR 1301/84, *BVerfGE* 79, S. 174, 192.

⁵⁵⁶ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 223 sowie *Schmidt-Preuß, M.*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz – Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 760.

⁵⁵⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 12. 3. 1980, 1 BvR 643 u. 644/77, *BVerfGE* 53, S. 336, 351.

⁵⁵⁸ Siehe Abschnitt 4.3.1., ab S. 81.

4.3.6.2 Berufsfreiheit

Unabhängig vom Netzeigentum folgt für den Netzeigentümer aus der Übertragung des Netzbetriebs auf einen von im Wettbewerb tätigen Unternehmen eigentumsrechtlich unabhängigen Betreiber ein Betätigungsverbot als Netzbetreiber – insbesondere für vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Dieses Betätigungsverbot bedarf der Überprüfung, ob es nicht einen unangemessenen Eingriff in die Berufsfreiheit des Netzeigentümers darstellt.

Im Gegensatz zu Art. 14 GG, welcher den Bestand und die Nutzung des Eigentums schützt,⁵⁵⁹ erfasst Art. 12 GG die auf Dauer angelegte Erwerbstätigkeit.⁵⁶⁰ Diesen Kriterien entspreche der Beruf des Netzbetreibers; davon ist insbesondere auszugehen, wenn er aus wettbewerblichen Gesichtspunkten getrennt von anderen Versorgungstätigkeiten ausgeübt werden soll. Überdies kann seit der Liberalisierung der Stromversorgung im Jahr 1998 nicht mehr von dem monolithischen Beruf des über alle Wertschöpfungsstufen integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmers ausgegangen werden, da seither Unternehmen auch auf einzelnen Marktstufen eintreten können. Zudem darf bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung des Netzbetriebs gar kein Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf allen Marktstufen mehr tätig sein, sondern entweder nur auf wettbewerbsgeprägten Marktstufen (dort auch auf mehreren) oder ausschließlich als Netzbetreiber. Insofern ist dann neben dem Beruf des Elektrizitätsversorgungsunternehmers wenigstens von einem eigenständigen Beruf des Netzbetreibers auszugehen.

Die Berufsfreiheit schützt vor Beeinträchtigungen durch staatliche Regelungen, welche in das Ob und Wie der Berufsergreifung und -ausübung eingreifen.⁵⁶¹ Der Berufsbegriff ist weit auszulegen,⁵⁶² so unterfällt zum Beispiel auch die Gewerbefreiheit dem Schutz des Art. 12 GG.⁵⁶³ Er entfaltet damit implizit eine wettbewerbsfördernde Wirkung,⁵⁶⁴ mit welcher ein Schutz vor Konkurrenz unvereinbar ist.⁵⁶⁵ Demzufolge sind weder der Erhalt eines bestimmten Geschäftsumfangs noch die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten geschützt.⁵⁶⁶

Die hier vorgeschlagene eigentumsrechtliche Trennung des Netzbetriebs von den übrigen Versorgungsaktivitäten stellt einen Eingriff mit direktem Berufsbezug dar. Der

⁵⁵⁹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 16. 3. 1971, 1 BvR 52, 665, 667 u. 754/66, *BVerfGE* 30, S. 292, 335 – Mineralölvorratung; *BVerfG*, U. v. 24. 4. 1991, 1 BvR 1341/90, *BVerfGE* 84, S. 133, 157 – Warteschleifenurteil.

⁵⁶⁰ Vgl. *BVerfG*, B. v. 28. 7. 1971, 1 BvR 40, 47, 155, 159 u. 175/69, *BVerfGE* 32, S. 1, 28.

⁵⁶¹ Vgl. *Manssen, G.*, Art. 12, in: *Mangoldt/Klein/Stark (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1999, S. 1377, Rn. 79.

⁵⁶² Vgl. *BVerfG*, U. v. 21. 2. 1962, 1 BvR 198/57, *BVerfGE* 14, S. 19, 22.

⁵⁶³ Vgl. *BVerfG*, U. v. 1. 3. 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 u. 1 BvL 21/78, *BVerfGE* 50, S. 290, 362 sowie *BVerwG*, U. v. 23. 3. 1982, 1 C157.59, *BVerwGE* 65, S. 167, 173.

⁵⁶⁴ Vgl. *BVerfG*, B. v. 8. 2. 1972, 1 BvR 170/71, *BVerfGE* 32, S. 311, 317.

⁵⁶⁵ Vgl. *Manssen, G.*, Art. 12, in: *Mangoldt/Klein/Stark (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1999, S. 1375, Rn. 67.

⁵⁶⁶ Vgl. *Jarass, H. D.*, Art. 12, in: *Jarass/Pieroth (Hg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 344, Rn. 15.

Staat regelt in einer Weise das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb, die die berufliche Betätigung der vertikal integrierten Netzeigentümer einschränkt⁵⁶⁷; sie können als Netzbetreiber nicht mehr zugleich Erzeuger oder Händler sein und umgekehrt. Da – wie oben bereits erläutert wurde – wegen der Entflechtung von einem eigenständigen Beruf des Netzbetreibers ausgegangen werden muss, kann diese Regelung nicht als bloße Konkretisierung des Berufs des Energieversorgers angesehen werden. Für sie liegt insofern keine bloße Berufsausübungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG vor,⁵⁶⁸ als mit der Ausgliederung des Spezialberufs des Netzbetreibers aus dem Berufsbild des integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmers die Berufswahl verengt⁵⁶⁹ und somit beschränkt wird.⁵⁷⁰ Sie stellt insofern eine objektive Berufszulassungsbeschränkung dar, als sie nicht von den Eigenschaften und Voraussetzungen des Netzbetreibers, sondern von objektiven, nicht in seiner Person liegenden Kriterien und Merkmalen abhängt.⁵⁷¹ Denn den Betroffenen steht zwar frei, welchen der möglichen Berufe sie fürderhin ausüben, die Beschränkung liegt aber darin, dass mit dieser Wahl das Ausüben und Ergreifen eines anderen Berufs ausgeschlossen wird.

Objektive Berufswahlbeschränkungen sind:

„...nur zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sind.“⁵⁷²

Insofern ist auch hier die Verhältnismäßigkeit der Zulassungsbeschränkung mit dem Stellenwert des damit zu gewährleistenden Gemeinschaftsgutes abzuwägen,⁵⁷³ hier: die preisgünstige, flächendeckende und sichere Versorgung mit Elektrizität. Besonders wenn der Gesetzgeber wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgt, steht ihm ein relativ weiter Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Im Wesentlichen können wegen der weitgehenden Identität mit den Schrankenregelungen beim Eigentumseingriff⁵⁷⁴ die

⁵⁶⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 25. 3. 1992, 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, S. 28, 37; *BVerfG*, B. v. 8. 7. 1992, 2 BvL 14, 15 u. 18/92, BVerfGE 87, S. 95, 97.

⁵⁶⁸ Bei der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung wäre diese Argumentation indes möglich. Vgl. *Hohmann, H.*, *Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig?* In: ET 2002, S. 341.

⁵⁶⁹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 27. 1. 1982, 1 BvR 807/80, BVerfGE 59, S. 302, 315 f., *BVerfG*, B. v. 5. 5. 1987, 1 BvR 724, 1000 u. 1015/78, 1 BvL 16/82 u. 5/85, BVerfGE 75, S. 246, 266 f., *BVerfG*, B. v. 10. 5. 1988, 1 BvR 482/84 u. 1166/85, BVerfGE 78, S. 179, 193.

⁵⁷⁰ Vgl. zur Abgrenzung: *BVerfG*, U. v. 11. 6. 1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377, 397; *BVerfG*, B. v. 18. 12. 1968, 1 BvL 5, 14/64 u. 5, 11 u. 12/65, BVerfGE 25, S. 1, 11 f. – Kapazitätsbeschränkungen für Mühlen

⁵⁷¹ Vgl. zur Abgrenzung: *Breuer*, *Handbuch des Staatsrechts* Bd. VI, S. 998, *Umbach D. C.*, Art. 12 in: *Umbach/Clemens (Hg.)*, *Grundgesetz* Bd. 1, 2002, S. 774 f., Rn. 85-88, so auch *Badura*, der bereits in den Vorschriften des EnWG zur Organisation des Netzbetriebs eine objektive Beschränkung der freien Berufswahl sieht. Siehe *Badura, P.*, *Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs*, in: DVBl. 2004, S. 1197.

⁵⁷² *BVerfG*, B. v. 19. 7. 2000, 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, S. 197, 214.

⁵⁷³ Vgl. *BVerfG*, B. v. 18. 6. 1980, 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, S. 301, 331.

⁵⁷⁴ Vgl. *BVerfG*, U. v. 1. 3. 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 u. 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, S. 290, 364.

dort vorgebrachten Argumente zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des exklusiven Netzbetriebs angeführt werden;⁵⁷⁵ dies gilt insbesondere auch für die Initiierung bzw. Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs, wodurch erst die Voraussetzungen geschaffen werden, damit sich eine hinreichende Zahl von konkurrierenden Unternehmen etablieren kann.⁵⁷⁶

In die Wahl des primären Berufs – auch wenn es der des Netzbetreibers ist – greift diese Regelung nicht ein. Das Verbot, neben dem Netzbetrieb weitere mit ihm aus wettbewerblicher Sicht unvereinbare Tätigkeiten zu ergreifen und auszuüben, ist deshalb eine Beschränkung in der Wahl des Zweitberufes, die erst dann zum Tragen kommt, wenn bereits ein anderer Beruf in einem wettbewerbsgeprägten Markt⁵⁷⁷ ausgeübt wird. In einem solchen Fall können die Anforderungen an die Rechtfertigung der objektiven Beschränkung niedriger ausfallen.⁵⁷⁸

Darüber hinaus müssen bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung auch die Auswirkungen berücksichtigt werden, die von einer weniger tiefgreifenden als der eigentumsrechtlichen Entflechtung auf die Berufsfreiheit von Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne eigenes Netz oder solchen, die zwar ein eigenes Netz besitzen, aber Kunden beliefern wollen, die an Netze anderer Unternehmen angeschlossen sind, ausgehen.⁵⁷⁹ Sie sind zur Ausübung ihres Berufs auf das Netz als wesentlicher Einrichtung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB angewiesen. Bei Netznutzern, die außerhalb eines eigenen Netzes Vertragspartner beliefern, dürften sich die Nachteile einer geringeren Entflechtungstiefe, die sie außerhalb ihres Netzes erleiden durch die Vorteile, die sie in ihrem Netzgebiet haben, wenigstens teilweise kompensieren. Verfügt ein Versorgungsunternehmen hingegen über kein eigenes Netz und ist ihm deswegen kein Marktzutritt möglich oder scheidet er deswegen aus ihm aus, so kollidieren die Berufs- und Handlungsfreiheit des Netzbetreibers mit der des Netznutzers. Liegt die Ursache in der Sphäre der Netznutzer, so kann sie nicht auf eine mangelhafte Entflechtung zurückgeführt werden. Liegt sie dagegen außerhalb seines Einflussbereichs, so muss davon ausgegangen werden, dass das geltende Recht netzbetreibende Elektrizitätsversorgungsunternehmen in einer Weise bevorzugt, die Unternehmen ohne Netz die Ausübung der Stromversorgung erschwert oder verunmöglicht. Ein Beispiel sind Netznutzungspreise, die sowohl den Kalkulationsvorgaben entsprechen als auch vom netzbetreibenden Unternehmen intern in selber Höhe angewendet werden: Sie können überhöht sein und konzernintern zum Ausgleich der Ver-

⁵⁷⁵ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 223. *Schmidt-Preuß, M.*, Verfassungskonflikt um die Durchleitung? – Zum Streitstand nach dem VNG-Beschluß des BGH, in: *RdE* 1996, S. 1-9.

⁵⁷⁶ Vgl. *Scholz, R.*, Art. 12 in: *Maunz/Dürig (Hg.)*, Grundgesetz – Kommentar, Loseblattausgabe, Rn. 136 f. sowie *Jarass, H. D.*, Art. 12, in: *Jarass/Pieroth (Hg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 361, Rn. 40.

⁵⁷⁷ Siehe hierzu Abschnitt 4.3.1, insbes. ab S. 85.

⁵⁷⁸ Vgl. *BVerfG*, B. v. 15. 2. 1967, 1 BvR 569 u. 589/62, *BVerfGE* 21, S. 173, 181.

⁵⁷⁹ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 25. 7. 2002, Kart 25/02 (V) = *WuW DE-R*, S. 926-942 – *EON/RuhrGas II* sowie *Papier, H.-J.*, Durchleitungen und Eigentum, in: *BB* 1997, S. 1217 f.

luste von im Wettbewerb stehenden Sparten genutzt werden.⁵⁸⁰ Den potentiellen Wettbewerbern bleibt dagegen kaum eine Chance, über günstigere Preise mit den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen konkurrieren zu können; ein Indiz hierfür sind weit unter den Erzeugungs- oder Beschaffungskosten liegende Stromeinkaufspreise der netzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen.⁵⁸¹

Den potentiellen Netznutzern steht überdies genauso wie den Netzbetreibern das Recht zu, frei von staatlichen Behinderungen und Wettbewerbsverzerrungen im Wettbewerb auf dem Markt ihren Geschäften nachzugehen.⁵⁸² Deshalb ist der Gesetzgeber auch ihnen gegenüber zum Schutz ihrer beruflichen Freiheit⁵⁸³ verpflichtet. Hier kann der Schutz des Eigentums sowie der Berufs- und Handlungsfreiheit des zu entflechtenden Netzeigentümers mit dem Schutz derselben Rechte nichtnetzbetreibender Elektrizitätsversorgungsunternehmen kollidieren, sofern das Energiewirtschaftsgesetz die Berufsfreiheit nichtnetzbetreibender Elektrizitätsversorgungsunternehmen nicht hinreichend gewährleistet.⁵⁸⁴ Insofern stellt die Wahl von Regeln durch den Gesetzgeber, die dem notwendigen Wettbewerb nur unzureichende Entwicklungsmöglichkeiten lassen, ein Unterlassen dar, das seinerseits als Eingriff in die Berufsfreiheit der Netznutzer gewertet werden muss.⁵⁸⁵ Dies ist bei der Abwägung über die Eingriffstiefe der Entflechtung mit zu berücksichtigen und wirkt mithin abschwächend auf den Schutz der Netzeigentümer.

Die Einschränkung der Berufsfreiheit in diesem Umfang ist mithin das mildeste Mittel, mit dem sich die mit dem Netzbetrieb verbundenen Behinderungspotentiale der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen wirksam ausschalten lassen. Das bereitet auch dem Problem des gesetzgeberischen Untermaßes im Energierecht ein Ende, aus dem potentiellen Netznutzern ihrerseits eine Beeinträchtigung ihrer Berufsfreiheit erwächst, welche wegen der Wettbewerbsorientierung der Gesetzgebung ihrerseits als unverhältnismäßig einzustufen wäre.⁵⁸⁶

⁵⁸⁰ Siehe zu dieser Problematik die Ausführungen zum Diskriminierungsverbot in Abschnitt 4.2.3.

⁵⁸¹ Zu dieser Problematik vgl. *Elberfeld, W./Weizsäcker, C. C. v.*, Ist der Subtraktionstest ein geeignetes Verfahren zur Ermittlung missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte? In: N&R 2004, S. 93-98 sowie *Haupt, U./Kinnunen, K./Pfaffenberger, W.*, Anwendung der Vergleichsmarktanalyse auf die Netzentgelte in der Stromwirtschaft, 2002, S. 18 f.

⁵⁸² Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 219.

⁵⁸³ Vgl. *BVerfG*, U. v. 10. 1. 1991, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342 u. 348/90, BVerfGE 92, S. 26, 46.

⁵⁸⁴ Vgl. hierzu *BVerfG*, B. v. 7. 2. 1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242, 260 f. – Karenzentschädigung für Handelsvertreter sowie *BVerfG*, U. v. 24. 4. 1991, 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, S. 133 – Warteschleifenurteil.

⁵⁸⁵ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 219.

⁵⁸⁶ Vgl. *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 219.

4.4 Die Konstitution des Netzbetreibers

Die Frage der Konstitution des Netzbetreibers wird hier vor dem Hintergrund der Erreichbarkeit der Regulierungsziele in § 1 EnWG sowie den damit zusammenhängenden, zuvor bereits herausgearbeiteten Anforderungen bezüglich des Netzzugangs und der Entflechtung beleuchtet. Darüber hinausgehende Aspekte, wie z. B. gesellschafts- oder steuerrechtliche, werden hingegen nicht weiter verfolgt. Die in dieser Arbeit vorgeschlagene eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetriebs führt zwangsläufig zu Neugründungen von Netzbetreibern. Damit besteht die Chance, das bestmögliche Eigentumsverhältnis aus dem Spektrum von rein privat bis ausschließlich öffentlich zu wählen.

Überträgt man den Betrieb des Netzes Privaten, so können Ineffizienzen, welche bei staatlichen Unternehmen häufiger anzutreffen sind, eher vermieden werden. Freilich bleibt es fraglich, inwiefern diese Ineffizienzen bei natürlichen Monopolen vom Eigentümer abhängen und ob sie bei Privaten stattdessen durch die Ausschüttung von Monopolrenten ersetzt werden. Ein großer Vorteil eines Netzbetreibers in Privateigentum liegt eventuell in der leichteren Beschaffung von Eigenkapital über die Kapitalmärkte; insbesondere wenn der Netzbetreiber eine börsennotierte Aktiengesellschaft ist. Allerdings ist speziell damit ein Transparenzproblem verbunden: Es könnten Elektrizitätsversorgungsunternehmen anderer Marktstufen anonym Anteile⁵⁸⁷ und damit Einfluss erwerben. Das kann vermieden werden, indem die Anonymität durch Namensaktien aufgehoben wird, die Netzbetreiber nicht börsennotiert werden oder von vornherein eine Rechtsform gewählt wird, mit welcher sich anonyme Beteiligungen von Anfang an ausschließen lassen.

Ist der Netzbetreiber in staatlicher Hand, so kann dieser seine Gewährleistungsverantwortung für die Versorgungssicherheit, Netzzugänglichkeit oder Diskriminierungsfreiheit der Netznutzung zu wesentlich geringeren Transaktionskosten wahrnehmen.⁵⁸⁸ So wäre das Problem von Grundrechtseingriffen durch die Regulierung bei öffentlichen Netzbetreibern mangels ihrer Grundrechtsfähigkeit unproblematisch. Der Staat kann als Eigentümer leichter auf regulierungswichtige Informationen zugreifen bzw. deren Herausgabe durchsetzen.⁵⁸⁹ Überdies kann der verdeckte Anteilserwerb durch Unternehmen, die auf vor- und nachgelagerten Märkten im Wettbewerb stehen, ausgeschlossen werden. Des Weiteren unterliegt ein Netzbetreiber im Staatseigentum keinem Regulierungsrisiko. Die damit verbundenen Anreize, nicht in den Unterhalt der Netze zu investieren, sondern, solange es geht, möglichst hohe Gewinne daraus zu ziehen, entfallen.

Wenn zumindest die Möglichkeit besteht, das investierte Kapital zu erhalten, so beschränkt sich das Regulierungsrisiko für Netzbetreiber im Privateigentum auf die Ge-

⁵⁸⁷ Zumindest bei Beteiligungen in nennenswertem Umfang; Kleinaktionäre oder Inhaber stimmrechtsloser Aktien dürften das System nicht zum Scheitern bringen.

⁵⁸⁸ Vgl. z. B. *Sappington, D. E./Stiglitz, J. E.*, Privatization, Information and incentives, *Journal of Policy Analysis and Management* 1987, S. 567-581.

⁵⁸⁹ Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 6 f.

winnerzielung. In der Regulierungsdiskussion wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass den Investoren zumindest die Wahrscheinlichkeit einer angemessenen Rendite für ihr investiertes Kapital zuzubilligen sei.⁵⁹⁰ Einzelne Verbände postulieren darüber hinaus das Recht der Investoren auf eine kapitalmarktorientierte Rendite.⁵⁹¹ Dies ist – zumindest was eine angemessene Renditewahrscheinlichkeit anbelangt – nachvollziehbar: Private Investoren werden ihr Kapital nur einem Unternehmen zur Verfügung stellen, wenn sie neben einer Risikoprämie auch einen Gewinn erzielen können. Ist die Rendite bei den Netzbetreibern geringer als bei vergleichbaren Investitionsmöglichkeiten, so werden sie ihr Kapital in profitablere Unternehmen investieren. Ohne diesen Investitionsanreiz für private Investoren ist die (Eigen)Kapitalbeschaffung für die Netzbetreiber über den Kapitalmarkt schwierig bis unmöglich. Angesichts des Netzmonopols in Verbindung mit der fehlenden Substituierbarkeit des Netzes und der Abhängigkeit von der Elektrizität müssen allerdings weder eine Unterkapitalisierung noch Defizite im Netzbetrieb ernsthaft befürchtet werden. Im Gegenteil: Beim Netzbetrieb kann vielmehr von einer hohen Ertragsicherheit ausgegangen werden, die eine dementsprechend sichere Rendite gewährleistet. Sie muss – wenn sie an (private) Investoren ausbezahlt werden soll – über die Erlöse, die für Ersatzinvestitionen (= Abschreibungen) und Neuinvestitionen (= einbehaltene Gewinne) verwendet werden, hinaus erwirtschaftet werden; das erhöht demzufolge die Netznutzungsentgelte und zwar in Abhängigkeit von der Kapitalintensität und der Umlaufgeschwindigkeit des Kapitals des Netzbetreibers: Je niedriger sie ist und je höher die Kapitalintensität, umso höher müssen die Netznutzungsentgelte sein, damit den Investoren eine bestimmte Rendite ausbezahlt werden kann. Befindet sich der Netzbetreiber im öffentlichen Eigentum, so kann auf eine Ausschüttung der Gewinne verzichtet werden und die Netznutzungsentgelte können entsprechend niedriger ausfallen. Dieser Umstand ist im Umkehrschluss ein Effizienzvorteil für die öffentliche Hand, der mit den Ineffizienzen öffentlicher Leistungserstellung (Averch-Johnson-Effekt) saldiert werden muss. Zudem kann wegen des Staatseigentums von einem geringeren Insolvenzrisiko und damit von einer höheren Bonität des Netzbetreibers ausgegangen werden.⁵⁹²

Ebenfalls wäre ein Netzbetreiber im Eigentum von Privaten und der öffentlichen Hand denkbar. Allerdings ist seit der EuGH-Entscheidung im Fall Müllentsorgung Halle/Leuna⁵⁹³ zu bedenken, dass mit der Beteiligung von Privaten strengere Maßstäbe bei der Auftragsvergabe gelten als für rein öffentliche Unternehmen; eine Ausdehnung dieser Praxis ist anzunehmen. Dies kann sich insbesondere auf Finanzierungsvorteile von Public-Private-Partnerships negativ auswirken. Ansonsten werden je nach Beteiligungsverhältnissen die Vorteile der einen oder anderen Reinform überwiegen.

⁵⁹⁰ Vgl. *Lieb-Dóczy, E./Shuttleworth, G.*, Grundprinzipien eines wirtschaftlich effizienten regulatorischen Prozesses, in: ET 2002, S. 807.

⁵⁹¹ Vgl. z. B. das Grundsatzreferat „Wettbewerb funktioniert – gegen Regulierung“ des VDEW-Präsidenten *W. Brinker* auf dem VDEW-Kongress 2003, abgedruckt in: ET-Special 2003, S. 4-8, insbes. S. 6 f.

⁵⁹² Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 8.

⁵⁹³ Vgl. *EuGH*, U. v. 11. 1. 2005 Rs. C-26/03 = ZNER 2005, S. 57-60 – Halle/Leuna.

Die volkswirtschaftlichen Effizienzprobleme des Netzbetriebs hängen kaum davon ab, ob der Betreiber ein öffentliches oder privates Unternehmen ist:⁵⁹⁴ Durch das natürliche Monopol kommt es entweder durch Monopolrenten oder durch den Averch-Johnson-Effekt zu Ineffizienzen. Wegen der besseren Einflussmöglichkeiten des Staates zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit ist ein Netzbetreiber im Staatseigentum vorzuziehen. Das schließt eine private Rechtsform nicht aus, so man sie einer öffentlichen vorziehen mag. Auch die Finanzierung des Netzbetreibers dürfte nicht scheitern, denn eine weitgehende Fremdkapitalfinanzierung wäre durchaus denkbar: Die Ertragslage des Netzes lässt sich angesichts fehlender Substitutionsmöglichkeiten und einer relativ genau vorhersehbaren Auslastung gut prognostizieren. Zwar können für Ersatzinvestitionen in der Anfangsphase einer Wettbewerbseinführung Auslastungsdaten aus früheren Zeiträumen nur bedingt als Anhaltspunkte genutzt werden. Im Lauf der Jahre dürften allerdings hinreichend genaue Daten vorhanden sein. Daneben können Netzbetreiber im öffentlichen Eigentum bei der Fremdkapitalbeschaffung von der Bonität ihres Eigentümers profitieren und bessere Konditionen erhalten.⁵⁹⁵ Die größten Risiken dürften klimatische und topografische Ursachen haben und sich versichern lassen. Deshalb dürfte Fremdkapital relativ günstig besorgt werden können. Überdies wirkt sich bei einer überwiegenden Fremdkapitalfinanzierung die heftig umstrittene Höhe der Eigenkapitalverzinsung des Netzbetreibers weit weniger auf die Netznutzungsentgelte aus.

⁵⁹⁴ Vgl. *Joskow, P. L./Schmalensee, R.*, *Markets for Power*, 1985, S. 20, *Koh, D.-S./Berg, S. V./Kenny, L. W.*, *A Comparison of Costs in Privately Owned and Publicly Owned Electric Utilities*, in: *Land Economics* 1996, S. 56-65, *Andrikopoulos, A. A./Vlachou, A. S.*, *The Structure and Efficiency of the Public Owned Electric Power Industry of Greece*, in: *The Journal of Energy and Development* 1993, S. 57 f.

⁵⁹⁵ Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 9.

5 Kontinuierliche Regulierung des Netzmonopols

Die im vorangegangenen Kapitel behandelten Maßnahmen zur Neustrukturierung des Strommarkts verhindern zwar Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf den anderen Marktstufen, gewährleisten für sich alleine noch keinen effizienten Netzbetrieb. Die Netzbetreiber können noch immer ihre Monopolstellung ausnutzen, indem sie beispielsweise überhöhte Preise verlangen,⁵⁹⁶ die Kapazität gering halten, das Netz ineffizient bewirtschaften oder nur mangelhaft warten. Deshalb ist eine kontinuierliche operative Regulierung des Netzbetriebs erforderlich,⁵⁹⁷ die im Gegensatz zum allgemeinen Kartellrecht nicht auf die Wiederherstellung potentiell möglichen, sondern auf die Substitution des ohnedies nicht möglichen Wettbewerbs abzielt.⁵⁹⁸

Zunächst werden in einem Exkurs die geläufigen Regulierungsinstrumente der normativen Theorie der Regulierung vorgestellt bevor auf notwendige Transparenzanforderungen zur Förderung der Glaubwürdigkeit der Regulierung eingegangen wird. Im Anschluss daran wird diskutiert, was der kontinuierlichen Regulierung bedarf, welche Instrumente angewendet werden und welche Kompetenzen die zuständigen Stellen erhalten sollten. Daraufhin wird sowohl diskutiert, ob und – falls ja – wie die Aufgaben und Kompetenzen aus dem zuvor entwickelten Maßnahmenbündel zwischen anderen Stellen der Wettbewerbsaufsicht und der Regulierungsinstitution als auch innerhalb letzterer verteilt sein sollen.

5.1 Exkurs: Normative Theorie der Regulierung

Es gibt unterschiedliche Ansätze zur Eindämmung des Monopolproblems. Die größte Vielfalt herrscht bei den Preisregulierungen; sie werden zu Beginn vorgestellt. Danach werden Eingriffs- und Regulierungsansätze erläutert, bei denen nicht direkt auf die Preissetzung Einfluss genommen wird.

5.1.1 Preisregulierungen

Bei den Preisregulierungen gibt es ein breites Spektrum von kostenorientierten Preisen – hierunter fallen Regelungen wie: „Preis gleich Grenzkosten“, die Zulassung von Preisdifferenzierungen sowie „Preis gleich Durchschnittskosten“. Weitere Preisregulierungen sind die Renditenregulierung, die Price-Cap-Regulierung (Preisobergrenzen), verteilungspolitisch motivierte Preisvorgaben und Preisregulierung auf Basis von Preisvergleichen.

⁵⁹⁶ Vgl. *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 183 f.

⁵⁹⁷ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166.

⁵⁹⁸ Vgl. *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: *WuW* 2004, S. 274 sowie *Schebstadt, A.*, Sektorspezifische Regulierung – Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung, in: *WuW* 2005, S. 14.

Vom Ideal der vollständigen Konkurrenz ist die Regel „Preis = Grenzkosten“ abgeleitet: Von der Regulierungsinstitution werden nur die zur Produktion einer weiteren Gütereinheit anfallenden Kosten (= Grenzkosten) als Preis festgelegt. Dem Unternehmen entsteht ein Defizit in Höhe der Fixkosten. Je weiter der Zeithorizont, umso geringer fällt der Fixkostenanteil aus und umso höher sind die Grenzkosten. Dies determiniert indirekt den Investitionsumfang. Das Defizit muss, damit das Unternehmen weiterbestehen kann, vom Staat übernommen werden. Ineffizientes Wirtschaften wird damit begünstigt. Das Defizit kann vermieden werden, wenn statt der Grenzkosten die Durchschnittskosten als Preis festgesetzt werden.⁵⁹⁹ Es wird jedoch weniger als die gesamtwirtschaftlich sinnvolle Menge des Gutes produziert. Je stärker die Nachfragemenge vom Preis abhängt, umso größer ist der Wohlfahrtsverlust. Die Abhängigkeit zwischen Preis und nachgefragter Menge ist schwer zu ermitteln. Es kann infolgedessen zu größeren Wohlfahrtsverlusten als erwünscht kommen oder es können Defizite wegen Fehlplanungen entstehen.

Werden Preisdifferenzierungen zugelassen, d. h. der Monopolist darf den Preis für seine Leistung nach der Zahlungsbereitschaft des einzelnen Kunden oder von Kundengruppen festlegen,⁶⁰⁰ so wird die bereitgestellte Gütermenge nahe der optimalen Gütermenge liegen. Die Konsumentenrente kann der Monopolist ganz oder teilweise abschöpfen. Daraus resultiert eine andere Verteilung der Renten als bei funktionierendem Wettbewerb. Problematisch sind überdies die Ermittlung der Zahlungsbereitschaft der Kunden, die Verhinderung unerwünschter Arbitragegeschäfte und die geringen dynamischen Innovationsanreize.⁶⁰¹

Verteilungspolitisch motivierte Preisvorgaben – hierunter fällt zum Beispiel das Gleichpreisigkeitsgebot – bergen wegen regional unterschiedlicher Kostenstrukturen die Gefahr von Fehlallokationen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre eine von Verteilungsaspekten freie Preisgestaltung bei Transferzahlungen an benachteiligte Gruppen transparenter.⁶⁰²

Die Renditenregulierung (Rate-of-Return-Regulierung) setzt bei der Kapitalverzinsung an. Hierfür müssen die Höhe des eingesetzten Kapitals und seine Verzinsung bekannt sein. Die maximale Rendite, die der Monopolist erwirtschaften darf, setzt sich aus dem Kapitalzins und einem angemessenen Gewinnaufschlag zusammen. Der Wert des eingesetzten Kapitals ist nicht immer einfach zu ermitteln (Soll z. B. der Buchwert oder die Wiederbeschaffungskosten zu Grunde gelegt werden?). Ebenso kann über die Höhe

⁵⁹⁹ Daran lehnen sich z. B. die Vorgaben zur Entgeltermittlung für die Benutzung von Schienenwegen in Deutschland an; vgl. *Gerstner, S.*, Preiskontrolle beim Infrastrukturzugang, in: WuW 2002, S. 135 f.

⁶⁰⁰ Siehe Abschnitt 2.2 ab S. 28.

⁶⁰¹ Vgl. z. B. für den Strommarkt *Hübschle, W.*, Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Strompreisdifferenzierungen nach der Energiewirtschaftsrechtsnovelle, in: WuW 1998, S. 146-155.

⁶⁰² Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 1999, S. 230 f.

eines „angemessenen“ Gewinns trefflich gestritten werden. Ein überhöhter Kapitaleinsatz⁶⁰³ wird mit diesem Regulierungsverfahren nicht vermieden.

Diesen Mangel an Effizienzreizen soll die Price-Cap-Regulierung beheben. Es werden Preisobergrenzen festgelegt, die der Monopolist nicht überschreiten darf. Sie müssen im Zeitverlauf an der Inflationsrate (Retail Price Index, RPI) und der branchenspezifischen Entwicklung (Faktor X) orientiert sein (RPI-X -Verfahren).⁶⁰⁴ Andernfalls führen Kostensteigerungen bei den betroffenen Unternehmen zu Verlusten.⁶⁰⁵ Der dynamische Anreiz zu effizienter Produktion ist groß, die Feststellung der Produktivitätsentwicklung hingegen schwierig. Es besteht die Gefahr, dass zur Gewinnmaximierung die Produktqualität abgesenkt⁶⁰⁶ und zudem weniger als notwendig in den Erhalt und Ausbau der Produktionsmittel (hier: Stromnetze) investiert wird.⁶⁰⁷ Die Revenue-Cap-Regulierung – ein Abkömmling der Price-Cap-Regulierung, bei der sämtliche wichtigen Kostentreiber, nicht aber die konkreten Kosten des Monopols in die Regulierung einbezogen werden – soll dem abhelfen.⁶⁰⁸ Damit sollen gleiche Bedingungen für alle vom Monopol abhängigen Anbieter und Nachfrager geschaffen werden.⁶⁰⁹

Gibt es – wie in der deutschen Stromversorgung – mehrere regionale Monopole, so können Vergleiche zwischen ihren Preisen und Geschäftsbedingungen zur Regulierung herangezogen werden. Die Kartellbehörden überprüfen in Missbrauchsverfahren mit dem Vergleichsmarktkonzept anhand der Preise und Kosten für die gleichen Produkte oder Dienstleistungen auf den mit dem relevanten Markt vergleichbaren Märkten die Preise des beschuldigten Unternehmens auf ihre angemessene Höhe.⁶¹⁰ Die Schwächen des ex post angewendeten Vergleichsmarktverfahrens liegen in den unterschiedlichen Marktbedingungen und Kostenstrukturen der Vergleichsunternehmen.

⁶⁰³ Der sog. Averch-Johnson-Effekt. Vgl. *Averch, H./Johnson, L. L.*, Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint, in: AER 1962, S. 1052-1062, sowie am Beispiel der Elektrizitätsversorgung vgl. *Kumkar, L.*, Strommarkt Kalifornien: ein Liberalisierungsmodell kämpft um das politische Überleben, 2001, S. 36 f.

⁶⁰⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 551. Dies wurde bei der Liberalisierung des kalifornischen Strommarktes versäumt und führte mit zum Zusammenbruch der Stromversorgung 2000; siehe *Kumkar, L.*, Strommarktliberalisierung in Kalifornien: Schlägt das Pendel zurück?, 2001, S. 46-56.

⁶⁰⁵ Vgl. *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 25.

⁶⁰⁶ Vgl. *Riechmann, C.*, Price-Cap Regulierung, in: ZfE 1995, S. 157-167.

⁶⁰⁷ Vgl. *Brunekreeft, G./Tweleemann, S.*, Institutionelle Reformen und Versorgungswirtschaft: Status Quo und Perspektiven der deutschen Stromwirtschaft, in: ZfE 2004, S. 167.

⁶⁰⁸ Vgl. *Kutschke, G. et al.*, Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 140.

⁶⁰⁹ Vgl. *Leprich, U.*, Stromwettbewerb durch Regulierung, o. J. www.izes.de/downloads/stromwettbewerb.pdf (10. 11. 2005)

⁶¹⁰ Vgl. zum Vergleichsmarktverfahren z. B. *Engelsing, F.*, Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, in: ZNER 2003, S. 112-115, *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 534, Tz. 1134 sowie *Zenke, I./Thomale, H.-C.*, Die Kalkulation von Netznutzungsentgelten Strom sowie Mess- und Verrechnungspreisen, in: WuW 2005, S. 33-35.

Preisvergleiche sind nur mit Hilfe diverser Auf- und Abschläge möglich, was in der Praxis zu wenig brauchbaren Ergebnissen führt.⁶¹¹ Zudem gehen keine Effizienzsteigerungsanreize von diesem Verfahren aus, so dass es sich nicht lohnt, kostengünstiger zu arbeiten, solange alle anderen potentiell vergleichbaren Unternehmen dies ebenfalls nicht tun.⁶¹²

Das Benchmarkverfahren ist von der Herangehensweise sehr ähnlich; es kann als ex-ante-Form des Vergleichsmarktkonzeptes angesehen werden. Aus dem Vergleich der Preise des Monopolisten mit denen gleichartiger Monopole werden Parameter für die effiziente Bewirtschaftung gebildet, anhand derer sich Verbesserungspotentiale für das betrachtete Unternehmen ablesen und dem Unternehmen als Ziel vorgeben lassen. In regelmäßigen Abständen wird überprüft, ob und in welchem Umfang die Ziele erreicht wurden sowie der Preisvergleich wiederholt, damit die Zielvorgaben angepasst werden können.⁶¹³ Das Benchmarkverfahren ist mit den gleichen Problemen wie das Vergleichsmarktverfahren behaftet. Mit ihm lassen sich nur relative Effizienzunterschiede zwischen den Unternehmen ermitteln.⁶¹⁴

Bei der Yardstickregulierung werden ebenfalls auf Basis der Durchschnittskosten vergleichbarer Unternehmen die Preisvorgaben ermittelt.⁶¹⁵ Die Kosten des Unternehmens, dem die Preisvorgabe gilt, werden dabei nicht berücksichtigt. Damit kann es – sofern es kein Kartell mit den anderen Unternehmen bildet – die Preisvorgabe nicht beeinflussen. Auf diese Weise wird zwischen den Unternehmen ein „als-ob-Wettbewerb“⁶¹⁶ initiiert, durch den die Preise sinken. Unternehmen mit überhöhten Durchschnittskosten erhalten einen starken Kostensenkungsanreiz, um nicht in der nächsten Runde des Yardstickverfahrens einen Verlust zu erleiden. Auch Unternehmen mit günstiger Kostenstruktur werden nach größerer Effizienz trachten, denn nur so können sie bisherige Gewinnmargen beibehalten oder ausbauen.⁶¹⁷ Das Yardstickverfahren ist insoweit mit der Cap-Regulierung verwandt, als die Kosten des regulierten Unternehmens von den Preisvorgaben entkoppelt sind.⁶¹⁸

In dieses Konzept können – wie auch bei einem erweiterten Price-Cap- oder Revenue-Cap-Verfahren – Parameter, welche der Versorgungssicherheit dienen, einbezogen

⁶¹¹ Vgl. Nagel, B., *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 2003, S. 212 mit einer ausführlicheren Auflistung dieser Aufschläge.

⁶¹² Vgl. Schwarze, R., *Yardstick-Regulierung oder kartellrechtliches Vergleichsmarktkonzept – ein Vergleich am Beispiel der Wasserwirtschaft*, in: *WuW* 2003, S. 244 f.

⁶¹³ Vgl. Clausen, H./Scheele, U., *Benchmarking und Yardstick Competition – Ansätze vergleichenden Wettbewerbs in der Wasserwirtschaft*, 2001, S. 3 f.

⁶¹⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – *Netzettbewerb durch Regulierung*, 2003, S. 255, Tz. 389.

⁶¹⁵ Vgl. Shleifer, A., *A Theory of Yardstick Competition*, in: *RJE* 1985, S. 323.

⁶¹⁶ Vgl. Miksch, L., *Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob*, in: *ZgS* 1948/1949, S. 310-338.

⁶¹⁷ Vgl. Schwarze, R., *Yardstick-Regulierung oder kartellrechtliches Vergleichsmarktkonzept – ein Vergleich am Beispiel der Wasserwirtschaft*, in: *WuW* 2003, S. 242 f.

⁶¹⁸ Vgl. Clausen, H./Scheele, U., *Benchmarking und Yardstick Competition – Ansätze vergleichenden Wettbewerbs in der Wasserwirtschaft*, 2001, S. 4 f.

werden, so dass eine dynamische Anreizregulierung entsteht.⁶¹⁹ Die Kernidee dieses Ansatzes ist, den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus so gut wie möglich zu imitieren. Da bei Netzmonopolen keine kompetitive Preisbildung erfolgt, wird folgendes Grundprinzip gewählt: Die Vergütung richtet sich nach der Qualität der erbrachten Leistung. Ist sie schlecht, gibt es ein geringeres, ist sie gut, gibt es ein höheres Entgelt. Zudem müssen zum Beispiel über Preisobergrenzen oder eine Yardstick Competition Anreize für eine kostenminimale Leistungserstellung gesetzt werden.⁶²⁰

5.1.2 Nicht preisbasierte Regulierungsinstrumente

Als weitere Regulierungsinstrumente können die Schaffung gegengewichtiger Marktmacht, die Versteigerung von Monopolen auf Zeit, Vorgaben zur Qualität der Leistungen und zum Geschäftsgebaren angewendet werden.⁶²¹

Gelingt es eine gegengewichtige Marktmacht zu schaffen, so entsteht ein bilaterales Monopol mit geringem Ausbeutungspotential, da sowohl Anbieter als auch Nachfrager Monopolisten sind. Bei Netzmonopolen bedeutet dies, dass Märkte, auf denen durch die Liberalisierung Wettbewerb entstehen soll, wieder monopolisiert werden müssten, bis hin zu einem Nachfragemonopol der Endabnehmer! Hier liegt ein weiteres Problem: Die Bündelung und Koordination der Endabnehmerinteressen ist mit sehr hohen Transaktionskosten verbunden, wodurch dieses Konzept bei viele Abnehmern ausscheidet

Die Versteigerung von Netzmonopolen auf Zeit führt zu einem Wettbewerb um die Monopolstellung. Der Staat kann die Monopolrente abschöpfen und – falls nötig – über Transferzahlungen ausgleichend in den Markt eingreifen. Das Monopol kann mit Auflagen vergeben werden. Probleme ergeben sich bei der nötigen vorherigen Spezifizierung des Leistungsumfangs und der Kontrolle des Netzbetreibers bei langfristiger Vergabe des Monopols. Sofern er an einer Verlängerung seines Privilegs interessiert ist, besteht für ihn ein Anreiz zu Innovationen und effizientem Wirtschaften, um sich bei folgenden Ausschreibungen erfolgreich der Konkurrenz stellen zu können. Der Monopolist kann bei Fehlverhalten von einer erneuten Ausschreibung ausgeschlossen werden. Hat er hingegen kein Interesse oder keine Chance auf einen nochmaligen Zuschlag, so wird er gegen Ende der Laufzeit nur noch wenig investieren und eine möglichst große Rendite abzuschöpfen versuchen. Ein großes Problem stellen irreversible Investitionen des Netzbetreibers dar. Sie können bei einer Folgeausschreibung als versunkene Kosten im Angebot nicht oder nur teilweise berücksichtigt werden. Es entstehen Verzerrungen, die wie Markteintrittsbarrieren zu Lasten eigentlich kostengünsti-

⁶¹⁹ Vgl. *Franz, O./Schäffner, D./Trage, B.*, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG – Optionen und offene Fragen, in *ZfE* 2005, S. 97.

⁶²⁰ Vgl. *Heden, H.*, Performance based regulation – a new way to regulate the distribution of electricity in Sweden, o. J., http://www.marketdesign.se/archives/2003/conference/papers/1_hakan_heden.pdf (10. 11. 2005) sowie *Joskow, P. L.*, *Deregulation and Regulatory Reform in the U. S. Electric Power Sector*, 2000, S. 42.

⁶²¹ Vgl. *Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J.*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 1999, S. 220-238.

gerer Mitbieter wirken und die Wirkung des Versteigerungsverfahrens verringert sich. Bei privaten Netzen ist zudem fraglich, ob der Staat das Betriebsrecht versteigern kann und wie mit der abgeschöpften Monopolrente zu verfahren ist.

Mit der Vorgabe von Qualitätsstandards soll verhindert werden, dass der Monopolist durch Absenkung bei der Qualität Preisregulierungen unterläuft, wie dies z. B. bei der Price-Cap-Regulierung möglich ist.⁶²² Diese Standards können überdies als Innovationsanreize genutzt werden. Sie sind oftmals Gegenstand branchenspezifischer Regelungen und Normen.⁶²³

Die Marktmacht kann auch mit Vorgaben zum Geschäftsgebaren eingeschränkt werden. Hierunter fallen zum Beispiel der Kontrahierungszwang, Diskriminierungsverbote oder Entflechtungsgebote. Damit sollen Verhaltensweisen wie beispielsweise die „Rosinenpickerei“ oder Marktmachtmissbrauch verhindert werden. Speziell für Netzmonopole ist die „essential-facilities-doctrine“ gedacht. Mit diesem Instrument kann ein Unternehmen den Zugang zu einer „wesentlichen Einrichtung“ im Eigentum eines anderen Unternehmens erwirken, sofern sonst ein Eintritt in den Markt unmöglich ist.⁶²⁴ Im europäischen Wettbewerbsrecht wird die „essential-facilities-doctrine“ unter das Marktmachtmissbrauchsverbot des Art. 82 EG subsumiert;⁶²⁵ im deutschen Wettbewerbsrecht ist sie in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB paraphiert.⁶²⁶ Die Missbrauchsverbote des EG-Vertrags und GWB greifen nur, wenn ein Unternehmen, das über seine wesentliche Einrichtung eine marktbeherrschende Stellung inne hat – die bei natürlichen Monopolen vorliegt – die potentielle Konkurrenz von deren Nutzung ausschließt und sich so vor Wettbewerb schützt. Allerdings wird in der Praxis der Netzzugang nur noch selten direkt verweigert,⁶²⁷ so dass die essential facilities doctrine kaum angewendet werden kann.

⁶²² Vgl. *Haubrich, H.-J./Maurer, C./Zimmer, C.*, Netzregulierung un der Elektrizitätswirtschaft, in: ET-Special 2005, S. 10 sowie *Franz, O./Schäffner, D./Trage, B.*, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG – Optionen und offene Fragen, in *ZfE* 2005, S. 97.

⁶²³ Vgl. *Riechmann, C.*, Price-Cap Regulierung, in: *ZfE* 1995, S. 157-167.

⁶²⁴ Vgl. hierzu z. B. *Dreher, M.*, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung, in: *DB* 1999, S. 833-839 sowie *Klimisch, A./Lange, M.*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, in: *WuW* 1998, S. 15-24.

⁶²⁵ Vgl. die Seehafenentscheidungen der Europäischen Kommission; z. B. *Europäische Kommission*, E. v. 21. 12. 1993, IV/34.689, ABIEG L 15/1994, S. 8 ff., Tz. 66 – *Stena-Sealink II*

⁶²⁶ Vgl. *Bunte, H.-J.*, 6. GWB-Novelle und Mißbrauch wegen Verweigerung des Zugangs zu einer „wesentlichen Einrichtung“, in: *WuW* 1997, S. 302-318.

⁶²⁷ Einer der Fälle aus der Anfangsphase der deutschen Strommarktliberalisierung war die Netzzugangsverweigerung der Bewag gegenüber RWE, die vom BKartA untersagt wurde. Vgl. *BKartA*, E. v. 30. 8. 99, B8-40100-T-99/99, S. 17 f. – *Bewag*.

5.2 Transparenz und Glaubwürdigkeit der Regulierung

Eine wichtige Voraussetzung für die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Regulierung ist Transparenz.⁶²⁸ Sie ist nicht nur in der Zusammenarbeit zwischen Regulierungsinstitution und den Kartellbehörden⁶²⁹ oder zuständigen Gerichten einer effizienten Regulierung förderlich. Durch sie lässt sich eine allzu große Einflussnahme einzelner Interessengruppen in der Regulierungsinstitution leichter entdecken und verhindern. Deshalb bedürften die Beschlüsse der Regulierungsinstitution und möglichst auch die Informationen, die ihnen zugrunde liegen, der Veröffentlichung. Selbiges muss – soweit möglich – auch für die Veröffentlichung der Daten der Netzbetreiber gelten, die mit dem Ausbau, technischen Zustand und Betrieb des Netzes zusammenhängen und zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte und -bedingungen erforderlich sind. Andernfalls wäre es der Regulierungsinstitution nicht möglich, den Wettbewerb zu sichern und zu fördern. Der Schutz personenbezogener Mitarbeiter- und Kundendaten muss davon ebensowenig berührt oder gefährdet werden, wie der von wettbewerblich sensiblen Daten von Einspeisern, Händlern und Abnehmern der einzelnen Netznutzungsfälle, aus denen mögliche Konkurrenten wettbewerbsrelevante Rückschlüsse ziehen könnten.⁶³⁰ Die Regulierungsinstitution benötigt deshalb über die in Art. 18 Rl. 2003/54/EG verbrieften Rechte zur Einsichtnahme in die Rechnungslegung hinaus auch Zugang zu allen regulierungsrelevanten Unternehmensdaten des Netzbetreibers, wie er beispielsweise nach der Europäischen Fusionskontrollverordnung der Europäischen Kommission zusteht.⁶³¹

Zur Geheimhaltung besteht kaum Anlass: Aufgrund der Monopolstellung des Netzbetreibers gibt es keine Konkurrenten, welche diese Informationen gegen ihn verwenden könnten. Vielmehr ist wegen des Monopols eine erhöhte Transparenz und Öffentlichkeit dieser Daten notwendig, damit Informations- und Machtasymmetrien zwischen Regulierungsinstitution und Netzbetreiber abgebaut und Machtmissbrauch vorgebeugt werden kann.⁶³² Werden diese Daten nur schleppend oder nicht zur Verfügung gestellt, muss wirksam sanktioniert werden können, z. B. indem die Regulierungsinstitution, wie auch in Art. 23 Abs. 2 Rl. 2003/54/EG und § 21a Abs. 2 EnWG vorgesehen,⁶³³ die Netznutzungsentgelte festsetzt.⁶³⁴

⁶²⁸ Vgl. *Kutschke, G. et al.*, Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 140.

⁶²⁹ Wie dies nach Art. 23 Abs. 12 Rl. 2003/54/EG vorgesehen ist.

⁶³⁰ Vgl. *BVerwG*, B. v. 15. 8. 2003, 20 F 8.03, in: ZNER 2004, S. 177 f.

⁶³¹ Vgl. Art. 11-15 VO 139/2004/EG.

⁶³² Vgl. *Schuler, B./Hammerstein, C. v.*, Vorschlag eines Netzzugangsmodells für die deutsche Gaswirtschaft, in: ZfE 2004, S. 102.

⁶³³ Hier allerdings nicht als Sanktionsmöglichkeit im Einzelfall vorgesehen, sondern eher für den Fall, dass die Methodenregulierung und das Genehmigungsverfahren nicht greifen.

⁶³⁴ Vgl. *Büdenbender, U.*, Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 7 oder *Kienle, F.*, Wer hat Angst vor dem schwarzen Mann? Tagungsbericht, in: EW 7/2004, S. 25.

Unternehmensdaten unterliegen – sofern das Unternehmen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähig ist, was bei ausschließlich privaten Unternehmen gegeben ist⁶³⁵ – dem Schutz der Art. 12 Abs. 1 und 14 GG. Allerdings müssen sie nach einem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. August 2003⁶³⁶ offengelegt werden, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: Die offenzulegenden Daten müssen für die Regulierungsinstitution entscheidungsrelevant sein und es darf keine andere Möglichkeit geben, mit der die Regelkonformität des Verhaltens des Netzbetreibers überprüft werden kann. Die Bedeutung des Wettbewerbs muss gemäß § 72 Abs. 2 S. 4 GWB das Geheimhaltungsinteresse des Netzbetreibers überwiegen. Die Preisgabe der Geheimnisse darf keine nachhaltigen oder gar existentiellen Nachteile für das Unternehmen befürchten lassen. Leitungsnetze, die unter dem Schutz eines staatlich garantierten Monopols und zum Teil mit staatlichen Mitteln errichtet wurden, weisen zudem einen starken sozialen Bezug auf. Diese Offenlegungspflichten sind im Interesse des Gemeinwohls als Einschränkungen der Berufsfreiheit des Netzbetreibers durch den Gesetzgeber gerechtfertigt, sofern das Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtet werde.⁶³⁷

5.3 Regulierungsaufgaben

Neben besonderen gesetzlichen Rahmenbedingungen, unter welche z. B. die bereits diskutierte Entflechtung und Öffnung des Netzes für den Wettbewerb fallen, bedarf es für ein funktionierendes Markt nahekommendes Ergebnis auch einer sektorspezifischen, kontinuierlichen operativen Regulierung,⁶³⁸ deren mögliches Aufgabenspektrum die Felder ex-ante-Regulierung, ex-post-Missbrauchsaufsicht, Monitoring der Marktentwicklung und Streitschlichtung zwischen Marktakteuren umfassen kann.⁶³⁹

Wie die Erfahrungen mit der Strommarktliberalisierung in Deutschland gezeigt haben, reicht eine gesetzliche Rahmenregulierung, die den Akteuren weite Verhandlungsspielräume lässt, zusammen mit einer ex-post-Missbrauchskontrolle nicht aus.⁶⁴⁰ Unter diesen Voraussetzungen dürfte in der Praxis eine Kombination von ex-ante- und ex-

⁶³⁵ Vgl. *BVerwG*, B. v. 15. 8. 2003 – 20 F 8.03 = ZNER 2004, S. 175-178 – Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen; Kalkulationsgrundlagen.

⁶³⁶ Vgl. *BVerwG*, B. v. 15. 8. 2003, 20 F 8.03, in: ZNER 2004, S. 175-178.

⁶³⁷ Vgl. *BVerwG*, B. v. 15. 8. 2003, 20 F 8.03, in: ZNER 2004, S. 177.

⁶³⁸ Vgl. *Möschel, W.*, Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden, in: *WuW* 2002, S. 684, *Dannischewski, J.*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 183 f. sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166.

⁶³⁹ Vgl. z. B. *Baur, J. F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 319. Die Aufgaben für die operative Regulierung sind in Art. 23 Rl. 2003/54/EG ähnlich gefasst.

⁶⁴⁰ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 523 f., Tz. 1110 f.

post-Kontrolle sinnvoll sein.⁶⁴¹ Eine kontinuierliche operative ex-ante-Regulierung trägt dazu bei, die missbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung wirkungsvoll zu verhindern, indem zumindest die Ermittlungsmethoden für Netznutzungspreise und -bedingungen den Netzbetreibern vorgegeben und ggf. vor ihrem Inkrafttreten genehmigt werden müssen; alternativ könnten sie auch von vornherein durch eine Regulierungsinstitution festgesetzt werden. Die Qualität der ex-ante-Regulierung dürfte am meisten zu einer wirksamen und damit erfolgreichen Regulierung des Stromnetzes beitragen. Sie wird aber – wie auch der Wettbewerb auf nichtmonopolistischen Märkten – Marktverzerrungen und Machtmissbrauch nicht vollständig vermeiden können, weshalb eine ex-post-Missbrauchsaufsicht unumgänglich ist.

5.3.1 Monitoring

Das Monitoring als Markt- und Wettbewerbsbeobachtung erfüllt mehrere Zwecke: Es gibt Aufschluss über die Wirksamkeit der Regulierung und bietet somit Anhaltspunkte zur Verfeinerung des Instrumentariums. Änderungen in den Marktbedingungen können ebenso früher wahrgenommen und berücksichtigt werden wie neue Strategien, mit denen die Regulierung umgangen oder antizipiert werden kann.⁶⁴² Zudem dürften Verstöße gegen die Regulierung eher entdeckt und einem Missbrauchsverfahren zugeführt werden können.

Eine permanente Marktbeobachtung durch die Regulierungsinstitution ist schon zur Gewährleistung höherer Transparenz anzuraten. Das Monitoring wird im Gegensatz zur Missbrauchskontrolle kontinuierlich und über alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen durchgeführt.⁶⁴³ So werden Wechselwirkungen zwischen dem Netzbetrieb und den vor- und nachgelagerten Marktstufen früher wahrgenommen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse können in die Regulierung des Netzmonopols einfließen; besondere Aufmerksamkeit ist den Betreibern der Netze und Spitzenlastkraftwerke zu widmen. Die Kostenentwicklung für Netzbetrieb, -erhalt, -aus- und -neubau ist genauso zu beobachten wie die Genese des Marktes und die Wirkungen der Regulierung auf die Netzbetreiber und den Wettbewerb in den vor- und nachgelagerten Wertschöpfungsstufen. Darüber hinaus ist ebenfalls das Niveau der Versorgungssicherheit und -qualität auf mögliche Veränderungen und Verbesserungsmöglichkeiten hin zu beobachten.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ In diesem Sinne äußerte sich *K. Wübbels* (VKU) bei dem 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. *Immenga et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 51 f. sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 403, Tz. 886.

⁶⁴² Vgl. *Baur, J. F.*, Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: *RdE* 2004, S. 277-284.

⁶⁴³ Vgl. *Baur, J. F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: *ZNER* 2004, S. 319.

⁶⁴⁴ So Art. 4 u. Art. 23 Abs. 1 lit. a) - h) *RI*. 2003/54/EG sowie § 51 *EnWG* 2005.

Vom Monitoring selbst gehen für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zwar keine unmittelbaren Konsequenzen aus, die daraus gewonnenen Erkenntnisse können aber in die Weiterentwicklung der Regulierungsinstrumente genauso einfließen wie zur Einleitung von Missbrauchsverfahren führen. Es ist insofern eine missbrauchsunabhängige permanente Beobachtung und Überwachung des Marktes – insbesondere der Netzbetreiber – und von der einzelfallbezogenen ex-post-Missbrauchskontrolle zu unterscheiden.⁶⁴⁵ Das Monitoring kann überdies als Bestandteil von Benchmark- oder Yardstickverfahren genutzt werden. Damit hierfür verwertbare Informationen gewonnen werden können, sollten der Regulierungsinstitution umfassende Informationsansprüche zugebilligt werden.⁶⁴⁶ Dem wird im 2005 novellierten Energiewirtschaftsgesetz entsprochen, indem nach § 35 Abs. 2 EnWG die Auskunfts- und Betretungsrechte des § 69 EnWG der Regulierungsbehörde auch für das Monitoring zugebilligt werden.

5.3.2 Ex-ante-Regulierung

Erfahrungsgemäß reicht für monopolistische Märkte eine Rahmenregulierung nicht aus, wenn sie – wie zu Anfang der Strommarktliberalisierung in Deutschland praktiziert – den Marktteilnehmern große Spielräume lässt und zugleich nur mit einer ex-post-Missbrauchskontrolle bewehrt ist.⁶⁴⁷ Mit einer kontinuierlichen operativen ex-ante-Regulierung kann der Monopolmissbrauch von vornherein beschränkt und damit zugleich der Bedarf an ex-post-Kontrolle verringert werden. Die ex-ante-Regulierung umfasst zumindest Vorgaben für die Netzbetreiber zur Kalkulation der Netznutzungspreise und Festlegung der Netznutzungsbedingungen. Mit einer Genehmigungspflicht der Netznutzungspreise und -bedingungen durch die Regulierungsinstitution kann die Kontrolle noch verschärft werden. Den wenigsten Spielraum lässt eine ex-ante-Festsetzung von Netznutzungsbedingungen und Preisobergrenzen durch den Regulierer, wie sie z. B. für Anreizregulierungen vorgenommen werden. Von der Qualität der ex-ante-Regulierung hängt der Erfolg der Regulierung wesentlich ab, wenngleich sich damit Marktverzerrungen und Machtmissbrauch nicht restlos vermeiden lassen.⁶⁴⁸

Eine ex-ante-Regulierung soll bereits von vornherein Marktmachtmissbräuche auf ein Minimum begrenzen. Sie kann mit verschiedenen Eingriffsintensitäten praktiziert werden. Die schwächste Form ist die Methodenregulierung, die sich auf Vorgaben zur Ausgestaltung der Netznutzungsbedingungen und Kalkulation der Netznutzungspreise beschränkt. Die nächststärkere Form stellen die Genehmigungen der Netznutzungs-

⁶⁴⁵ Vgl. Baur, J. F., Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 319.

⁶⁴⁶ Vgl. Büdenbender, U., Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 4 f.

⁶⁴⁷ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 523 f., Tz. 1110 f.

⁶⁴⁸ In diesem Sinne äußerte sich K. Wübbels (VKU) bei dem 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 51 f., sowie Monopolkommission (Hg.), XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 403, Tz. 886.

bedingungen und -tarife dar, bevor diese in Kraft treten können. Als weitere Verschärfung können die Methoden festgelegt werden, nach denen diese Bedingungen und die Preise zu ermitteln sind. Die strengste Form der ex-ante-Regulierung besteht in der bis zur Energierechtsnovelle 2005 unzulässigen⁶⁴⁹, aber von der Monopolkommission geforderten⁶⁵⁰ Festsetzung der Netznutzungstarife und -bedingungen durch eine Regulierungsinstitution. Bei dieser sehr weitreichenden Form der ex-ante-Regulierung sind die Netzbetreiber in ihrem Handlungsspielraum stark eingeschränkt.

Bei der Methodenregulierung werden die Bedingungen und Kriterien festgelegt, denen die Netznutzungs- und -zugangsbedingungen entsprechen müssen. Zudem können den Netzbetreibern Prinzipien zur Preiskalkulation vorgegeben werden. Die Regelwerke können durchaus sehr umfangreich und detailliert ausfallen. In der Reinform der Methodenregulierung bedarf es keiner Genehmigung der Konditionen und Preise, bevor sie der Netzbetreiber seinen Kunden gegenüber verwenden darf; die weitere Regulierung besteht dann nur in einer ex-post-Aufsicht, welche nur aus gegebenem Anlass das Marktverhalten und die Preise von Netzbetreibern im Einzelfall überprüft. Dem entspricht die Mindestanforderung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie, nach der die Regulierungsbehörde „zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung ... [bestimmter] ... Bedingungen vor ihrem Inkrafttreten“⁶⁵¹ festlegen oder genehmigen kann. Insofern entsprach diesem System ansatzweise die bis Ende 2003 gültige „Verrechtlichung“ der Verbändevereinbarung II+,⁶⁵² an deren Zustandekommen nicht alle davon betroffenen Marktakteure beteiligt waren.

Die Methodenregulierung lässt den betroffenen Unternehmen noch vergleichsweise viel Gestaltungsspielraum.⁶⁵³ Dies kann insofern ein Vorteil sein, wie Unternehmensspezifika leichter berücksichtigt werden können. Sie eröffnet aber einen erheblichen Spielraum für missbräuchliches Verhalten, der ungünstigenfalls durch die Methodenregulierung gedeckt sein und deshalb – wie in den Fällen TEAG⁶⁵⁴ und Stadtwerke Mainz⁶⁵⁵ bereits geschehen – nicht geahndet werden kann.⁶⁵⁶ Solange ein solches Verfahren legale Wettbewerbsbehinderungen zulässt, ist es für sich allein nicht geeignet, die Monopolisten hinreichend zu disziplinieren. Es sollte wenigstens mit dem Genehmigungsverfahren verbunden werden und bedarf einer strengen und schlagkräftigen Missbrauchsaufsicht.

⁶⁴⁹ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 11. 2. 2004, VI-Kart 4/03 (V) = RdE 2004, S. 118-120 – TEAG. Nach § 21a EnWG 2005 können nun im Rahmen einer Anreizregulierung Preisobergrenzen festgesetzt werden.

⁶⁵⁰ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 73, Tz. 260.

⁶⁵¹ Art. 23 Abs. 2 S. 1 RI. 2003/54/EG; Text in eckigen Klammern v. Verf. eingefügt.

⁶⁵² Vgl. § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG 2003.

⁶⁵³ Vgl. *Baur, J. F.*, Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 280.

⁶⁵⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 30. 4. 2003, Kart 4/03 (V) = ZNER 2003, S. 129-132 – TEAG.

⁶⁵⁵ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 7. 2003, VI-Kart 18/03 = ZNER 2003, S. 247-254 – Stadtwerke Mainz u. *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 3. 2004, VI-Kart 18/03 (V) = ZNER 2004, S. 187-193 – Stadtwerke Mainz.

⁶⁵⁶ Vgl. *Lecheler, H./Herrmann, J.*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 484 f.

Bei dem Genehmigungsverfahren müssen die Netzbetreiber ihre allgemeinen Netznutzungskonditionen (vergleichbar mit allgemeinen Geschäftsbedingungen) und -preise vor deren in Kraft treten einschließlich sämtlicher Kalkulationsgrundlagen und Daten der Regulierungsinstitution mitteilen.⁶⁵⁷ Liegen alle erforderlichen Daten der Regulierungsinstitution vor, so sollte das Genehmigungsverfahren beginnen. Zur schnelleren Abwicklung kann eine Vorprüfungs- und Einspruchsfrist festgelegt werden.⁶⁵⁸ Während dieser Zeit müsste die Regulierungsinstitution in einem Vorverfahren die Regelkonformität und die Plausibilität der Netznutzungskonditionen überprüfen. Dies entspricht dem Verfahren nach dem Telekommunikationsgesetz: Neue Preise sind hier nach ebenfalls zwei Monate vor ihrem geplanten in Kraft setzen der Regulierungsbehörde mitzuteilen. Die Behörde muss innerhalb von zwei Wochen in einer Vorprüfung entscheiden, ob sie ein Genehmigungsverfahren einleitet oder nicht.⁶⁵⁹ Zudem könnte betroffenen Akteuren⁶⁶⁰ Einsicht in die vom Netzbetreiber eingereichten Unterlagen und eine Einspruchsmöglichkeit dagegen bei der Regulierungsinstitution gewährt werden. Lägen weder Einsprüche von Marktteilnehmern oder Beanstandungen seitens der Regulierungsinstitution vor, so könnten die vom Netzbetreiber eingereichten Bestimmungen oder Preise mit dem Verstreichen der Einspruchs- und Vorprüfungsfrist automatisch in Kraft treten und der Verwaltungsaufwand – wie im 12. Erwägungsgrund der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie gefordert – gering gehalten werden.⁶⁶¹ Im Rahmen der Novellierung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie wurde von den Energieministern allerdings eine Bearbeitungsfrist von zwei Monaten für die Streitschlichtung diskutiert.⁶⁶² Lägen dagegen begründete Einsprüche vor oder stellte die Regulierungsinstitution im Vorverfahren Unstimmigkeiten fest, so hätte sie die Netznutzungskonditionen in einem Genehmigungsverfahren genau zu überprüfen und erst dann zu genehmigen, wenn sie sich als regelkonform erweisen. Die genehmigten Bedingungen und Tarife sollten veröffentlicht werden müssen;⁶⁶³ gegen sie könnte dann

⁶⁵⁷ Vgl. Säcker, F. J., Dokumentation: Die Genehmigung von Entgelten für Zugangsleistungen nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum TKG (TKG-E) – ein Leitbild für die Regulierung der Energieversorgungsnetze? In: ZNER 2003, S. 218.

⁶⁵⁸ Vgl. Säcker, F. J., Dokumentation: Die Genehmigung von Entgelten für Zugangsleistungen nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum TKG (TKG-E) – ein Leitbild für die Regulierung der Energieversorgungsnetze? In: ZNER 2003, S. 220.

⁶⁵⁹ Vgl. § 38 Abs. 1 TKG; siehe hierzu auch Wissmann, M., Zugangs- und Entgeltregulierung im Telekommunikationssektor – ein Modell für die Energiewirtschaft? In: ET-Special 9/2003, S. 26.

⁶⁶⁰ Darunter fallen alle Nutzer des Netzes: unmittelbar an das jeweilige Netz angeschlossene Erzeuger und Abnehmer sowie Stromhändler (auch wenn sie nur potentiell als Netznutzer in Betracht kommen).

⁶⁶¹ Vgl. RL 2003/54/EG v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABIEU L 176 v. 15. 7. 2003, S. 38.

⁶⁶² Vgl. Faross, P., Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gasmärkte – Stand und Perspektiven, in: Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 39.

⁶⁶³ Vgl. Säcker, F. J., Dokumentation: Die Genehmigung von Entgelten für Zugangsleistungen nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum TKG (TKG-E) – ein Leitbild für die Regulierung der Energieversorgungsnetze? In: ZNER 2003, S. 217.

innerhalb einer bestimmten Frist eine Widerspruchsmöglichkeit bei der Regulierungsinstitution oder einer übergeordneten Stelle vorgesehen werden.⁶⁶⁴

Bei dieser Vorgehensweise besteht für die Netzbetreiber ein starker Anreiz, die geforderten Unterlagen vollständig bei der Regulierungsinstitution einzureichen und zu veröffentlichen, da andernfalls die neuen Preise oder Netznutzungsbedingungen nicht in Kraft treten können.⁶⁶⁵ Wenn zudem neben der Vorprüfung noch eine Einspruchsmöglichkeit für Netznutzer besteht, kann die Regulierungsinstitution weniger stark von den Netzbetreibern vereinnahmt werden. Hierbei ist jedoch zu überlegen, ob die Einspruchsmöglichkeit auf die Netznutzer im engeren Sinn⁶⁶⁶ beschränkt werden soll, damit nicht bei jeder Änderung eine Flut von Einsprüchen eingeht. Sonst könnte schon allein die Überprüfung der Einsprüche auf ihre Relevanz entweder dazu führen, dass das Vorprüfverfahren sich über Gebühr in die Länge zieht oder – wenn die Zeit für dieses Verfahren begrenzt sein sollte – Netznutzungsbedingungen in Kraft treten, bevor überhaupt eine Entscheidung über die Eröffnung eines Hauptverfahrens getroffen werden konnte. Zumindest erscheint eine Begrenzung der Einspruchsmöglichkeiten der Endabnehmer als Netznutzer im weiteren Sinn auf Organisationen, die deren Interessen vertreten, sinnvoll. Durch die Einspruchsmöglichkeiten wird die Regulierungsinstitution eher veranlasst, gründliche Vorprüfungen durchzuführen und ggf. ein Genehmigungsverfahren einzuleiten, als ohne sie.

Im Vergleich zur reinen Methodenregulierung herrscht hier ein höheres Maß an Transparenz, Rechtssicherheit und Glaubwürdigkeit.⁶⁶⁷ Sowohl die Methodenregulierung als auch das Genehmigungsmodell dürften die Versorgungssicherheit kaum beeinträchtigen, da die Netzbetreiber den Investitions- und Unterhaltsbedarf selbst einschätzen können. Von diesen beiden Verfahren gehen allerdings nur wenige Anreize zur Effizienzsteigerung aus und der Informationsvorsprung – und damit das Missbrauchspotential – der Netzbetreiber kann nur sehr schwer verringert werden, was angesichts der großen Netzbetreiberzahl als nicht praktikabel angesehen wird.⁶⁶⁸

Die Festlegung der Netznutzungsbedingungen und -preise durch die Regulierungsinstitution steht den beiden vorgenannten Verfahren der ex-ante-Regulierung diametral gegenüber: Den Netzbetreibern wird vorgegeben, zu welchen Bedingungen und Preisen sie die Nutzung des Netzes zu gewähren haben. Die geringen Mitwirkungsmöglichkeiten, die sich im Wesentlichen auf die Bereitstellung der notwendigen Unternehmenszahlen beschränken, eröffnen nur wenig Missbrauchspotential; dementspre-

⁶⁶⁴ Zum Rechtsweg siehe Abschnitt 5.6, ab S. 145.

⁶⁶⁵ Vgl. *o. V.*, Position der Länder zur Regulierung im Elektrizitäts- und Gasbereich, in: ZNER 2003, S. 229.

⁶⁶⁶ Damit sind Energieversorgungsunternehmen (Erzeuger, Verteiler, Händler etc.) gemeint.

⁶⁶⁷ Vgl. *Spreer, F.*, Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: ZNER 2003, S. 193 sowie *o. V.*, Position der Länder zur Regulierung im Elektrizitäts- und Gasbereich, in: ZNER 2003, S. 229.

⁶⁶⁸ Vgl. *BMWA (Hg.)*, Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht) v. 31. 8. 2003, S. 53 f.

chend niedrig dürfte der Kontrollaufwand ausfallen.⁶⁶⁹ Dafür erfordert eine umfangreiche ex-ante-Regulierung – zumindest bei der kostenorientierten Festlegung der Netznutzungstarife – eine personell sehr gut ausgestattete Regulierungsinstitution, die zudem über ein erhebliches Fachwissen in dem regulierten Sektor verfügen muss.⁶⁷⁰ Es besteht insbesondere wegen unkorrekt festgesetzter Preise die Gefahr einer Verschlechterung von Versorgungsqualität und -sicherheit. Allerdings können diese Aspekte bei der Preisfestsetzung durchaus berücksichtigt werden. Die Preise müssen zum Teil schon wegen des Eigentumsschutzes ausreichend hoch sein, damit die Substanz des Netzes für dessen Eigentümer erhalten bleibt.⁶⁷¹

Dieses Konzept dürfte sich angesichts der großen Anzahl von Netzbetreibern in Deutschland insbesondere für die Regelung der Netzzugangsbedingungen eignen, die schon aus technischen Gründen weitgehend einheitlich sein müssen. Der Aufwand wird hier wesentlich geringer sein als für die Genehmigung der von den Netzbetreibern vorgelegten Bedingungen.⁶⁷² Zugleich senken bundesweit einheitliche Standards für den Netzzugang die Transaktionskosten der Netznutzer. Bei der Preisregulierung bestehen hingegen erhebliche Bedenken, ob der Nutzen den dafür nötigen Aufwand zu rechtfertigen vermag.⁶⁷³ Der Aufwand wird sich freilich in Grenzen halten, wenn ohnehin – wie nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 Rl. 2003/54/EG sowie § 21 Abs. 3 u. § 35 EnWG 2005 vorgesehen – ein Monitoring durchzuführen ist, in dessen Rahmen die für eine Preisfestsetzung ggf. noch notwendigen Daten miterhoben werden können. Außerdem müsste bereits für eine Genehmigung umfangreiches und detailliertes Datenmaterial von den Netzbetreibern der Regulierungsinstitution zur Verfügung stehen. Nutzt man zudem bei der Entflechtung die Chance, die Netzbetreiber auf eine überschaubarere Zahl zu konzentrieren, so könnte sich die Festlegung von Netznutzungsbedingungen und -preisen durch die Regulierungsinstitution durchaus lohnen: Dieses Verfahren lässt als einziges der hier vorgestellten eine Yardstickregulierung mit Preisobergrenzen zu,⁶⁷⁴ die sich an der effizienten Leistungserbringung und nicht an überhöhten Kosten der Monopolisten orientieren; letztere verbergen sich hinter dem

⁶⁶⁹ Vgl. *Baur, J. F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 321.

⁶⁷⁰ Vgl. *Haupt, U./Kinnunen, K./Pfaffenberger, W.*, Anwendung der Vergleichsmarktanalyse auf die Netzentgelte in der Stromwirtschaft, 2002, S. 12 sowie *Börner, A.-R.*, Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 399.

⁶⁷¹ Vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz – Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 760.

⁶⁷² Vgl. die Ausführungen zu § 29 Abs. 1 in der Begründung des EnWG-Entwurfs, BT-Drs. 15/3917.

⁶⁷³ Vgl. *Säcker, F. J.*, Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht. Zum Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, in: RdE 2003, S. 301 sowie *Kutschke, G. et al.*, Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 142.

⁶⁷⁴ Zumal ohnehin eine Gruppenbildung zur besseren Handhabbarkeit der großen Netzbetreiberzahl als unumgänglich angesehen wird. Vgl. *Lutz, H./Stadler, U.*, Gruppenbildung als Voraussetzung für ein funktionsfähiges Regulierungsmodell der Verteilernetze, in: ZNER 2004, S. 225-230.

Begriff der „Kosten der energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung“⁶⁷⁵. Das Yardstickverfahren verringert den Regulierungsaufwand, da hierfür bei weitem nicht so umfangreiche Kalkulationsschemata wie bei der Preisbildung auf Basis unternehmensspezifischer Kosten erforderlich sind.⁶⁷⁶ Der Nutzen einer soliden ex-ante-Festsetzung von Netznutzungsbedingungen und -preisen liegt im Vergleich zu den zuvor diskutierten Genehmigungsverfahren in wesentlich geringeren Missbrauchsmöglichkeiten. Das verringert nebenbei den Aufwand der ex-post-Kontrolle, die Anzahl der Missbrauchsverfahren und der Streitigkeiten zwischen Netzbetreibern und Netznutzern. Infolgedessen nimmt die Planungs- und Rechtssicherheit der Marktakteure – bis hin zu den Endabnehmern – zu.⁶⁷⁷

Bei der Einführung des Yardstickverfahrens müssen die anfangs noch sehr unterschiedlichen Effizienzsteigerungspotentiale der jeweiligen Netzbetreiber berücksichtigt werden. Ansonsten erleiden bereits effizient Arbeitende durch für sie womöglich zu hohe Preisabschläge Nachteile gegenüber Netzbetreibern, welche noch über ein so großes Effizienzsteigerungspotential verfügen, dass sie ungerechtfertigt hohe Gewinne verbuchen können.⁶⁷⁸

Angesichts der angeführten Potentiale der Entflechtung könnte dieses Verfahren das aus gesamtwirtschaftlicher Sicht effiziente⁶⁷⁹ und somit erste Wahl sein. Die Festsetzung von Preisobergrenzen durch die Bundesnetzagentur ist nach dem EnWG zumindest möglich.⁶⁸⁰ Sie schwebt als „Damoklesschwert“ ständig über den Netzbetreibern und wird sie auf diese Weise zumindest etwas disziplinieren. Die Festsetzung der Netznutzungskonditionen durch die Regulierungsinstitution ist nach Art. 23 Abs. 4 Rl. 2003/54/EG ausdrücklich zugelassen, zudem schließt die Formulierung des Abs. 2 desselben Artikels, der nur die Mindeststandards definiert, die alleinige Anwendung des Festsetzungsverfahrens nicht aus:

⁶⁷⁵ Dieser Terminus war z. B. noch in § 21 Abs. 2 EnWGE v. 12. 10. 2004 als Maßgabe für die kostenorientierte Entgeltermittlung enthalten, wurde aber in der verabschiedeten Fassung nicht beibehalten.

⁶⁷⁶ Vgl. o. V., Eckpunkte zur Ausrichtung des energierechtlichen Ordnungsrahmens auf Wettbewerb im Bereich der leitungsgebundenen Energieträger, in: ZNER 2003, S. 228 sowie *Lundberg, M./Ruhle, E.-O./Schulze zur Wesche, J.*, Entgeltregulierung im Energiewirtschaftssektor mittels mittels Yardstick-Competition, in: ZfE 2005, S. 120.

⁶⁷⁷ Vgl. *Kurth, M.*, Wie sollte der Energiemarkt reguliert werden? In: WD 2004, S. 689 sowie *Baur, J. F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 320.

⁶⁷⁸ Vgl. *Lutz, H./Stadler, U.*, Gruppenbildung als Voraussetzung für ein funktionsfähiges Regulierungsmodell der Verteilernetze, in: ZNER 2004, S. 230.

⁶⁷⁹ Als Effizienz ist hier das Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und der damit erbrachten Leistung bzw. produzierten Gütermenge gesehen. Vgl. *Kremp, R./Westermann, R./Seel, A.*, Effizienzmessung von Stromnetzbetreibern, in: EW 6/2005, S. 60.

⁶⁸⁰ Vgl. § 21a Abs. 2 EnWG 2005.

„Den Regulierungsbehörden obliegt es, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung folgender Bedingungen vor deren Inkrafttreten festzulegen oder zu genehmigen ...“

Mit der ex-ante-Regulierung wird in die Autonomie der Preisgestaltung des Netzbetreibers eingegriffen. Dies betrifft in erster Linie die Berufsfreiheit des Netzbetreibers, kann aber – bei entsprechender Eingriffsintensität – auch den Bestand an Vermögenswerten des Netzbetreibers oder -eigentümers berühren. Die Eingriffstiefe ist bei der kostenorientierten Regulierung der Kalkulationsmethoden am geringsten, bei dem Genehmigungsverfahren etwas größer und erreicht seine größte Tiefe bei den kostenunabhängigen Preisvorgaben, wie sie z. B. im Price Cap oder Yardstickverfahren verwendet werden.

Solange die unternehmensspezifische Kostenstruktur ungehindert in die Preisregulierung einfließt, wird durch die ex-ante-Regulierung die dauerhafte Berufsausübung des Netzbetreibers nicht gefährdet; es handelt sich um eine bloße Berufsausübungsregelung, welche in Anbetracht der Marktmacht der Netzbetreiber und des Gemeinschaftsinteresses an einer kostengünstigen Stromversorgung gerechtfertigt ist.⁶⁸¹ Solange die Kostendeckung gewährleistet ist, kann die Substanz der Anlagen erhalten⁶⁸² und somit ein Eingriff in das Eigentum an den Netzen und des Netzbetreibers verneint werden.

Kostenunabhängige Preisfestsetzungen durch die Regulierungsinstitution sind hingegen etwas kritischer zu beurteilen: Bei ihnen kann durch eine falsche Festsetzung die weitere Ausübung des Berufs und der Erhalt des dafür notwendigen Anlagevermögens gefährdet werden. Dies schließt aber eine von den spezifischen Kosten des Netzbetreibers unabhängige Preisfestsetzung durch die Regulierungsinstitution nicht von vornherein aus. Eine solche, zum Beispiel über ein Benchmark- oder Yardstickverfahren ermittelte und an den Erfordernissen einer effizienten Betriebsführung orientierte Preisvorgabe unterliegt freilich Einschränkungen:⁶⁸³ Sie muss so ausgestaltet sein, dass sich vom Unternehmer nicht beeinflussbare Faktoren nicht zu dessen Lasten auswirken können;⁶⁸⁴ solche Faktoren sind zum Beispiel Unterschiede in der Topographie des Versorgungsgebiets oder unterschiedlich hohe Schadensrisiken durch Naturereignisse.⁶⁸⁵ Demgegenüber muss das Netznutzungsentgelt nicht die Kosten ineffizienter Unternehmensführung decken, da sie sowenig durch die Grundrechte garantiert ist wie

⁶⁸¹ *Papier, H.-J.*, Verfassungsfragen der Durchleitung, in: *Büdenbender/Kühne (Hg.)*, Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven, 2002, S. 223.

⁶⁸² Vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz – Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 760.

⁶⁸³ Vgl. z. B. *Reichert-Clauß, A.*, Durchleitung von Strom – Regulierungstheorie im deutsch-englischen Vergleich, 2002, S. 188.

⁶⁸⁴ So sind übermäßige Belastungen durch eine Maßnahme zu verhindern. Vgl. *BVerfG*, B. v. 17. 10. 1990, 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, S. 1, 19, *BVerfG*, U. v. 23. 1. 1990, 1 BvL 44/86 u. 48/87, BVerfGE 81, S. 156, 188 f., *BVerfG*, B. v. 11. 2. 1992, 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, S. 248, 259.

⁶⁸⁵ Vgl. zu diesen, für die Preisfestsetzung relevanten Faktoren *Fritz, W./Zimmer, C.*, Bedeutung von Struktureinflüssen beim Netzbenchmarking, in: ET 2004, S. 320-323

der Schutz vor Konkurrenz.⁶⁸⁶ Die Preisobergrenzen und deren Absenkung sind so festzulegen, dass die Netzbetreiber mit der Rationalisierung ihrer Geschäftsabläufe damit Schritt halten können.⁶⁸⁷

Werden diese Grenzen eingehalten – was zudem schon zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit geboten ist –, so dürfte sich auch hier der Eingriff auf eine – wenn auch etwas intensivere – Berufsausübungsregelung beschränken, welche angesichts der damit verfolgten Sicherung der Stromversorgung im Interesse des Gemeinwohls als gerechtfertigt⁶⁸⁸ einzustufen ist. Zumal diese Form der ex-ante-Regulierung als das mit Abstand wirksamste Regulierungsverfahren darstellt.

5.3.3 Ex-post-Missbrauchsaufsicht

Wie schon im vorigen Abschnitt angedeutet, hängt der Umfang der ex-post-Missbrauchsaufsicht von der ex-ante-Regulierungstiefe und dem daraus resultierenden Missbrauchspotential ab; je umfangreicher und gründlicher die ex-ante-Regulierung, umso weniger Bedarf besteht an ex-post-Kontrolle;⁶⁸⁹ wenngleich nicht ganz auf sie verzichtet werden kann.⁶⁹⁰

Die umfangreichste Kontrolle wird die Methodenregulierung ohne vorherige Genehmigung der Netznutzungsbedingungen und -preise mit sich bringen, die den Netzbetreibern auch bei präzisen Vorgaben noch erhebliche Freiheiten lässt.⁶⁹¹ Damit diese nicht über Gebühr ausgenutzt werden, sollten Sanktionen auch abschrecken: So könnte neben einem Bußgeld vorgesehen werden, dass die spezifischen Netznutzungskonditionen zwischen den beteiligten Parteien festgelegt werden und damit der Spielraum des Netzbetreibers drastisch eingeschränkt wird. Zumindest sollte – sofern auf eine Festsetzung verzichtet wird – der Netzbetreiber aufgefordert werden können, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt überarbeitete und regelungskonforme allgemeine Netznutzungsbedingungen und -preise der Regulierungsinstitution vorzulegen oder sein Geschäftsgebaren zu ändern; bei Beanstandungen des Geschäftsgebarens ist eine Nachkontrolle angebracht. Wurden Netznutzungskonditionen beanstandet, so sollte neben der Veröffentlichung der neuen Konditionen zwingend ein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden. Sind überhöhte Preise oder unangemessene Netznut-

⁶⁸⁶ Vgl. *BVerfG*, B. v. 1. 2. 1973, 1 BvR 426, 430, 434, 443, 452, 453, 479, 505 u. 573/72, *BVerfGE* 34, S. 252, 256, *BVerfG*, B. v. 3. 12. 1980, 1 BvR 409/80, *BVerfGE* 55, S. 261, 269.

⁶⁸⁷ Vgl. *BVerfG*, U. v. 8. 4. 1997, 1 BvR 48/94, *BVerfGE* 95, S. 267, 320 sowie *Koenig, C.*, Zu guter Letzt: markieren Eigentumsgrundrechte keine regulatorischen Sperrbezirke! In: *N&R* 2004, S. 180.

⁶⁸⁸ Vgl. *BVerfG*, B. v. 2. 10. 1973, 1 BvR 459 u. 477/72, *BVerfGE* 36, S. 47, 59, *BVerfG*, U. v. 3. 11. 1982, 1 BvL 4/78, *BVerfGE* 61, S. 291, 311, *BVerfG*, B. v. 6. 10. 1987, 1 BvR 1086, 1468 u. 1623/82, *BVerfGE* 77, S. 84, 106 – Arbeitnehmerüberlassung; *BVerfG*, U. v. 7. 11. 2000, 1 BvR 335/97, *BVerfGE* 103, S. 1, 10.

⁶⁸⁹ Vgl. *Säcker, F. J.*, Freiheit durch Wettbewerb. Wettbewerb durch Regulierung, in: *ZNER* 2004, S. 111 f. sowie *Albach, H.*, Strategische Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, in: *ZGR* 1997, S. 32.

⁶⁹⁰ *BGH*, U. v. 10. 2. 2004, *KZR* 7/02 = *WuW/E DE-R*, S. 1254-1259 – Verbindung von Telefonnetzen.

⁶⁹¹ Vgl. *Becker, P.*, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, in: *ZNER* 2004, S. 325.

zungsbedingungen festgestellt worden und legt der Netzbetreiber innerhalb der Nachbesserungsfrist keine regelkonforme Überarbeitung vor, so sollte die Regulierungsinstitution die Tarife oder Nutzungsbedingungen rückwirkend zum Zeitpunkt des Rechtskräftigwerdens der Beanstandung festsetzen dürfen.⁶⁹² Ferner sollte dem Netzbetreiber bei fortgesetztem regelwidrigen Verhalten zusätzlich ein Bußgeld auferlegt und sollten möglicherweise erlangte Vorteile bei ihm abgeschöpft werden können.

Ein schon aus den Zeiten der Verbändevereinbarung II+ bekanntes Problem bleibt jedoch: Lassen die Vorgaben einen Missbrauch der Marktstellung zu, obwohl der Netzbetreiber sich exakt an sie hält, ist ihm – wie in den Fällen Stadtwerke Mainz⁶⁹³ und TEAG⁶⁹⁴ – juristisch nicht beizukommen. Sofern man nicht auf die Genehmigung oder ex-ante-Festsetzung wechseln mag, bleibt als einziger Ausweg eine Veränderung der vorgegebenen Methoden.

Beinhaltet die ex-ante-Regulierung auch die Genehmigung der Preise und Nutzungsbedingungen, bevor sie in Kraft treten können, so werden die Möglichkeiten der Missbrauchsaufsicht unter Umständen erheblich eingeschränkt: Insbesondere wenn vorab nur die Einhaltung formaler Kriterien durch die Regulierungsinstitution überprüft werden sollte, wird ein großes Missbrauchspotential geschaffen, da die Ausgangsdaten nach wie vor nicht mit solchen unter tatsächlich wettbewerblichen Bedingungen übereinstimmen müssen. Sind die Preise oder Bedingungen aber genehmigt, so werden sich die Netzbetreiber darauf berufen und nicht belangt werden können.⁶⁹⁵ Das erhöht zwar die Rechtssicherheit, verhindert aber keineswegs überhöhte Preise und Marktmachtmissbrauch.⁶⁹⁶ Allerdings hat der Bundesgerichtshof in einem Fall genehmigter Netznutzungsentgelte dennoch auf Missbrauch erkannt, da die Genehmigung der Entgelte auf einem Antrag des Netzbetreibers beruhe. Spielraum bestehe bei diesem Verfahren insofern als der Antragsteller versuchen kann, eine Genehmigung für missbräuchlich überhöhte Preise zu bewirken.⁶⁹⁷ Soll die ex-ante-Genehmigung zu tatsächlich effizienten Netznutzungsbedingungen und -preisen führen, so muss sie über die Prüfung, ob formale Vorgaben eingehalten wurden, hinaus gehen; insbesondere muss die Kalkulation der Preise bis in die Kalkulationsgrundlagen überprüft werden können. Dies umfasst neben der Gemeinkostenzuordnung, der Bewertung des Anlage-

⁶⁹² Vgl. *Hermes, G.*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 453. *Hermes* sieht dieses Verfahren bei unfruchtbaren Verhandlungen als notwendige Konsequenz eines bestehenden Kontrahierungszwangs.

⁶⁹³ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 7. 2003, Kart 18/03 = ZNER 2003, S. 247-254 – Stadtwerke Mainz u. *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 3. 2004, VI-Kart 18/03 (V) = ZNER 2004, S. 187-193 – Stadtwerke Mainz.

⁶⁹⁴ Vgl. *OLG Düsseldorf*, B. v. 30. 4. 2003, Kart 4/03 (V) = ZNER 2003, S. 129-132 – TEAG.

⁶⁹⁵ Vgl. z. B. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 54, Tz. 164 sowie *Säcker, F. J.*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, in: AöR 2005, S. 216.

⁶⁹⁶ Vgl. *Baur, J. F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 320.

⁶⁹⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 10. 2. 2004, KZR 7/02 = WuW/E DE-R, S. 1254, 1256 – Verbindung von Telefonnetzen.

vermögens und der Festsetzung der kalkulatorischen Verzinsung auch eine Beurteilung, inwiefern die tatsächlichen Kosten aus einer effizienten und zugleich sicheren Versorgung herrühren oder nicht.⁶⁹⁸ Will man neben der Rechtssicherheit (für die Netzbetreiber) mit einer Kombination aus ex-ante-Genehmigung und ex-post-Missbrauchsaufsicht auch einen effizienten Netzbetrieb gewährleisten, so ist hier ein erheblicher Prüfungsaufwand vonnöten.

Vor diesem Hintergrund nimmt sich die Diskussion, ob eine ex-ante-Regulierung oder eine ex-post-Missbrauchsaufsicht erste Wahl sei,⁶⁹⁹ eher als ideologische Schwarzweißmalerei, denn als zielführende Debatte aus: Die Meinung, eine repressive ex-post-Kontrolle bedürfe gegenüber einer ex-ante-Regulierung einer weniger umfangreichen Regulierungsinstitution, da sie nur einschreiten müsse, wenn sie Handlungsbedarf annimmt oder angerufen wird,⁷⁰⁰ ist mit Vorsicht zu genießen: Hier ist der Handlungsspielraum der regulierten Unternehmen größer und mit ihm die Wahrscheinlichkeit des Marktmachtmissbrauchs. Mit der ex-post-Kontrolle können marktmächtige Akteure zwar etwas diszipliniert werden, eine Wettbewerbsbelebung wird allein damit nicht erreicht werden können;⁷⁰¹ die Preismissbrauchsaufsicht erwies sich oft genug als stumpfes Schwert.⁷⁰² Den möglicherweise niedrigeren Kosten der Regulierung stehen die Verluste durch Missbrauch und weiterhin unnötig überhöhte Netznutzungspreise gegenüber, die auch von dann erheblich zahlreicheren Rechtsstreitigkeiten herrühren dürften.⁷⁰³

Werden die Netznutzungsbedingungen und -preise dem Netzbetreiber von vornherein vorgegeben, so verbleibt ihm nur ein relativ geringes Missbrauchspotential, indem er beispielsweise für die Preisfestsetzung wissentlich falsche Daten zu Verfügung stellt.⁷⁰⁴ Hierfür muss er – ebenso wie bei dem Genehmigungsverfahren – belangt werden können. Die Rechtssicherheit dürfte somit nicht nur für Netznutzer hoch sein, sondern

⁶⁹⁸ Dies ist in der Stromnetzentgeltverordnung vom 25. 7. 2005 sehr detailliert geregelt. BGBl. I, 2005, S. 2225-2242

⁶⁹⁹ Vgl. z. B. *Säcker, F. J.*, Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht. Zum Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, in: RdE 2003, S. 300-307; *Säcker, F. J.*, Dokumentation: Die Genehmigung von Entgelten für Zugangsleistungen nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum TKG (TKG-E) – ein Leitbild für die Regulierung der Energieversorgungsnetze? In: ZNER 2003, S. 214-220.

⁷⁰⁰ So z. B. *Säcker, F. J.*, Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht. Zum Monitoring -Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, in: RdE 2003, S. 300-307 sowie *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: WuW 2004, S. 266-275.

⁷⁰¹ Vgl. *Spreer, F.*, Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: ZNER 2003, S. 192.

⁷⁰² Vgl. hierzu u. a. *BKartA (Hg.)*, Tätigkeitsbericht 1997/1998, BT-Drs. 14/1139, S. 21 sowie *Säcker, F. J./Jaacks, J.*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 1000.

⁷⁰³ Vgl. *Becker, P.*, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, in: ZNER 2004, S. 325 f.

⁷⁰⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 10. 2. 2004, KZR 7/02 = WuW/E DE-R, S. 1254-1259 – Verbindung von Telefonnetzen.

auch für die Netzbetreiber. Der Bedarf an Missbrauchskontrolle dürfte angesichts dessen wohl kaum über den für andere im Wettbewerb stehende Wirtschaftszweige hinausgehen. In der Gesamtbetrachtung erscheint eine Kombination der ex-post-Kontrolle mit einer ex-ante-Festsetzung der Preise und Bedingungen trotz des damit verbundenen Aufwands am geeignetsten, einen effizienten Netzbetrieb zu gewährleisten.

5.3.4 Streitschlichtung

Bei Netzmonopolen sind Streitigkeiten zwischen Netzbetreiber und Netznutzern kaum auszuschließen. Da sie meist ähnliche Ursachen haben, ist es überlegenswert, ein gesondertes außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren auf freiwilliger Basis oder verpflichtend⁷⁰⁵ vorzusehen. Die Regulierungsinstitution kann als Exekutivorgan zwar wegen der Gewaltenteilung nur eingeschränkt Judikative bei Streitfällen zwischen Netznutzern und Netzbetreibern sein, aber sie könnte – wie bislang die Task Force Netznutzung⁷⁰⁶ – als Schlichtungsstelle in Netznutzungstreitigkeiten vor den Rechtsweg geschaltet werden. Gelingt es, eine schnelle und interessengerechte außergerichtliche Konfliktlösung zu erreichen, so können langwierige und kostenintensive Gerichtsverfahren vermieden werden.⁷⁰⁷ Die Verfahren sollten möglichst unverzüglich aufgenommen und abgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang erscheint eine Befristung der Dauer hilfreich. Die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 sieht hierfür regelmäßig zwei Monate vor, diese Frist kann seitens der Streitschlichtungsinstanz um weitere zwei Monate verlängert werden; einer darüber hinausgehenden Ausdehnung müssen die Parteien zustimmen.⁷⁰⁸

Damit die Streitschlichtung nicht als weitere Instanz den Rechtsweg verlängert, sollte sie möglichst eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien anstreben, z. B. mittels eines Mediationsverfahrens, auch wenn dies nicht ganz dem in der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003 vorgesehenen Verfahren⁷⁰⁹ entspricht. Wird Einvernehmen zwischen den Parteien erzielt, so sollte die erzielte Einigung für sie verbindlich gelten und der weitere Rechtsweg verschlossen bleiben.⁷¹⁰ Damit kann ein Teil der Streitigkeiten schneller beigelegt werden, was für die Parteien neben dem Zeitgewinn

⁷⁰⁵ Dies kann z. B. nach § 15a EGZPO für zivilrechtliche Klagen vorgesehen werden, zeigt aber in der Praxis offensichtlich nicht immer die gewünschte Wirkung. Vgl. *Lauer, J.*, Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15 a EGZPO, in: NJW 2004, S. 1280-1282.

⁷⁰⁶ Vgl. *Schultz, K.-P.*, Die Task Force Netzzugang, in: ET 2002, S. 218 f.

⁷⁰⁷ Vgl. *Dieckmann, J.*, Das nordrhein-westfälische Ausführungsgesetz zu § 15a EGZPO, in: NJW 2000, S. 2802 oder *Bargen, J. v.*, Mediation im Verwaltungsprozess. Eine neue Form konsensualer Konfliktlösung vor Gericht, in: DVBl. 2004, S. 469. Kritisch hierzu: *Wesche, S.*, Die obligatorische Schlichtung für kleine Streitwerte – Eine kritische Zwischenbilanz, in: MDR 2003, S. 1029-1035.

⁷⁰⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 5 S. 2 u. 3 RI. 2003/54/EG.

⁷⁰⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 5 RI. 2003/54/EG.

⁷¹⁰ Vgl. *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: WuW 2004, S. 275.

gegenüber dem langwierigen Weg durch die Gerichtsinstanzen auch Kosten einspart.⁷¹¹

Sollte der Schlichter darüber hinaus einen Spruch ohne Einigung zwischen den Parteien fällen dürfen, so muss ihnen der weitere Rechtsweg offen stehen. Allerdings sollte der Schlichtungsspruch solange verbindlich sein, wie er nicht per Gerichtsentscheid aufgehoben wird;⁷¹² die Schlichter sollten wegen der möglichen Konsequenzen des Verfahrens Juristen mit einem entsprechenden fachlichen Hintergrund sein.⁷¹³ Unabhängig vom Ausgang des Schlichtungsverfahrens muss es der Regulierungsinstitution möglich sein, ein Missbrauchsverfahren einzuleiten, sofern sich dafür hinreichende Anhaltspunkte ergeben.

5.4 Befugnisse der Regulierungsinstitution

Neben dem Hauptbefugnis zur Regulierung des Netznutzungsbedingungen und -preise benötigt die Regulierungsinstitution ebenfalls die Kompetenz, Vorkehrungen und Regeln zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und zum Funktionieren des Marktes für Ausgleichsenergie zu treffen. Im Anschluss daran wird noch kurz auf die Folgen eingegangen, die die Entscheidungen und Beschlüsse der Regulierungsinstitution entfalten sollen.

5.4.1 Regulierung des Netznutzungsbedingungen und -preise

Die Regulierungsinstitution sollte nicht auf einige wenige Regulierungsinstrumente festgelegt werden, da die Wirksamkeit ihres Handelns von den Besonderheiten des Marktes oder gar von den von der Regulierung betroffenen Unternehmen abhängt.⁷¹⁴ Stattdessen sollte vielmehr ein Regulierungsziel definiert und der Regulierungsinstitution vorgegeben, die Wahl der Mittel aber ihr überlassen werden. Das hat den Vorteil, dass neue Regulierungsinstrumente und Erkenntnisse problemloser übernommen und angewendet werden können. In dieser Hinsicht ähnelt die permanente Regulierung langfristigen Vertragsbeziehungen, in denen durch zu Beginn nicht absehbare Entwicklungen für die Parteien Anreize zu unerwünschten Handlungen, wie z. B. Moral Hazard oder Hold Up, entstehen können.⁷¹⁵ Dies träfe auch auf eine durch Gesetz und

⁷¹¹ Vgl. *Neuenhahn, H.-U.*, Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch für die Elektrizitätswirtschaft, in: ET 2004, S. 326.

⁷¹² Vgl. Art. 23 Abs. 5 S. 4 RI. 2003/54/EG.

⁷¹³ Vgl. *Lauer, J.*, Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15a EGZPO, in: NJW 2004, S. 1280.

⁷¹⁴ Vgl. *Bartelt, G.*, Regulatorische Marktinterventionen – Ansätze zu einer Theorie regulatorischer Marktinterventionen als Grundlage zur Beurteilung ihrer Effizienz, 1989, S. 243. Ähnlich, wenn auch nicht so deutlich: *Badura, P.*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1194.

⁷¹⁵ Ausführlich zur Problematik langfristiger Vertragsbeziehungen: *Eger, T.*, Eine ökonomische Analyse von Langzeitverträgen, 1995.

Verordnung sehr detailliert festgelegte Regulierungsmethode zu. Deshalb müssen auch hier Anpassungsmöglichkeiten für unabsehbare Situationen und Entwicklungen vorgesehen werden, damit die Regulierungsinstitution flexibler und adäquater reagieren kann.⁷¹⁶ Man mag hiergegen einwenden, darunter leide die Rechtssicherheit für die Netzbetreiber, die durchaus notwendig ist, damit sie für umfangreiche Investitionen Planungssicherheit haben. Allerdings darf die Rechtssicherheit nicht soweit gehen, dass mangels fehlender Mittel nicht umgehend gegen offenkundig dem Regulierungszweck zuwiderlaufendes Verhalten eingeschritten werden kann. Wer solche Lücken sucht und nutzt, ist sich seines Tuns durchaus bewusst und sollte dafür nicht belohnt werden. Willkürlichen Entscheidungen ist allerdings ein Riegel vorzuschieben: Schon aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gleichbehandlungsgebots im Grundgesetz muss die Regulierungsinstitution in gleich gelagerten Fällen gleiche Instrumente anwenden. Eine sich im Lauf der Zeit ändernde Instrumentenwahl sollte dennoch zugelassen werden, sofern neuere Erkenntnisse vorliegen oder Regulierungsmethoden entwickelt wurden, mit denen der Regulierungsauftrag besser erreicht werden kann.⁷¹⁷ In gewissem Sinne wird die Regulierung eine Art Hayek'sches Entdeckungsverfahren⁷¹⁸ sein, mit dem sie im Laufe der Zeit in einem Wechselspiel zwischen Netzbetreiber, Regulierungsinstitution und den Gerichten immer besser auf die realen Gegebenheiten abgestimmt wird. Deshalb sollte die Regulierungsinstitution bei der ex-post-Missbrauchskontrolle, bei der die Methoden je nach Sachverhalt ausgewählt werden, deren Wahl begründen müssen. Bei der ex-ante-Regulierung sollten die Methoden vor ihrer Anwendung bekannt gegeben werden müssen.

Als mögliches Maßnahmen- oder Methodenbündel kommt für die ex-ante-Regulierung eine Kombination aus Benchmarking und Yardstick Competition mit der dynamischen Anreizregulierung in Betracht. Wenn die Regulierungsinstitution die Preise oder zumindest deren Obergrenzen festlegt, sind von ihr dabei schon wegen der Versorgungssicherheit der Erhalt und der gegebenenfalls notwendige Ausbau der Infrastruktur zu berücksichtigen.⁷¹⁹ Die flächendeckende Versorgung durch einen gegebenenfalls notwendigen Ausbau des Netzes muss ebenfalls sichergestellt werden. Hierfür sollten insbesondere nichtmonetäre Spezifika des Unternehmens, wie z. B. die Netzstruktur, seine Wartungsintensität, das durchschnittliche, nicht vom Netzbetreiber zu verantwortende Schadensaufkommen und die Lebensdauer des Netzes einbezogen werden. Die Preise sollen deshalb weniger auf die tatsächlichen Kosten im Unternehmen rekur-

⁷¹⁶ Vgl. Koenig, C./Rasbach W., Methodenregulierung in der Energiewirtschaft, in: ET 2004, S. 704 sowie Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten - Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 70 f, Tz. 247-250.

⁷¹⁷ Vgl. Haucap, J./Kruse, J., Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: WuW 2004, S. 270 f. sowie Bullinger, M., Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1355 ff.

⁷¹⁸ In Anlehnung an Hayek, F. A., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Hayek, (Hg.), Freiburger Studien, 1969, S. 249-265.

⁷¹⁹ Vgl. BMWA (Hg.), Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), 2003, S. 32.

rieren, die z. B. wegen des Averch-Johnson-Effekts überhöht sein können, sondern mittels eines benchmarkbasierten Yardstickverfahrens oder synthetischen Verfahrens anhand der Kosten bei „Best Practice“ ermittelt werden. Für Leistungen, die nicht vom Netzbetreiber selbst erbracht werden (z. B. Netzausbau, -neubau), sollten Marktpreise angesetzt werden. Langfristig müssen die Investitionen in das aus ökonomischen Gesichtspunkten erforderliche Netz durch die Netznutzungsentgelte refinanziert werden können. Damit können trotz sorgfältiger Preisermittlung nachteilige Wirkungen von Preisfestsetzungen auf das wirtschaftliche Fortbestehen des Netzbetreibers und die Versorgungssicherheit verringert werden.⁷²⁰

Das bislang angewendete Entgeltkalkulationsprinzip der „Nettosubstanzerhaltung“, bei der das Anlagevermögen zu Tagesneuwerten veranschlagt wird, führt zu höheren Kostenansätzen als zur Refinanzierung erforderlich wären.⁷²¹ Es wird von in Wettbewerb stehenden Unternehmen schon deshalb nicht angewandt, weil sie die daraus resultierenden höheren Preise im Markt nicht durchsetzen könnten.⁷²² Vielmehr werden die Preise zum Zeitpunkt der Anschaffung zugrunde gelegt, während die Inflation mittels der kalkulatorischen Verzinsung antizipiert wird. Offenbar schadet dieses Verfahren der Überlebensfähigkeit der Unternehmen nicht. Vor diesem Hintergrund muten Forderungen der netzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen, über eine kalkulatorische Verzinsung von 6,5 % und einen Wagniszuschlag hinaus einen Inflationsausgleich (der durch die Verwendung von Tagesneuwerten bereits in der Kalkulationsgrundlage berücksichtigt ist)⁷²³ und die Körperschaftsteuer in die Netznutzungsentgelte einkalkulieren zu dürfen, merkwürdig an.⁷²⁴ Einer Fortführung des bisherigen Wertansatzes zur Entgeltkalkulation kann deshalb nicht zugestimmt werden,⁷²⁵ zumal es wegen des Spielraums bei der Bestimmung der Tagesneuwerte weniger transparent ist und folglich zu einem höheren Regulierungsaufwand führt.⁷²⁶

⁷²⁰ Vgl. o. V., Eckpunkte zur Ausrichtung des energierechtlichen Ordnungsrahmens auf Wettbewerb im Bereich der leitungsgebundenen Energieträger, in: ZNER 2003, S. 227 f.

⁷²¹ Vgl. den Redebeitrag von M. Cronenberg auf der Jahrestagung der VDEW-Ländergruppe Schleswig-Holstein, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern am 23./24. 4. 2004; zit. n. Böhmer, Regulierungsbehörde fordert mehr Spielräume beim novellierten Energiewirtschaftsgesetz, in: EW 11/2004, S. 36; implizit auch Bauer, C./Bier, C./Weber, W., Nettosubstanzerhaltung vs. Realkapitalerhaltung im regulierten Umfeld, in: ET-Special 2005, S. 13; a. A. Haubrich, H.-J./Maurer, C./Zimmer, C., Netzregulierung un der Elektrizitätswirtschaft, in: ET-Special 2005, S. 7-10.

⁷²² Vgl. Zimmermann, G., Kostenrechnung und Unternehmenserhaltung, in: Männel, W. (Hg.), Handbuch der Kostenrechnung, 1992, S. 1414-1428, insbes. S. 1425.

⁷²³ Vgl. Bauer, C./Bier, C./Weber, W., Nettosubstanzerhaltung vs. Realkapitalerhaltung im regulierten Umfeld, in: ET-Special 2005, S. 12 f.

⁷²⁴ Vgl. Preuss, R., Die gelben Jahre sind vorbei, in: FTD v. 17. 2. 2005, S. 27.

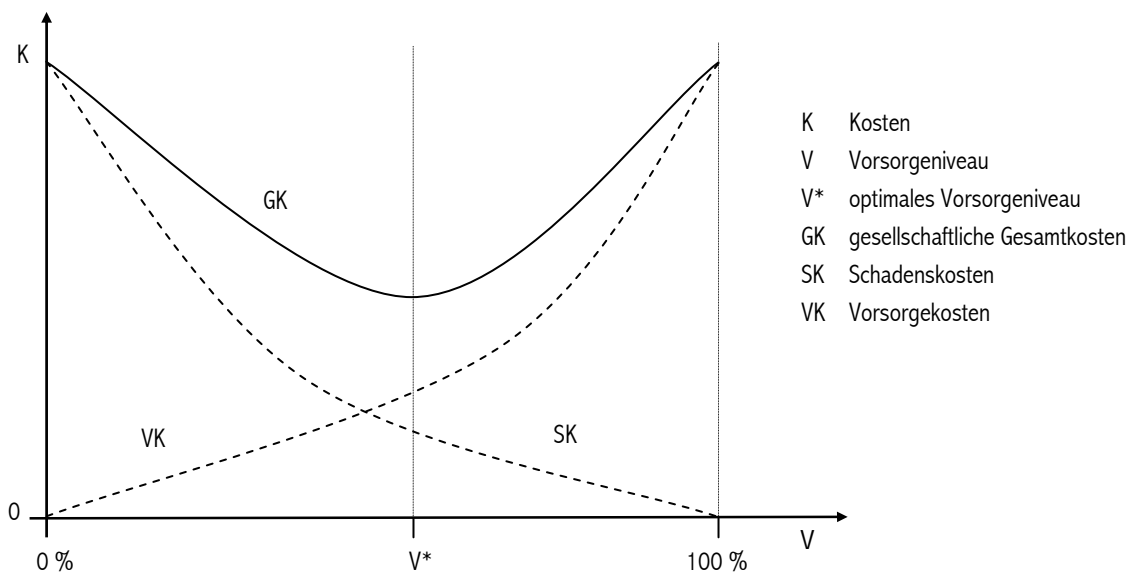
⁷²⁵ Vgl. Swoboda, P., Zur Anschaffungswertorientierung administrierter Preise (speziell in der Elektrizitätswirtschaft), in: BFuP 1996, S. 364 f.

⁷²⁶ Vgl. Bauer, C./Bier, C./Weber, W., Nettosubstanzerhaltung vs. Realkapitalerhaltung im regulierten Umfeld, in: ET-Special 2005, S. 14 f.

5.4.2 Regelungen zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit und -qualität

Bei kostenunabhängigen Preisvorgaben können Netzbetreiber, die effizienter arbeiten als vorgegeben, Gewinne erzielen.⁷²⁷ Damit dies nicht auf Kosten der Netzstabilität, Versorgungssicherheit und weiterer gemeinwohlorientierter Faktoren geschieht,⁷²⁸ müssten die Netzbetreiber verpflichtet werden, der Regulierungsinstitution gegenüber offenzulegen, was und wieviel sie für den Netzunterhalt unternehmen und wo sie das Netz in welchem Umfang ausbauen oder noch ausbauen. Zudem müssten der Regulierungsinstitution Versorgungsunterbrechungen, ihre Dauer und die Anzahl der betroffenen Anschlüsse mitgeteilt werden. Übersteigt die durchschnittliche Ausfallzeit pro Anschluss einen bestimmten Wert oder treten häufiger schwerwiegende Netzstörungen auf, so muss der Wartungsstand des Netzes von der Regulierungsinstitution überprüft werden können. Auch sollte sie in begründeten Fällen – beispielsweise auf konkrete Hinweise von Netznutzern – eine Überprüfung des Wartungs- und Ausbaustandes durchführen können. Dabei kommt es aus ökonomischer Sicht weniger auf den technisch bestmöglichen Wartungs- und Ausbaustand an, der zwar geringe Versorgungsunterbrechungen gewährleistet, dessen Kosten aber möglicherweise jener damit vermiedenen Schäden übersteigen.⁷²⁹ Dieser Zusammenhang wird in Abbildung 2 dargestellt:

Abbildung 2: Optimales Niveau der Versorgungssicherheit



Quelle: In Anlehnung an Nagel, B./Eger, T., Wirtschaftsrecht II, 2003, S. 87.

⁷²⁷ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 70, Tz. 248.

⁷²⁸ Zu den Kriterien vgl. Holzherr, C./Kofluk M., Wertorientierte Führung von regulierten Stromnetzgesellschaften, in: ET 2004, S. 733 oder Baur, J. F., Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 322.

⁷²⁹ Vgl. hierzu explizit Lieb-Dóczy E./MacKerron, G., Balancing security and liberalisation, in: Power in Europe, Iss. 408, v. 1. 9. 2003, S. 9-11.

Die Vorsorgekosten (VK) steigen mit dem Umfang der Vorsorgemaßnahmen (V) an. Eine vollständige Schadensvermeidung wird sich nur mit überproportional hohem Aufwand erreichen lassen. Die Schadenskosten (SK) nehmen mit zunehmendem Aufwand ab. Das optimale Vorsorgeniveau (V^*) liegt an dem Punkt, an dem die gesellschaftlichen Gesamtkosten des Netzbetriebs (GK), die sich aus den Schadens- und Vorsorgekosten zusammensetzen, am niedrigsten sind.

Vor diesem Hintergrund dürfte die im internationalen Vergleich äußerst kurze Unterbrechungsdauer im Jahr 2002 von 15 Minuten pro Stromanschluss in Deutschland auf einem über dem Optimum liegenden Vorsorgeniveau beruhen. Selbst für Österreich, das mit 43 Minuten im internationalen Vergleich zur Spitzengruppe zählt, aber wegen seiner Topographie einem wesentlich höherem Schadensrisiko ausgesetzt ist, kann noch von einem sehr hohen Vorsorgeniveau ausgegangen werden.⁷³⁰

Daneben könnte die Anzahl der rechtmäßig wegen fehlender Kapazitäten zurückgewiesener Netznutzungs- und Anschlussbegehren sowie die Bearbeitungsdauer von Netzanschluss- und -zugangsbegehren mit in die Betrachtung einbezogen werden. Kommt der Netzbetreiber den daraufhin auferlegten Pflichten⁷³¹ nicht frist- und ordnungsgerecht nach, so muss er sanktioniert werden können:⁷³² Die Möglichkeiten des Bußgeldes oder der Zwangsreduzierung seines Netznutzungspreises sind problematisch, denn damit werden dem Unternehmen Mittel entzogen, welche besser zur Abhilfe von Mängeln eingesetzt würden – es besteht mithin die Gefahr, dass ein vom Eigentümer ausgezehrter Netzbetreiber erst recht in die Insolvenz getrieben würde. Ohnehin könnte damit nicht wirksam ein Auszehren des Unternehmens durch die Eigentümer verhindert werden. Vielmehr sollte die Ausschüttung von Gewinnen – falls vorhanden – von der Regulierungsinstitution in begründeten Fällen untersagt werden können, zum Beispiel wenn die Rücklagen zu niedrig werden, um unvorhergesehene Reparaturen oder absehbare Investitionen finanzieren zu können oder Mängel bei der Versorgungssicherheit auftreten. Sie sollten dann im Unternehmen für die Beseitigung der Mängel im Netzbetrieb verwendet werden müssen oder abgeschöpft werden können. Die Eigentümer können so nur bei der Erfüllung der gemeinwohlorientierten Verpflichtungen durch das Unternehmen profitieren und würden das Management des Netzbetreibers zu entsprechendem Handeln anhalten. Werden keine Gewinne ausgeschüttet – weil der Netzbetreiber z. B. ein öffentliches Unternehmen oder eine Nonpro-

⁷³⁰ Im Jahr 1999 lagen Versorgungsunterbrechungen pro Anschluss in Deutschland bei 15 Min., in Frankreich bei 57 Min., in England und Wales bei 63 Min. und in Italien bei 195 Min. Vgl. Brunekreeft, G./Tweleemann, S., Institutionelle Reformen und Versorgungswirtschaft: Status Quo und Perspektiven der deutschen Stromwirtschaft, in: ZfE 2004, S. 168. Im Jahr 2002 betrug die Unterbrechungsdauer pro Anschluss in Deutschland 15 Min., in Österreich 43 Min., in Frankreich 65 Min., in Großbritannien 85 Min., in Schweden 192 Min., in Italien 300 Min. und in Norwegen 315 Min. Vgl. o. V., Wenn das Licht ausgeht, in: ET 2004, S. 836.

⁷³¹ Vgl. Kutschke, G. et al., Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 140 f.

⁷³² Nach geltendem Recht können keine konkreten Anweisungen zu Neuinvestitionen durch die Regulierungsinstitution gegeben werden. Vgl. Baur, J. F., Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 322.

fit-Organisation ist –, so könnten dennoch erwirtschaftete über niedrigere Netznutzungspreise an die Endabnehmer zurückgegeben werden oder in Form von Rückstellungen im Unternehmen verbleiben. Die Rückstellungen sollten jedoch nicht größer sein als es beispielsweise für unvorhergesehene Ereignisse wie Naturkatastrophen sinnvoll ist. Größere Rückstellungen sollten nur für konkrete Neubauprojekte und Ersatzinvestitionen bestehen bleiben dürfen, welche der Netzbetreiber der Regulierungsinstitution gegenüber begründen sollte; letztere könnte sie dann über die Höhe der Preisvorgaben mittelbar steuern. Über dieses Maß hinausgehende Rückstellungen sollten im Lauf der Zeit durch entsprechend festgelegte Preisobergrenzen abgeschmolzen werden, damit Überkapazitäten weder erhalten noch erweitert werden können. Rückstellungen der Netzbetreiber bedürften deshalb einer regelmäßigen Überprüfung durch die Regulierungsinstitution. Ebenfalls muss der Netzbetreiber für von ihm zu verantwortende Stromausfälle von den Betroffenen in Regress genommen werden können. Die Beweislast sollte beim Netzbetreiber liegen, da er die Störungsursache leichter ermitteln kann und neben diesem Informationsvorsprung zudem in einer stärkeren Marktposition als der Netznutzer ist.

5.4.3 Marktregulierung bei Ausgleichsenergie

Ein weiteres Problem stellt die Vorhaltung und Lieferung von Regel- und Ausgleichsenergie⁷³³ dar: Hier kann es auf der Angebotsseite zu einem Engpass kommen, aus welchem den Betreibern von Spitzenlastkraftwerken eine erhebliche Marktmacht – bis hin zu einem temporären Monopol – erwachsen kann.⁷³⁴ Die Preise können in Knappheitssituationen die zur Deckung der Investitions- und Betriebskosten für Spitzenlastkraftwerke notwendigen Preise weit übersteigen. Zudem besteht die Gefahr von Marktmanipulationen durch künstliche Angebotsverknappung, was zum Beispiel in Kalifornien im Winter 2000/2001 wesentlich zum Zusammenbruch des Strommarktes beitrug.⁷³⁵ Ist der Netzbetreiber an seine Preise gebunden, so können ihm aus spekulativen Regelenergiepreisen enorme, nicht durch Netznutzungsentgelte deckbare Kosten entstehen, die im Extrem – wie in Kalifornien geschehen – bis zur Insolvenz führen können.⁷³⁶

Netzbetreiber können den Regelenergiemarkt nur bedingt beeinflussen, indem sie nach einer möglichst gleichmäßigen Netzauslastung trachten; hierfür sollten ihnen Instru-

⁷³³ Unter Regelenergie wird die Energie verstanden, welche zur Deckung der Differenz zwischen der geplanten und der tatsächlichen Entnahme vorab vom Netzbetreiber kontrahiert wird. Die davon tatsächlich benötigte Energiemenge bezeichnet man als Ausgleichsenergie. Vgl. *Rosin, P./Krause, M.* Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinie an eine ex-ante-Regulierung, in: ET-Special 9/2003, S. 21.

⁷³⁴ Vgl. zum Marktmachtpotential der deutschen Verbundunternehmen die Untersuchung von *Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A.*, Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: ZfE 2004, S. 3-18.

⁷³⁵ Vgl. *Joskow, P. L.*, California's Electricity Crisis, in: ORevEP 2001, S. 381 sowie *Borenstein, S./Bushnell, J. B./Wolak, F. A.*, Measuring Market Inefficiencies in California's Restructured Wholesale Electricity Market, in: AER 2002, S. 1377-1405.

⁷³⁶ Vgl. hierzu Abschnitt 3.2.2, ab S. 47.

mente wie lastabhängige Tarife oder Verträge mit Abschaltungsmöglichkeiten in Spitzenlastzeiten genauso erlaubt werden wie die Zahlung von Vergütungen statt Netznutzungsgebühren für netzentlastende Einspeisungen in Regionen und zu Zeiten hoher Entnahme.⁷³⁷ Ebenso sollten sie die Kosten der unerwarteten Beschaffung von Ausgleichsenergie den Netznutzern in Rechnung stellen dürfen, die erheblich von den vereinbarten Einspeise- und Entnahmefahrplänen abweichen.⁷³⁸ Das entbindet den Netzbetreiber nicht von der Pflicht, ein hinreichend großes Volumen an Reserveleistung über mittel- und längerfristige Optionsverträge vorzuhalten. Der Regelenergiebedarf sollte vom Netzbetreiber möglichst international ausgeschrieben oder über Strombörsen beschafft werden. Damit der Regelenergiemarkt und der Stromhandel über die Börse weniger engpassanfällig sind, müssten die Netze von ihren Betreibern stärker mit ausländischen Netzen verbunden werden;⁷³⁹ hierfür sollte die Regulierungsinstitution in Zusammenarbeit mit den Regulierungsbehörden angrenzender Staaten den Netzbetreibern den Bau von Interconnectoren vorschreiben können. Eine bessere Anbindung an ausländische Netze würde zudem den Markteintritt ausländischer Anbieter erleichtern und über ein größeres verfügbares Angebot nicht nur die Spitzenlastpreise senken.⁷⁴⁰

Dennoch verbleibt ein Restengpasspotential, das nicht von den Netzbetreibern beeinflusst werden kann: Spitzenlastkraftwerke zeichnen sich durch eine verhältnismäßig geringe Auslastung aus, weshalb die Investitionskosten viel stärker im Strompreis zu Buche schlagen als bei Grund- und Mittellastkraftwerken. Können wegen einer zu rigiden Preisregulierung für Ausgleichsenergie die Anlagen nicht amortisiert werden, so besteht kein Anreiz, solche überhaupt noch zu bauen – mit der Konsequenz, dass irgendwann zuwenig Regelenergie verfügbar ist. Die Investitionsbereitschaft erwacht erst wieder, wenn die Zahlungsbereitschaft für Ausgleichsenergie durch Stromausfälle und Spannungsinstabilitäten lukrative Höhen für Investoren erreicht. Infolgedessen besteht die Gefahr eines Überangebotes, das wiederum die Investitionsbereitschaft senkt und starke zyklische Schwankungen im Regelenergiemarkt befürchten lässt.⁷⁴¹ Deshalb sollte, falls sich durch die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB die Versorgung mit Regelenergie nicht zufriedenstellend gewährleisten lässt, eine – dann wohl kaum vermeidbare – Preisregulierung für Ausgleichsenergie vorgenommen werden können. Sie sollte wie für die Netze eine angemessene Ren-

⁷³⁷ Wie dies in England und Wales praktiziert wird. Vgl. o. V., Eckpunkte zur Ausrichtung des energierechtlichen Ordnungsrahmens auf Wettbewerb im Bereich der leitungsgebundenen Energieträger, in: ZNER 2003, S. 231. § 18 StromNEV sieht ebenfalls Vergütungen für netzentlastende dezentrale Einspeisungen vor, sofern sie nicht nach EEG oder KWKG ohnehin zu vergüten sind.

⁷³⁸ Vgl. Vossiek, P./Ketzler, T., Ergänzung der Verbändevereinbarung als Beitrag für eine schlanke Regulierungsinstanz, in: EW 1-2/2004, S. 32.

⁷³⁹ Vgl. Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A., Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: ZfE 2004, S. 17.

⁷⁴⁰ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 437, Tz. 1116 u. S. 4691, Tz. 219.

⁷⁴¹ Vgl. Börner, A.-R., Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 402.

dite und Refinanzierung der Anlagen zulassen. Unter diesen Voraussetzungen könnte als letztes Mittel auch den Netzbetreibern der Betrieb einiger weniger Spitzenlastkraftwerke erlaubt werden.

5.4.4 Folgen von Regulierungsentscheidungen

Die Beschlüsse und Entscheidungen sind von der Regulierungsinstitution bekannt zu geben (mit Widerspruchsrecht). Nach ihrem Inkrafttreten sollten sie der Transparenz halber veröffentlicht werden. Bei sofort wirksamen Entscheidungen (z. B. in Missbrauchsfällen) ist den betroffenen Parteien ein Einspruchsrecht einzuräumen, das den Vollzug der Entscheidung nicht hemmen darf.⁷⁴² Damit kann beispielsweise ein Stromerzeuger seinen Strom bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens in das Netz einspeisen und am Markt absetzen; eine Ausnutzung der Marktmacht hat somit keine irreparablen Folgen, wie zum Beispiel die Insolvenz, für die davon betroffene gegnerische Partei. Auch wenn er „post mortem“ Recht und eine Entschädigung zugesprochen bekäme und sein Gegner bestraft würde, wäre doch ein Konkurrent weniger im Markt.⁷⁴³ Andersherum muss eine Änderung oder Rücknahme einer Entscheidung dann rückwirkend zu ihrem vorläufigen Inkrafttreten wirken.⁷⁴⁴ Für den inzwischen erlangten Nutzen sollte eine Entschädigung⁷⁴⁵ geleistet werden müssen oder der erlangte Vorteil abgeschöpft⁷⁴⁶ werden können. Bei grundlegenden Beschlüssen und Entscheidungen (z. B. über die Ausgestaltung der Netznutzungsbedingungen oder zum Netzerhalt und -ausbau) sollte vor Inkrafttreten ein Einspruch innerhalb einer bestimmten Frist möglich sein. Die Einsprüche sollten ebenfalls innerhalb einer begrenzten Frist bearbeitet werden, um einer Verschleppung – von welcher Seite auch immer initiiert – keinen allzu großen Raum zu geben.

⁷⁴² Vgl. Koenig, C./Rasbach, W., Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, in: DÖV 2004, S. 736 f. Nach § 76 Abs. 1 EnWG 2005 entfalten Beschwerden gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung. Eine solche kann aber gemäß § 76 Abs. 2 EnWG 2005 durch Gerichtsbeschluss aufgehoben werden. Gleiches gilt für Anordnungen der Regulierungsbehörde zum Sofortvollzug nach § 77 Abs. 1 u. 2 EnWG 2005, die nach § 77 Abs. 3 EnWG 2005 nur per Gerichtsbeschluss ausgesetzt werden können.

⁷⁴³ In diesem Sinne z. B. Heuchert beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 64.

⁷⁴⁴ Vgl. Büdenbender, U., Entgeltregulierung: Rechtsschutz gegen regulierungsbehördliche Entscheidungen, in: ET-Special 2005, S. 37 f.

⁷⁴⁵ So gewährt § 32 EnWG 2005 Betroffenen einen Anspruch auf Schadenersatz.

⁷⁴⁶ Dies ist nach § 33 EnWG 2005 möglich.

5.5 Zuständigkeitsverteilung zwischen Regulierungsinstitution und anderen Wettbewerbsstellen

Nachdem das Aufgabenspektrum feststeht, bleibt noch zu klären, welche Stellen sie wahrnehmen sollen.⁷⁴⁷ Im Wesentlichen ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Aufgaben den allgemeinen Wettbewerbsbehörden (Kartellämter) oder einer sektorspezifischen Regulierungsinstitution übertragen werden. Des Weiteren wird die föderale oder zentrale Zuständigkeit für die Regulierung betrachtet, was auch die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen europäischen und nationalen Stellen einschließt.

5.5.1 Zuständigkeiten von Kartellbehörden und Regulierungsinstitution

Die Monopolkommission sprach sich gegen eine Übergabe der Regulierungsaufgaben an die Kartellbehörden aus. Sie begründete dies mit dem Argument, die eigentlichen wettbewerbspolitischen Aufgaben der Kartellbehörden würden durch die Regulierungsaufgaben überlagert werden. Der überwachende Ansatz des Wettbewerbsrechts könne von dem interventionistischen der Regulierung verdrängt werden.⁷⁴⁸ Wie die folgende Betrachtung der Zuständigkeitsverteilung für die in Abschnitt 5.3 behandelten einzelnen Aufgaben zeigen wird, müssen die Kartellbehörden nicht pauschal außen vor bleiben.⁷⁴⁹

Die Marktbeobachtung ist – insbesondere soweit sie die Regulierung des Netzes unterstützt – wegen der Synergieeffekte mit der ex-ante-Regulierung, am besten bei der regulierenden Stelle anzusiedeln; lediglich das Monitoring über die Tätigkeit der Regulierungsinstitution selbst ist einer unabhängigen Stelle wie beispielsweise der Monopolkommission zu übertragen. Das Monitoring und die ex-ante-Regulierung erfordern, wenn sie – wie oben in den Abschnitten 5.3.1 und 5.3.2 ausgeführt – einen funktionierenden Wettbewerb auf den dem Netz vor- und nachgelagerten Märkten bewirken sollen, eine permanente regulierende Aktivität der zuständigen Stelle. Diese geht – insbesondere wenn die Bedingungen und Preise von einer Regulierungsinstitution festgelegt werden – weit über die Aufgaben der Kartellbehörden hinaus, die – zumindest bislang – in erster Linie für die Erhaltung des Wettbewerbs auf nichtmonopolistischen Märkten zuständig sind.⁷⁵⁰ Darauf sind ihre Instrumente der Missbrauchs- und Fusionskontrolle zugeschnitten. Auch wenn der Personalbestand aufgestockt würde, müsste wahrscheinlich eine eigene Abteilung für Regulierungsaufgaben geschaffen werden.

⁷⁴⁷ Vgl. *Büdenbender, U.*, Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 7.

⁷⁴⁸ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376, Tz. 797. A. A.: *Böge, U./Lange, M.*, Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Lichte der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben, in: WuW 2003, S. 879 f.

⁷⁴⁹ Vgl. z. B. *Böge, U.*, Die wettbewerbliche Ordnung der Netzwirtschaften, in: N&R 2004, S. 45 f.

⁷⁵⁰ Vgl. *Becker, P./Riedel, M.*, Europarechtliche Mindestvorgaben für die Regulierung und die Schaffung nationaler Regulierungsbehörden mit Überlegungen zu einer möglichen Umsetzung in nationales Recht, in: ZNER 2003, S. 175, *Baur, J. F.*, Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 284 sowie *Schebstadt, A.*, Sektorspezifische Regulierung – Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung, in: WuW 2005, S. 8 f.

Die große Stärke der Kartellämter liegt denn auch in der Missbrauchskontrolle. Hier verfügen sie über einen umfangreichen, über Jahrzehnte erworbenen Erfahrungsschatz.⁷⁵¹ Demgegenüber spricht für eine sektorspezifische Regulierungsinstitution, dass sie sowohl mit den zusätzlichen, über das Wettbewerbsrecht hinausgehenden Regulierungsaufgaben befasst ist und durch das Monitoring über detailliertere und genauere Branchenkenntnisse verfügt; letztere müssten von den Kartellbehörden ebenfalls noch weitgehend erworben werden.⁷⁵² Umgekehrt können Erkenntnisse aus Missbrauchsverfahren zur Verfeinerung der Regulierung verwendet werden.⁷⁵³ Siedelt man zudem die Streitschlichtung zwischen Netznutzern und Netzbetreibern bei der Regulierungsinstitution an, so können im Rahmen dieser Verfahren aufgedeckte Missbräuche schneller und unbürokratischer geahndet werden. Nichtsdestoweniger ist eine Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden nicht nur wegen deren Erfahrungen zu befürworten; zumal die sektorspezifische Regulierung in erster Linie den nicht möglichen Wettbewerb im Netzmonopol kompensieren soll und deshalb nicht für den gesamten Elektrizitätsmarkt notwendig ist. Bei den vor- und nachgelagerten Märkten handelt es sich um wettbewerbstaugliche Märkte, für welche die Kontrolle durch die Kartellbehörden ausreichen dürfte. Allerdings sollte die Zuständigkeit und damit die Eingriffskompetenz nicht nur für das Netz bei der marktnäheren Regulierungsinstitution liegen, sondern auch die des Marktes für Regelenergie, von dem die Netznutzungspreise abhängen. Auf ihm können wegen des Spitzenlastproblems zumindest temporäre Monopole vorkommen, welche zu stark überhöhten Regelenergiepreisen zu Lasten der Netzbetreiber – und letztendlich der Endverbraucher – führen können. Die Kartellbehörden sollten aber sowohl miteinbezogen werden als auch Missbrauchsverfahren bei der Regulierungsinstitution anstrengen können.⁷⁵⁴ Auf den übrigen Marktstufen könnte umgekehrt verfahren werden. Das Problem der Doppelzuständigkeit für Klagen von Endabnehmern gegen missbräuchlich überhöhte Strompreise, bei denen das Netznutzungsentgelt ja nur ein Bestandteil ist,⁷⁵⁵ könnte ebenfalls gelöst werden, indem Regulierungsinstitution und Kartellbehörden – wie nach § 123 TKG oder § 57 und § 58 EnWG 2005 ohnehin vorgesehen – zusammenarbeiten müssen. Es sollte für den Endabnehmer unerheblich sein, wo er seine Beschwerde erhebt: Stellt eine der beiden Stellen fest, dass die andere teilweise oder ganz zuständig ist, so ist sie hinzuzuziehen bzw. das Verfahren an sie zu übergeben; in jedem Fall sollte sie informiert werden, damit nicht zwei Verfahren angestrengt oder Kartellbehörden und Regulierungsinsti-

⁷⁵¹ Vgl. Böge, U./Lange, M., Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Lichte der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben, in: WuW 2003, S. 879.

⁷⁵² Vgl. Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendler et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 409.

⁷⁵³ Vgl. Büdenbender, U., Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 10.

⁷⁵⁴ Vgl. Möschel, W., Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden, in: WuW 2002, S. 685 f.

⁷⁵⁵ Vgl. Säcker, F. J., Freiheit durch Wettbewerb. Wettbewerb durch Regulierung, in: ZNER 2004, S. 111 f.

tution gegeneinander ausgespielt⁷⁵⁶ werden können. So werden Doppelzuständigkeiten genauso vermieden wie eine Ausdehnung der Regulierungstätigkeit auf Felder wie die Versorgung von Endabnehmern oder die Stromerzeugung, die über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinreichend diszipliniert werden können. Durch die Zusammenarbeit können zudem die Potentiale beider Stellen genutzt werden.

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur soll an dieser Stelle jedoch nicht näher beleuchtet werden, da sie anders aufgebaut ist als die im folgenden Kapitel vorgeschlagene Regulierungsinstitution, in welcher die Akteursinteressen einbezogen werden sollen. Selbst wenn die Bundesnetzagentur ähnlich dieser Regulierungsinstitution ausgestaltet würde, sind die Akteursgruppen wegen der verschiedenen Branchen nur zum Teil identisch, so dass eine einzige Regulierungsinstitution für die verschiedenen Netzmonopole nur bedingt möglich ist, was eine Zusammenarbeit der Branchenregulierer allerdings nicht per se ausschließt: So wäre ein regelmäßiger Austausch von Personal, wie ihn die Monopolkommission zur Vermeidung des Capturing vorschlägt,⁷⁵⁷ durchaus denkbar.

5.5.2 Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesebene

Die Frage der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundes- und Landesebene hängt wesentlich mit der Marktstruktur und dem damit verbundenen Arbeitspensum für die Regulierung zusammen.⁷⁵⁸ Bei einer überschaubaren Zahl von Marktakteuren wird eine Stelle auch bei weitreichenden Kompetenzen die anfallenden Aufgaben erfüllen können. Bei derzeit rund 900 Netzbetreibern bietet sich möglicherweise eine Untergliederung der Regulierungsinstitution an: So könnten Netze, die ausschließlich innerhalb des Arbeitsgebiets einer regionalen Regulierungsinstitution liegen, deren Zuständigkeit unterfallen,⁷⁵⁹ während Netze, welche über diese Arbeitsgebiete hinausgehen, von der Bundesregulierungsinstitution betreut werden. So sind nach dem Energiewirtschaftsgesetz von 2005 Landesregulierungsbehörden für Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit weniger als 100000 Netzanschlüssen zuständig, sofern das Unternehmen nicht in mehreren Bundesländern Netze betreibt.⁷⁶⁰ Dies entspricht der Marktstruktur mit relativ wenigen überregionalen Unternehmen und vielen Regional- und Lokalversorgern. Allerdings können sich im Lauf der Zeit unterschiedliche Regulierungspraktiken herausbilden, die zu Marktverzerrungen und höheren Transaktionskosten bei den Netznutzern führen. Wenigstens für die ex-ante-Regulierung sollte aus

⁷⁵⁶ Vgl. *Ruhle, E.-O./Schuster, F.*, Lehren für die EnWG-Novelle – Parallelen und Erfahrungen aus der Regulierung der Telekommunikation, in: *ZfE* 2004, S. 127.

⁷⁵⁷ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 807, Tz. 798.

⁷⁵⁸ Vgl. *Theobald, C./Hummel, K.*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, in: *ZNER* 2003, S. 181.

⁷⁵⁹ Vgl. *Becker, P.*, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, in: *ZNER* 2004, S. 325.

⁷⁶⁰ Vgl. § 54 Abs. 2 EnWG 2005. Zur Bestimmung der Anzahl der Anschlüsse siehe Abschnitt 4.3.4.

diesem Grund nur eine Stelle zuständig sein.⁷⁶¹ Monitoring, Missbrauchskontrolle und Streitschlichtung könnten auf regionaler Ebene durchgeführt werden, doch wäre auch hier eine einzige Zuständigkeit der Regulierungskonsistenz und der höheren Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer förderlich und deshalb zu bevorzugen. Damit wäre auch ein Länderausschuss⁷⁶² überflüssig, wie er zur Abstimmung zwischen Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden vorgesehen ist und eine einheitliche Anwendung des Energierechts gewährleisten soll.⁷⁶³

5.5.3 Zuständigkeit für zwischenstaatliche Regulierungsangelegenheiten

Nach Art. 23 Abs. 10 Rl. 2003/54/EG ist die Regulierungsinstitution nur für Netze und deren Betreiber im jeweiligen Mitgliedsstaat zuständig. Für zwischenstaatliche Sachverhalte bleiben weiterhin die Europäische Kommission oder – im Rahmen der dezentralen Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts – die nationalen Kartellbehörden zuständig.⁷⁶⁴ Dennoch könnte die Regulierungsinstitution in ihrem Arbeitsgebiet die dezentrale Anwendung der Art. 81 und 82 EG und der VO 1228/2003/EG⁷⁶⁵ übernehmen⁷⁶⁶ – beispielsweise für die Nutzung inländischer Netze durch ausländische Stromversorger.⁷⁶⁷ Hier sollte ebenfalls – wie in § 57 EnWG 2005 vorgesehen – eine Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden und der Europäischen Kommission vorgesehen werden. In Fällen, welche die grenzüberschreitende Nutzung des Netzes eines Betreibers betreffen,⁷⁶⁸ ist zudem eine Zusammenarbeit mit den zuständigen ausländischen Stellen notwendig, die in der Gruppe europäischer Energieregulierer stattfindet.⁷⁶⁹

⁷⁶¹ Vgl. *Büdenbender, U.*, Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 14.

⁷⁶² Vgl. § 8 BNAG.

⁷⁶³ Vgl. § 60a EnWG 2005.

⁷⁶⁴ Vgl. § 50 GWB sowie Art. 5 VO 1/2003/EG. Siehe Hierzu auch *Baur, J. F.*, Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 280 f.

⁷⁶⁵ ABIEU L 176/2003 v. 15. 7. 2003, S. 1-10.

⁷⁶⁶ Vgl. § 56 EnWG 2005.

⁷⁶⁷ Vgl. *Säcker, F. J.*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, in: AöR 2005, S. 216 sowie *Säcker, F. J.*, Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht. Zum Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, in: RdE 2003, S. 306.

⁷⁶⁸ So betreiben die Vorarlberger Kraftwerke AG ein grenzüberschreitendes Netz in Westösterreich und Südwestbayern.

⁷⁶⁹ Vgl. Art. 9 VO 1228/2003/EG.

5.6 Die Ausgestaltung des weiteren Rechtswegs

Sowohl für Streitigkeiten zwischen Regulierungsinstitution und Netzbetreibern oder Netznutzern⁷⁷⁰ als auch für gescheiterte Streitschlichtungsverfahren bleibt noch die Frage der Ausgestaltung des weiteren Rechtswegs.

Die Streitschlichtung zwischen Netzbetreiber und Regulierungsinstitution sollte nicht wie jene zwischen Netzbetreiber und Netznutzer durch die Regulierungsinstitution selbst erfolgen, da sie hier selbst Partei ist.⁷⁷¹ Da die Regulierungsinstitution der öffentlichen Verwaltung zuordenbar ist, wären nach § 40 VwGO regelmäßig die Verwaltungsgerichte für Rechtsstreitigkeiten, die sich in Folge von Regulierungsentscheidungen mit den Netzbetreibern entzünden, zuständig. Demgegenüber unterfallen zivilrechtliche Streitigkeiten wie diejenigen zwischen Netznutzern und Netzbetreibern der ordentlichen Gerichtsbarkeit.⁷⁷² Unter diesen Umständen besteht insbesondere bei Missbrauchsfällen, die ähnliche Ursachen haben können wie Zivilklagen von Netznutzern gegen Netzbetreiber, die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen von Verwaltungs- und Zivilgerichten.⁷⁷³ Für die Ausgestaltung des Rechtswegs und die Wahl der Gerichtsbarkeit erscheint es deshalb empfehlenswert, parallele Zuständigkeiten für identische Sachverhalte zu vermeiden. Dies kann der Gesetzgeber erreichen, indem er die Zuständigkeit – wie bei Beschwerden gegen Entscheidungen der Kartellbehörden nach § 63 Abs. 4 GWB – den Zivilgerichten überträgt – in diesem Fall dem am Sitz der Behörde zuständigen Oberlandesgericht. Die Zuständigkeit der Zivilgerichte wurde bereits vielfach auch für Regulierungssachen gefordert,⁷⁷⁴ bevor sie mit der Novelle des Energiewirtschaftsgesetz 2005 den für den Sitz der Regulierungsbehörden zuständigen Oberlandesgerichten übertragen wurde.⁷⁷⁵ Gelegentlich wird dies auch abgelehnt: So sieht *Becker* den Weg über die Zivilgerichte kritisch.⁷⁷⁶ Er befürchtet

⁷⁷⁰ Netznutzer könnten beispielsweise Einwände gegen zu hohe, von der Regulierungsinstitution genehmigte oder gar festgesetzte Netznutzungspreisen vorbringen. Vgl. *Theobald, C./Hummel, K.*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2003, S. 180 f.

⁷⁷¹ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 409.

⁷⁷² Vgl. *Holznagel, B./Werthmann, C.*, Rechtswegsfragen im Rahmen der Reform des Energiewirtschaftsrechts, in: ZNER 2004, S. 17 u. 19.

⁷⁷³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376 f. Tz. 798 u. S. 403, Tz. 889 sowie *Wissmann, M.*, Zugangs- und Entgeltregulierung im Telekommunikationssektor – ein Modell für die Energiewirtschaft? In: ET-Special 9/2003, S. 27.

⁷⁷⁴ Neben *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 447 f. und *Theobald, C./Hummel, K.*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2003, S. 180 f. befürworten auch die Monopolkommission und das BMWA die alleinige Zuständigkeit der Regulierungsinstitution in Rechtsachen, die den Strommarkt betreffen. Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376 f. Tz. 798 u. S. 403 Tz. 889 und *BMWA (Hg.)*, Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), Berlin 31. 8. 2003, S. 56 f.

⁷⁷⁵ Vgl. § 75 Abs. 4 EnWG 2005.

⁷⁷⁶ Vgl. z. B. *Becker, P.*, Zum Rechtsweg gegen die Entscheidungen der REGTP: Ab ins Desaster? In: ZNER 2004, S. 130-133.

eine große Prozessflut gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde, die das ebenfalls für Klagen gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts zuständige OLG Düsseldorf weder personell noch fachlich bewältigen könne; ihr könne das zuständige Verwaltungsgericht (hier: VG Köln) besser Herr werden. Der Umfang dieser Flut hängt indes von der Anzahl der regulierten Unternehmen und der Breite des Regulierungsspektrums durch die Regulierungsbehörde ab. Danach lässt schon allein die Anzahl von derzeit rund 900 stromnetzbetreibenden Unternehmen eine erhebliche Prozessflut befürchten. Dieses Argument spricht für sich allein freilich weder für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte noch der ordentlichen Gerichte, sondern ist allenfalls als Indiz unzureichender Personalausstattung anzusehen, dem man – sofern überhaupt nötig – besser durch eine Aufstockung zuleibe rückt.

Vielmehr unterstreicht die potentielle Prozessflut die Notwendigkeit einer konfliktärmeren Ausgestaltung der Regulierung oder der Marktstruktur; letzteres könnte durch die Trennung des Netzbetriebs von der Einflussnahme unternehmensinterner Interessen aus anderen Versorgungsstufen erreicht werden. Die Anzahl der Rechtsstreitigkeiten wird sich daraufhin schon dadurch drastisch verringern, weil die Netzbetreiber nicht im Interesse anderer Versorgungsstufen innerhalb eines Unternehmens oder Konzerns zur Sicherung der Marktstellung oder deren Ausnutzung missbraucht werden können. Darüber hinaus lässt sich die Prozessflut eindämmen, wenn die Entflechtung mit einer starken Reduktion der Netzbetreiberzahl einhergeht.

*Holznagel/Werthmann*⁷⁷⁷ bemängeln überdies den nach § 71 Abs. 5 S. 1 GWB – dem § 83 Abs. 5 EnWG 2005 vom Wortlaut her entspricht – größeren Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts, welcher sich über Rechtmäßigkeitsfragen hinaus auch auf Zweckmäßigkeitsfragen der angefochtenen Entscheidungen erstreckt. Demgegenüber hatte allerdings der BGH in der Entscheidung „Fensterglas IV“ die Auffassung vertreten, die Entscheidungen der Kartellbehörden bedürften dieser stärkeren, über den verwaltungsgerichtlichen Umfang hinausgehenden Kontrolle.⁷⁷⁸

Neben der nach § 63 Abs. 4 GWB schon bestehenden Zuständigkeit der Zivilgerichte für Kartell- und Marktmachtmissbrauchsverfahren – und den dort zum Teil bereits schon vorhandenen umfangreichen Erfahrungen – spricht für deren allgemeine Zuständigkeit in Regulierungssachen die – wie bereits oben erwähnt und in der Regulierungsdiskussion gefordert⁷⁷⁹ – damit verbundene konsistentere Rechtsprechung. Dies wird in den unteren Instanzen noch keine so große Rolle spielen, da schon allein Streitigkeiten zwischen Netznutzern und Netzbetreibern zunächst an dem für den Sitz einer der Parteien zuständigen Gericht verhandelt werden dürften. Wird der Rechtsweg

⁷⁷⁷ Vgl. *Holznagel, B./Werthmann, C.*, Rechtswegsfragen im Rahmen der Reform des Energiewirtschaftsrechts, in: ZNER 2004, S. 18 f.

⁷⁷⁸ Vgl. BGH, E. v. 5. 2. 1968, KVR 1/67 = WuW/E BGH S. 907, 911 – Fensterglas IV.

⁷⁷⁹ Vgl. *Ruhle, E.-O./Schuster, F.*, Lehren für die EnWG-Novelle – Parallelen und Erfahrungen aus der Regulierung der Telekommunikation, in: ZfE 2004, S. 123, *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 447 f. sowie *Theobald, C./Hummel, K.*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2003, S. 180 f.

so ausgestaltet, dass alle Verfahren in letzter Instanz vor dem BGH verhandelt werden, so kommt spätestens dort der Vorteil der größeren Konsistenz in der Rechtsprechung durch einheitliche Zuständigkeit voll zum Tragen. Klagen gegen ex-ante-Verfügungen der Regulierungsinstitution sollten deshalb genausowenig unterhalb des Landgerichts angestrengt werden können wie Streitigkeiten zwischen Netznutzern und Netzbetreibern nach gescheiterter Schlichtung. Es ist sogar zu überlegen, ob nicht gleich – wie in der Energiewirtschaftsgesetznovelle von 2005 vorgesehen⁷⁸⁰ – das für den Sitz der Regulierungsinstitution zuständige Oberlandesgericht angerufen werden sollte, damit sich die Verfahrensdauer verkürzt.⁷⁸¹ Zumindest bei Missbrauchsentscheidungen und strittigen Streitschlichtungsfällen der Regulierungsinstitution, die als „quasi erstinstanzlich“ angesehen werden könnten,⁷⁸² wäre dies angebracht, aber auch für ex-ante-Vorgaben überlegenswert.

Wegen der größeren Einheitlichkeit der Rechtsprechung sollte für Streitigkeiten zwischen Netznutzer und Netzbetreiber der Gerichtsstand vom Sitz des Netzbetreibers abhängen; gegebenenfalls könnte hier – wie nach § 89 Abs. 1 GWB – einem Landgericht die Zuständigkeit für die Bezirke mehrerer Landgerichte übertragen werden. Das mag für den einzelnen Netznutzer zum Teil mit mehr Aufwand verbunden sein, allerdings entsteht im Lauf der Zeit mit zunehmender Anzahl der verhandelten Sachen ein Erfahrungsschatz über die Praktiken einzelner Netzbetreiber. Neben der Konsistenz in der Rechtsprechung dürfte damit auch die Effizienz der Verfahrensabwicklung zunehmen.

Neben der Festlegung der zuständigen Gerichtsbarkeit muss noch die Wirkung von Klageerhebungen auf die beteiligten Parteien bedacht werden. Es soll vermieden werden, dass allein durch das Einschlagen des Rechtswegs schwache Parteien von starken weiter geschwächt werden können. Es erscheint daher angebracht, dass Klagen der Netzbetreiber keine aufschiebende Wirkung entfalten, während Klagen auf Unterlassung gegen sie eine solche Wirkung entfalten sollten. Aus diesen Gründen sollte auch die Beweislast beim Monopolisten als der marktmächtigeren und besser informierten Partei liegen. Damit wird – wie nach § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB vom Bundeskartellamt bereits praktiziert⁷⁸³ – den Netzbetreibern die Möglichkeit für Verzögerungstaktiken eingeschränkt. Dennoch sind hier Grenzen einzuziehen:⁷⁸⁴ So sollten die Entscheidungen rückwirkend zum Termin der Klageerhebung gelten und nicht erst ab dem Datum, mit dem sie rechtskräftig werden. So kann weder der Netzbetreiber für in diesem Zeitraum erbrachte Vorleistungen ungerechtfertigt hohe Preise verlangen, noch die gegnerische

⁷⁸⁰ Vgl. § 75 Abs. 4 EnWG 2005.

⁷⁸¹ Vgl. *Holznagel, B./Werthmann, C.*, Rechtswegsfragen im Rahmen der Reform des Energiewirtschaftsrechts, in: ZNER 2004, S. 18.

⁷⁸² In diesem Sinne: *Bullinger, M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1361.

⁷⁸³ Vgl. z. B. *BKartA*, B. v. 17. 4. 2003, B11-40100-T-38/01 = ZNER 2003, S. 263-277, *BKartA*, B. v. 14. 2. 2003, B11-40100-T45/01 = ZNER 2003, S. 145-155 – TEAG.

⁷⁸⁴ Vgl. *Wissmann, M.*, Zugangs und Entgeltregulierung im Telekommunikationssektor – ein Modell für die Energiewirtschaft? In: ET-Special 9/2003, S. 27.

Partei die Geltungsdauer günstigerer Tarife im Fall einer gerechtfertigten Preiserhöhung zu ihren Gunsten verlängern. Damit keine unbilligen Härten die beteiligten Parteien entstehen, ist überdies auch eine möglichst kurze Verfahrensdauer anzustreben.

6 Die Akteursinteressen und ihre Institutionalisierung

Für eine möglichst objektive und wirksame Regulierung muss eine – nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 erforderliche – von den Interessen der relevanten Akteure unabhängige Regulierungsinstitution weder die beste noch die einzige Lösung darstellen. Vielmehr soll hier ausgehend von der positiven Theorie der Regulierung überprüft werden, ob alle relevanten Akteursgruppen in die Regulierungsinstitution gezielt einbezogen⁷⁸⁵ werden können und gerade dadurch – und unter geordneten Bedingungen – ein Wettbewerb der Interessen initiiert werden könnte, der ebenfalls zu den erwünschten Regulierungsergebnissen führen kann.⁷⁸⁶

Wenn sich unter geregelten Bedingungen die Interessengruppen im Wesentlichen selbst koordinieren und abstimmen müssen, könnte sich ihre Einflussnahme weniger schädlich auswirken als auf eine im Sinne der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 unabhängige oder vom Staat dominierte Regulierungsinstitution. Sind die Akteure offiziell in den Regulierungsprozess eingebunden, so bestehen für sie weniger Notwendigkeiten zur Vereinnahmung der Regulierungsinstitution oder deren Mitarbeiter. Allerdings sind bei der Ausgestaltung der Regulierungsinstitution Machtasymmetrien zwischen den Interessengruppen zu vermeiden. Ferner ist zu verhindern, dass Interessenvertreter aus individuellem Vorteilsstreben die Interessen ihrer Gruppe nicht angemessen vertreten (internes Capturing).⁷⁸⁷ Hierfür müssen zuverlässige Strukturen geschaffen werden, die Fehlentwicklungen – wie z. B. die Dominanz gut organisierter Gruppen – verhindern oder – besser noch – dafür unempfindlich sind.⁷⁸⁸ Damit eine effektive Regulierung gewährleistet werden kann, muss die Entscheidungsfindung – auch mit demokratischen Prinzipien – zu eindeutigen, nicht durch strategische Kompromisse verwässerbaren Ergebnissen führen.⁷⁸⁹ Diesem „Verhandlungsdilemma“ kann mit einer fein austarierten Verteilung der Sitze für die einzelnen Akteursgruppen entgegengewirkt werden, die keine dem Regulierungsziel zuwiderlaufenden Vetomöglichkeiten und Koalitionen erlaubt. Der Einfluss des Staates wird in diesem Fall relativ gering sein,⁷⁹⁰ muss jedoch bei der Rahmenregulierung⁷⁹¹ weiterhin stark bleiben.⁷⁹²

⁷⁸⁵ Mit einem ähnlichen Grund – der größeren Sachkompetenz der Marktakteure – wurde seinerzeit für den verhandelten Netzzugang argumentiert. Vgl. Möller, C., Aufgaben und Instrumente der Energieaufsicht im freien Markt, 2001, <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Presse/reden-und-statements,did=5250.html> (10. 11. 2005)

⁷⁸⁶ Vgl. Schmidt-Preuß, M., Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 262.

⁷⁸⁷ Vgl. Stigler, G. W., The Theory of Economic Regulation, in: BJ 1971, S. 3-21 sowie Gormley, W. T., The Politics of Public Utility Regulation, 1983, S. 140 f.

⁷⁸⁸ Vgl. Scharpf, F. W., Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: Héritier (Hg.), Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift 1993, S. 63 f. oder etwas drastischer: Popper, K. R., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 1957, S. 170.

⁷⁸⁹ Vgl. Büdenbender, U., Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, in: DÖV 2002, S. 383.

⁷⁹⁰ Vgl. Bonde, B., Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 88.

⁷⁹¹ Hiermit ist der Rechtsrahmen gemeint, innerhalb dessen sich die Regulierungsinstitution bewegen kann.

Zusätzlich kann die Regulierungsinstitution zu diesem Zweck noch einer externen Kontrolle unterworfen werden.⁷⁹³

Den Ausgangspunkt bildet ein Überblick über die wesentlichen Aspekte der positiven Theorie der Regulierung, in dem die Einflüsse und Wege der Einflussnahme durch Interessengruppen und Akteure auf die Regulierung beziehungsweise Regulierungsinstitutionen kurz vorgestellt werden. Daraufhin werden die möglichen relevanten Akteure mit ihrer Interessenslage vorgestellt und es wird diskutiert, welche von ihnen an einer Regulierungsinstitution beteiligt werden sollten. Daraufhin wird untersucht, welche dem Regulierungsziel abträglich wirkenden Koalitionen zwischen diesen Akteuren möglich sind. Diese Erkenntnisse fließen in den Aufbau und die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution ein. Dabei wird insbesondere betrachtet, welche Akteursgruppen mit welchem Stimmenanteil in der Regulierungsinstitution vertreten sein sollten. Neben Fragen der Konstitution der Regulierungsinstitution sind auch jene ihrer Kontrolle und Legitimation zu beantworten.

6.1 Ausgangspunkt: die positive Theorie der Regulierung

Die positive Theorie der Regulierung betrachtet das Verhalten der Regulierer und die Einflüsse, von denen dieses abhängt. Häufig wird bei natürlichen Monopolen eine Regulierungsinstitution (Regulierungsbehörde, Regulierer, Clearingstelle etc.) eingerichtet, welche sich der im vorigen Abschnitt erläuterten Regulierungsinstrumente bedient und die Missbrauchsaufsicht ausübt. Die Regulierer unterliegen dabei ihrerseits Einflüssen und Anreizen, die zu einem suboptimalen Regulierungsergebnis führen können. Im Folgenden wird die positive Theorie der Regulierung in den für die Arbeit relevanten Teilen kurz vorgestellt.

Eine Regulierung kann zum einen im Interesse einer Branche liegen, die damit ihren Absatz und Gewinn sichern will, oder zum anderen im Interesse der Kunden, welche vor dem Machtmissbrauch marktbeherrschender oder monopolistischer Unternehmen, wie zum Beispiel der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, insbesondere der Netzbetreiber, geschützt werden sollen.⁷⁹⁴ Nutznießer einer für sie günstigen Regulierung können entweder versuchen, direkt auf die Regulierungsinstitution oder über die verantwortlichen Politiker Einfluss zu nehmen. Daneben können sich auch die Eigeninteressen der Politiker und der Regulierungsinstitution auf die Regulierung auswirken.

Bei der Regulierung natürlicher Monopole kann zunächst davon ausgegangen werden, dass sie im Interesse des Gemeinwohls stattfindet. Doch stellen sich hier die Fragen,

⁷⁹² Vgl. Lütz, S., Politische Steuerung und die Selbstregelung korporativer Akteure, in: *Mayntz/Scharpf* (Hg.), *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, 1995, S. 189-193.

⁷⁹³ Vgl. Scharpf, F. W., Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: *Héritier* (Hg.), *Policy-Analyse - Kritik und Neuorientierung*, Politische Vierteljahresschrift 1993, S. 65 f u. 70.

⁷⁹⁴ Vgl. Newbery, D. M., *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, 2001, S. 140-142.

was das „Gemeinwohl“ ist und wer festlegt, was es beinhaltet.⁷⁹⁵ Diese Fragen werden in den seltensten Fällen per Volksabstimmung, sondern in der Regel von den Volksvertretern geklärt. Das kann dazu führen, dass das von den Volksvertretern definierte „Gemeininteresse“ mehr von politischen Überzeugungen⁷⁹⁶ und Interessen geprägt ist und Volkes Wille allenfalls über Kalküle zur Wählerstimmenmaximierung zum Tragen kommt.⁷⁹⁷ Des Weiteren kann sich die Aufmerksamkeit der Politiker gegenüber der Regulierungsinstitution im Laufe der Zeit wandeln, so dass hier – ähnlich wie für Konsumgüter – Lebenszyklen beobachtet werden können: Danach werden oftmals Regulierungsinstitutionen dann eingerichtet, wenn es politisch opportun ist.⁷⁹⁸ Die Regulierer beginnen zunächst mit großer Motivation, die mit zunehmender Erfahrung allmählich in Routine übergeht. Lässt dazuhin das Interesse der Politik an der Regulierungsinstitution und ihrer Arbeit nach – werden zum Beispiel Budget oder Zuständigkeiten begrenzt –, so kann die Motivation der Regulierer und damit die Qualität der Regulierungstätigkeit ebenfalls nachlassen.⁷⁹⁹ Die Adressaten der Regulierung können unter diesen Umständen ihre Informationsvorsprünge besser nutzen und durch gezielte Informationspolitik gegenüber der Regulierungsinstitution deren Arbeit zu ihren Gunsten beeinflussen. Mit zunehmender Unabhängigkeit vom Staat bzw. Parlament nimmt die Beeinflussbarkeit der Regulierungsinstitution durch Interessengruppen zu.⁸⁰⁰ Am Ende eines „Lebenszyklus“ rufen Missstände in der Regulierung die Politik wieder auf den Plan, die nun diesen Zuständen im Interesse der Wähler abhilft.⁸⁰¹

Die Regulierte Branche kann, um ihren Nutzen zu steigern,⁸⁰² auch versuchen, die Regulierungsinstitution über die Politiker zu vereinnahmen: Die Regulierten unterstützen Politiker bei Wahlen, z. B. finanziell oder auch politisch, in der Hoffnung, dass diese im Gegenzug zu ihren Gunsten auf die Regulierungsinstitution einwirken.⁸⁰³ Verfügen die Politiker über einen großen Einfluss auf die Regulierungsinstitution – beispielsweise durch Sanktionsmöglichkeiten –, so kann deren Bestand und der Umfang ihrer Kompetenzen davon abhängen, wie gut sie mit ihrer Arbeit die Interessen der Politik bedient. Die Entscheidungen werden sich dann mehr an dem Nutzen für die Politiker orientieren als an den ökonomischen Erfordernissen.⁸⁰⁴ Gibt es eine dominante Interes-

⁷⁹⁵ Vgl. *Mitnick, B. M.*, *The Political Economy of Regulation – Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*, 1980, S. 359.

⁷⁹⁶ Vgl. *Nowell, C./Tschirhart, J.*, *Testing Theories of economic Behaviour*, in: *RevIO* 1993, S. 664 f.

⁷⁹⁷ Vgl. *Müller, J./Vogelsang, I.*, *Staatliche Regulierung*, 1979, S. 113.

⁷⁹⁸ Vgl. *Mitnick, B. M.*, *The Political Economy of Regulation – Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*, 1980, S. 45 f.

⁷⁹⁹ Vgl. *Kahn, A.*, *The Economics of Regulation – Principles and Institution*, 1988, S. 13.

⁸⁰⁰ Vgl. *Gormley, W. T.*, *The Politics of Public Utility Regulation*, Pittsburgh 1983, S. 140 f.

⁸⁰¹ Vgl. *Bonde, B.*, *Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft*, 2002, S. 96.

⁸⁰² Beispielsweise durch Festsetzung überhöhter Preise etc.

⁸⁰³ Vgl. *Stigler, G. W.*, *The Theory of Economic Regulation*, in: *BJ* 1971, S. 3-21.

⁸⁰⁴ Vgl. *Weingast, B. R.*, *The Congressional-Bureaucratic System: A Principal Agent Perspective*, in: *Public Choice* 1984, S. 147-191, sowie *Weingast, B. R./Moran, M. J.*, *Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory policymaking by the Federal Trade Commission*, in: *JPE* 1983, S. 768 f. und *Steunenberg, B.*, *Regulatory Policymaking in a Parliamentary Setting*, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 1994, S. 51.

sengruppe (meist die Nutznießer der Regulierung, z. B. die regulierten Unternehmen oder Regulierungsadressaten), so kann sie die Regulierungsinstitution für sich vereinnahmen; man spricht hier von Capturing.⁸⁰⁵

Die Regulierungsadressaten sind nicht die einzige Interessengruppe, die nach Einfluss auf die Regulierung trachtet, damit sie ihnen nutzt. So können die Kunden der regulierten Unternehmen ebenfalls nach Einfluss auf die Regulierung trachten, was dann – anders als bei nur einer Interessengruppe – zu einer Aufteilung der Wohlfahrt zwischen diesen führt.⁸⁰⁶ Im Grunde geht es bei der Regulierung von natürlichen Monopolen um die Verteilung der Monopolrente auf die verschiedenen Interessengruppen. Insofern kann von einem Markt für Regulierung gesprochen werden, bei dem diese Gruppen versuchen, einen möglichst hohen Anteil an der zu verteilenden Rente zu erlangen. Die Interessengruppen stehen miteinander in einem Wettbewerb, der verhindern dürfte, dass – wie beim Capturing – eine einzelne Gruppe die Regulierung zu ihren Gunsten vereinnahmt. Hierbei spielt weniger die Größe der Gruppe die entscheidende Rolle, sondern deren Fähigkeit, politischen Druck auszuüben.⁸⁰⁷ Allerdings sind hier auch Absprachen zwischen Gruppen (insbesondere bei gleicher Interessenslage) denkbar, wenn daraus für alle „Kartellmitglieder“ ein höherer Nutzen zu erwarten ist.

Im Vorteil sind Gruppen, die sich gut organisieren lassen. Dies gilt insbesondere, je kleiner die Gruppen sind, je dauerhafter ihre Interessen sind und je mehr sich eine Mitgliedschaft in einer organisierten Gruppe lohnt. Die Aufwendungen der Einflussnahme fallen umso höher aus, je stärker andere Gruppen gegenläufige Interessen verfolgen.⁸⁰⁸ Schwächere Gruppen können deshalb ihre Interessen weniger gut durchsetzen, was bei diesem Wettbewerb zwischen den Interessengruppen zu Machtasymmetrien führen kann, welche mächtigen Gruppen einen stärkeren Einfluss auf die Regulierung ermöglichen als schwächtigen.⁸⁰⁹ Aufgrund dessen kann der Markt für Regulierung versagen. Es sind deshalb Vorkehrungen zu treffen, damit es auch hier zu keiner „Marktverzerrung“ kommt.

Die Interessengruppen werden ihre Ziele – sofern sie nicht direkt auf die Regulierungsinstitution einwirken können – hauptsächlich über eine gezielte Informationspolitik verfolgen. Sie werden den Politikern oder den Medien Informationen aufbereiten und zur Verfügung stellen, die sonst nicht oder nur mit erheblichem Aufwand beschafft werden können. Werden den Interessen dieser Gruppen abträgliche Informationen bagatellisiert oder vorenthalten, so kann dies die öffentliche Meinungsbildung zusätzlich zu ihren Gunsten beeinflussen.⁸¹⁰ Gut organisierte starke Gruppen können überdies ih-

⁸⁰⁵ Vgl. *Gormley, W. T.*, *The Politics of Public Utility Regulation*, 1983, S. 143.

⁸⁰⁶ Vgl. *Peltzman, S.*, *Toward a More General Theory of Regulation*, in: *JLE* 1976, S. 211-240.

⁸⁰⁷ Vgl. *Bartelt, G.*, *Regulatorische Marktinterventionen – Ansätze zu einer Theorie regulatorischer Marktinterventionen als Grundlage zur Beurteilung ihrer Effizienz*, 1989, S. 163.

⁸⁰⁸ Vgl. *Peltzman, S.*, *Toward a More General Theory of Regulation*, in: *JLE*, 1976, S. 213.

⁸⁰⁹ Vgl. *Becker, G. S.*, *A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence*, in: *QJE* Vol. 98, 1983, S. 371-400 sowie *Becker, G. S.*, *Public Policies, Pressure Groups and Dead Weight Costs*, in: *JPE* Vol. 28, 1985, S. 329-347.

⁸¹⁰ Vgl. *Martz, T.*, *Interessengruppen und Gruppeninteressen in der Demokratie*, 1990, S. 155-158.

re Macht zum Beispiel durch Streiks oder Boykott(aufrufe) direkt demonstrieren.⁸¹¹ Bei Gütern oder Dienstleistungen, von denen die Bevölkerung in hohem Maß abhängig ist, können insbesondere Inhaber von Monopolen aber auch marktmächtige Versorgungsunternehmen ihre Marktstellung ausnutzen, um Druck auf die Regulierer aufzubauen. Diese Voraussetzungen sind in der Elektrizitätsversorgung bei den Netzbetreibern und den großen Erzeugungsunternehmen gegeben. Sie können z. B. androhen, weitere Investitionen in ihre Infrastruktur zu unterlassen, was die Versorgungssicherheit gefährdete. Können möglicherweise wegfallende Kapazitäten nicht rechtzeitig ersetzt werden – sei es aus Kosten- oder Zeitgründen –, so kann die Regulierungsinstitution gezwungen sein, den Unternehmen im Rahmen von Verhandlungen günstigere Konditionen einzuräumen.⁸¹² Allerdings steigt bei allzu eklatanten Ungleichgewichten der Anreiz benachteiligter Gruppen zur Gegenwehr, die – eine entsprechende Organisierbarkeit vorausgesetzt – zu einer Abschwächung des Einflusses mächtiger Gruppen führen kann.⁸¹³ Angesichts der enormen Unterschiede in der Organisierbarkeit der Gruppen bleibt freilich fraglich, wie weit dieser Gegeneffekt den nötigen Ausgleich schaffen kann; dieser dürfte zudem noch mit einer Zeitverzögerung greifen und womöglich zu zyklischen Schwankungen der Machtverhältnisse mit höheren Transaktionskosten für alle Beteiligten führen.

Neben den Einflüssen der verschiedenen Interessengruppen kann auch die Regulierungsinstitution eigene Interessen verfolgen. Es liegt ein Prinzipal-Agent-Verhältnis zwischen ihr als „Agent“ und dem Parlament/Staat als „Prinzipal“ vor. Hier können ähnliche Interessengegensätze auftreten wie im Verhältnis zwischen Verwaltung und Politikern (oder den regulierten Unternehmen und der Regulierungsinstitution). Deshalb werden die Eigeninteressen der Regulierungsinstitution hier ebenfalls betrachtet, obwohl sie kein Akteur im Sinne eines Marktteilnehmers ist.⁸¹⁴ Die Regulierungsinstitution kann Informationsasymmetrien zwischen ihr und den Politikern nutzen, um ihren Arbeitsaufwand über Gebühr zu minimieren oder Abweichungen vom Regulierungsziel zugunsten Dritter zu kaschieren.

Je nachdem, wie die Machtverhältnisse zwischen den Interessengruppen ausgestaltet sind, kann die Interessenlage der Regulierungsinstitution variieren: Sie kann mehr im Sinne der regulierten Industrie (hier: Netzbetreiber/vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen)⁸¹⁵, der Kunden der regulierten Unternehmen oder der Wählerstimmen maximierenden Politiker agieren. Legt man eine nutzenmaximierende Regulierungsinstitution zugrunde, wird sie den Nutzen ihres Wohlverhaltens gegenüber

⁸¹¹ Vgl. Klump, R., Einführung in die Wirtschaftspolitik, 1992, S. 172.

⁸¹² Vgl. Scarpa, C., Regulation as a Bargaining Process: Negotiation Over Price and Cost-reducing Investments, in: OEP 1994, S. 357-365.

⁸¹³ Vgl. Hägg, P. G., Theories on the Economics of Regulation: A Survey of the Literature from an European Perspective, in: EJLE 1997, S. 337-370.

⁸¹⁴ Vgl. Hirshleifer, J., Comment, in: JLE 1976, S. 241-244

⁸¹⁵ Was übrigens einen weiteren Grund zur Trennung des Netzbetriebs und möglichst auch des Eigentums von anderen Marktstufen darstellt.

dem Staat als Prinzipal und der von ihr regulierten Industrie maximieren wollen.⁸¹⁶ Dabei hängt das Verhalten – und damit die Objektivität der Regulierungsinstitution – von ihrer Position gegenüber den jeweiligen Gruppen ab.⁸¹⁷ Nur wenn alle Interessengruppen gleichermaßen einflussreich sind, kann ein ausgewogenes Ergebnis zustande kommen. Wie bei der Verwaltung wird das Handeln der Regulierungsinstitution durch den Selbsterhaltungstrieb und die Erreichung des formalen Regulierungsziels bestimmt. Diese beiden Verhaltensanreize können sich gegenseitig verstärken, oder abschwächen.⁸¹⁸

6.2 Die relevanten Akteure und ihre Interessen

Die relevanten Akteure lassen sich grob in folgende Gruppen unterteilen:⁸¹⁹ Energieversorgungsunternehmen, Stromendabnehmer und der Staat bzw. die öffentliche Hand als Gewährleistungsträger für eine funktionierende flächendeckende Energieversorgung. Wegen unterschiedlicher Interessenslagen bei der Netznutzung ist besonders in der Gruppe der Energieversorgungsunternehmen eine weitere Unterscheidung zwischen Netzbetreiber(n) und Netznutzern (Erzeuger und Stromhändler) angebracht. Die Endabnehmer können in Sonder- und Tarifkunden, Klein- und Großabnehmer oder gewerbliche und private Stromabnehmer unterteilt werden. Bei der öffentlichen Hand kann zwischen gewählten Mandatsträgern (Politikern) und der öffentlichen Verwaltung differenziert werden. Ferner sind noch externe Experten hinsichtlich einer Beteiligung in der Regulierungsinstitution zu betrachten.

6.2.1 Elektrizitätsversorgungsunternehmen

6.2.1.1 Netzeigentümer und -betreiber

Für Netzbetreiber bestehen aufgrund der Monopoleigenschaft des Stromnetzes sehr starke Anreize zum Missbrauch ihrer Marktmacht. Sie können ihren Gewinn maximieren, indem sie mittels Cournotpreisen Monopolrenten erzielen und das Netz nur minimal warten.⁸²⁰ Können Monopolgewinne nicht aus dem Unternehmen an seine Eigentümer transferiert werden, besteht die Gefahr, dass statt dessen durch den Averch-Johnson-Effekt⁸²¹ Ineffizienzen auftreten. In diesem Fall werden zwar keine Monopolgewinne ausgewiesen, dafür entstehen durch eine zu große Redundanz unnötig hohe

⁸¹⁶ Vgl. *Evans, L./Garber, S.*, Public Utility Regulators Are Only Human: A Positive Theory of Rational Constraints, in: AER Vol. 78 1988, S. 444-462.

⁸¹⁷ Vgl. hierzu *Eckert, R. D.*, On the Incentives of Regulators: The Case of Taxicabs, in: Public Choice, Vol. 93 1973, S. 83-99 sowie *Hirshleifer, J.*, Comment, in: JLE 1976, S. 241-244.

⁸¹⁸ Vgl. *Bohme, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 432.

⁸¹⁹ Vgl. *Hermes, G.*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 435 f.

⁸²⁰ Siehe hierzu Abschnitt 2.1.2 ab S. 25.

⁸²¹ Vgl. *Averch, H./Johnson, L. L.*, Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint, in: AER 1962, S. 1052-1062.

Netzbau-, Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten. Nach der Liberalisierung des deutschen Strommarktes missbrauchten ehemalige Gebietsmonopolisten das Netzmonopol zur Verteidigung ihrer „angestammten“ Marktposition gegenüber der nun auftretenden Konkurrenz. Sie bedienten sich umfangreicher Missbrauchs- und Behinderungspraktiken,⁸²² die sich mit der Erzielung von Monopolrenten des *Netzbetreibers* allein nicht erklären lassen, sondern eher mit der Sicherung der Marktposition der integrierten netzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen zusammenpassen, wie z. B. Schikanen beim Wechsel von Endverbrauchern zu einem anderen Lieferanten, der mit dem netzbetreibenden Unternehmen im Wettbewerb steht; für sie besteht kein Anlass, ihr Netz Konkurrenten auch nur zu annähernd wettbewerbsähnlichen Bedingungen und Preisen zur Verfügung zu stellen.⁸²³ Dies gilt selbst bei den weitreichenden Entflechtungserfordernissen der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie: Solange die Führungskräfte aus einem Verhalten im Konzern- oder Unternehmensinteresse einen Nutzen (z. B. bessere Karrierechancen) ziehen können, werden sie sich auch ohne Absprachen mit den Eignern des Netzbetreibers in deren Sinne verhalten.⁸²⁴

Sofern das Netz wegen Entflechtungsgeboten nicht vom Eigentümer betrieben werden kann, muss streng genommen zwischen Netzeigentümer und -betreiber unterschieden werden. Der Eigentümer wird in diesem Fall danach trachten, vom Betreiber eine möglichst hohe Vergütung für die Überlassung des Netzes zum (z. B. Pachtzins) oder dem Verkauf des Netzes zu erhalten. Der Betreiber wird hingegen seinerseits einen möglichst hohen Gewinn erwirtschaften wollen. Bei gewinnabhängigen Pachtzahlungen besteht ebenfalls, wie z. B. bei kostenorientierten Netznutzungsentgelten, die Gefahr von Ineffizienzen aufgrund des Averch-Johnson-Effekts, weil der Netzbetreiber damit die Pacht verringern kann.

Abgesehen von ihren Interessen als Monopolisten bevorzugen die Netzbetreiber eine möglichst gleichmäßige und hohe Netzauslastung bei geringen Spannungsschwankungen. Sie minimiert – auch im Interesse der anderen Akteure – die Kosten des Netzausbaus und der -nutzungscoordination. Diese Kosten können durch die Verfügbarkeit günstiger Regelernergie weiter gesenkt werden. Ferner sind die Netzbetreiber eher an dicht besiedelten Versorgungsgebieten interessiert, da diese sich wesentlich einfacher und kostengünstiger bewirtschaften lassen; mithin gibt es weniger lange Stichleitungen für vereinzelt Abnehmer; solche Dichtevorteile können in Leitungslänge pro Abnehmer oder der durchschnittlichen Abnehmerzahl auf eine bestimmte Längeneinheit ausgedrückt werden.

⁸²² Ein Überblick über die Behinderungspraktiken beim Netzzugang findet sich bei *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 396-404, insbes. die tabellarische Übersicht auf S. 398.

⁸²³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 69 f., Tz. 246.

⁸²⁴ Vgl. *Beisheim, C. E.*, Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 27 f.

6.2.1.2 Desintegrierte Stromerzeuger

Für desintegrierte Stromerzeuger ist ein möglichst einfacher und kostengünstiger Zugang zu einem flächendeckenden gut ausgebauten Netz essentiell. Die Anschluss- und Einspeisungsmodalitäten müssen klar, verbindlich und nachvollziehbar sein.⁸²⁵

Erzeuger, die in Engpasszeiten noch über freie Erzeugungskapazitäten verfügen, besitzen eine große Marktmacht, wenn nur sehr wenig Kraftwerksleistung verfügbar ist, mit der unerwartet auftretende Differenzen zwischen dem geplanten und dem tatsächlichen Lastfluss ausgeglichen werden können.⁸²⁶ Wissen sie, dass gerade ihr Strom dringend benötigt wird, so besteht für sie in solchen Zeiten unelastischer Nachfrage und geringer Angebotselastizität ein Anreiz zu Hold Up: Die Erzeuger können dann – sofern sie keinen Beschränkungen unterliegen⁸²⁷ – den Strompreis diktieren.⁸²⁸ Da derzeit die Regenergie in Deutschland in den allermeisten Fällen von den vier großen Verbundunternehmen erzeugt wird,⁸²⁹ geht von den desintegrierten Stromerzeugern diese Gefahr (noch) nicht aus. Im Gegenteil: Würden neue Anbieter mit Spitzenlastkraftwerken in den Markt eintreten, verringerten sich die Möglichkeiten des Hold Up. Das Regenergieproblem kann zudem entschärft werden, indem alle Betreiber von Stromerzeugungsanlagen die Daten über die Verfügbarkeit und Auslastung ihrer Anlagen fortlaufend veröffentlichen. Dieses Verfahren ist in Skandinavien üblich und erprobt: Dort veröffentlichen die Erzeuger jeweils die aktuellen Daten für alle Viertelstundenblöcke der nächsten 24 Stunden.⁸³⁰ Eine weitere Entspannung des Problems liegt in einem stärkeren innereuropäischen Stromhandel, für den freilich noch die begrenzte Kapazität und Anzahl der Transitleitungen und Übergabestationen an den Grenzen ausgebaut werden müssten.

6.2.1.3 Desintegrierte Stromhändler

Als neue Marktakteure und Hoffnungsträger für den Wettbewerb auf dem Strommarkt benötigen desintegrierte Stromhändler wie auch unabhängige Erzeuger Planungs- und Rechtssicherheit, damit sie überhaupt die ihnen zugedachte Rolle für das Zustande-

⁸²⁵ Vgl. z. B. die Forderungen des Bundesverbands Neuer Energieanbieter (BNE). Abrufbar unter: <http://www.neue-energieanbieter.de/bne/forderungen/index.html> (10. 11. 2005).

⁸²⁶ Vgl. zur Marktmacht der ehemaligen Verbundunternehmen in Deutschland *Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A.*, Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: *ZfE* 2004, S. 3-18 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“ – 2002/2003 – BT-Drs. 15/3610, S. 525, Tz. 1116.

⁸²⁷ Das können Preisobergrenzen oder Regressmöglichkeiten bei Stromausfällen sein.

⁸²⁸ Vgl. *Kumkar, L.*, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, 2002, S. 24 f., *Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A.*, Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: *ZfE* 2004, S. 15-17 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72 f., Tz. 255.

⁸²⁹ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 73, Tz. 256.

⁸³⁰ So z. B. *M. Wagemann* beim Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. *Immenga et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 108 f.

kommen eines funktionierenden Wettbewerbs in der Stromversorgung ausfüllen können.⁸³¹ Für sie sind der einfache Zugang zu einem möglichst flächendeckendem Netz, das ihnen viele potentielle Kunden erschließt, sowie diskriminierungsfreie Netznutzungsbedingungen, der leichte Anbieterwechsel für die Endabnehmer und günstige Netznutzungstarife wichtig.⁸³² Genau weil dies bislang nicht der Fall war, schieden die meisten Stromhandelsunternehmen bereits wieder aus dem Markt aus.⁸³³

Die Strombörse kann ebenfalls dem Stromhandel zugerechnet werden, auch wenn sie – abgesehen von ihrer Eigenschaft als Stromabnehmerin zur Deckung ihres Eigenbedarfs – nicht unmittelbare Netznutzerin ist: Sie dient als Marktplatz zwischen den Erzeugern und dem Stromhandel und hat mit der Netznutzung, die zur Erfüllung der Börsengeschäfte zwischen Anbietern und Nachfragern notwendig wird, selbst nichts zu tun; sie müsste als mittelbarer Akteur deswegen nicht unbedingt an der Regulierungsinstitution beteiligt werden. Dennoch ist ihr ein großes und dauerhaftes Interesse an einem starken Wettbewerb auf dem Strommarkt zu unterstellen, denn das Handelsvolumen an der Strombörse dürfte mit der Wettbewerbsfreundlichkeit der Ausgestaltung der Netznutzung korrelieren. Aus diesem Grund ist sogar anzunehmen, dass sie über die Gruppe des Stromhandels in der Regulierungsinstitution wettbewerbsfördernd wirkt.

Für Stromhändler bestehen ebenfalls Anreize, auf Liefer- und Netzengpässe zu spekulieren, solange die Gewinne die erhöhten Netznutzungskosten decken. Dieser Anreiz dürfte womöglich etwas schwächer sein als bei den Erzeugern, da der desintegrierte Handel nicht direkt über die Erzeugungsanlagen verfügt.

Sowohl die neu in den Markt eintretenden Erzeuger als auch Stromhändler fordern mit der Liberalisierung bezweckten Wettbewerb ein⁸³⁴ und werden sich – zumindest solange sie davon profitieren – für dessen Zustandekommen in der Regulierungsinstitution einsetzen.

6.2.1.4 Vertikal integrierte Versorgungsunternehmen

Unternehmen, die auf mindestens zwei Stufen der Wertschöpfungskette „Erzeugung – Transport – Handel“ tätig sind, werden als vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen bezeichnet. In Deutschland trifft dies in der Regel auf die ehemali-

⁸³¹ So z. B. das Vorstandsmitglied der Wintershall AG *K. Heuchert* beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. *Immenga et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 56.

⁸³² Vgl. z. B. die Forderungen des Bundesverbands Neuer Energieanbieter (BNE). Abrufbar unter: <http://www.neue-energieanbieter.de/bne/forderungen/index.html> (10. 11. 2005).

⁸³³ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 69, Tz. 243.

⁸³⁴ So z. B. *K. Heuchert* beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002; zit. n. *Immenga, et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 47 sowie *Tschischwitz, H.*, Netzzugang und Netznutzung: Die Probleme aus Sicht eines Energiehändlers, in: *Schwintowski (Hg.)*, Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf Energiemärkten, 2003, S. 79-87.

gen Gebietsversorger zu, die zumeist auch Netzeigentümer sind. Sie sind häufig Kapitalgesellschaften, die sich ganz oder teilweise in Privateigentum befinden. Unterstellt man ihnen als gewinnmaximierenden Wirtschaftssubjekten ein einigermaßen rationales Verhalten, so werden sie als Netzbetreiber das damit einhergehende Monopol nutzen, um ihr Unternehmensergebnis zu verbessern,⁸³⁵ sei es kurzfristig, indem sie Gewinneinbußen auf vor- und nachgelagerten Teilmärkten mit überhöhten Netznutzungspreisen⁸³⁶ ausgleichen (unternehmensinterne Quersubventionierung) oder langfristig, indem sie danach trachten, potentielle Konkurrenten durch ungünstig ausgestaltete Netznutzungsbedingungen⁸³⁷ zu marginalisieren oder aus dem Markt zu drängen (Marktmachtmissbrauch); zumal das Diskriminierungsverbot im Energiewirtschaftsgesetz diese Praxis nicht zu verhindern vermag,⁸³⁸ bei der vertikal integrierte Netzbetreiber konzernfremden Netznutzern das Netz nicht zu ungünstigeren Bedingungen zur Verfügung stellen dürfen als konzerneigenen Netznutzern. Damit können die vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen den Referenzmaßstab zur Kontrolle der Angemessenheit ihrer Netznutzungsbedingungen genauso selbst beeinflussen wie die Qualitätsmaßstäbe bei der Ausschreibung von Regelenergie⁸³⁹, was dem Missbrauch ihrer Marktstellung noch Vorschub leistet.⁸⁴⁰ Dazu können gegenüber den Konkurrenten Informationsvorteile über Lastflüsse, Kraftwerksverfügbarkeiten und -einsatz sowie Netzengpässe gezielt mitverwendet werden.⁸⁴¹ Bislang zeigten in Deutschland meisten vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen kein besonderes Interesse am Wettbewerb. Vielmehr versuchen sie den Wettbewerb solange wie möglich zu verhindern.⁸⁴² Das erklärt zumindest teilweise das Desinteresse an der Entflechtung, das je nach Entflechtungstiefe bis hin zur kategorischen Ablehnung die-

⁸³⁵ Vgl. Haas, R., Regulierung und Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich: Eine kritische Analyse, in: ZfE 2002, S. 121 f.

⁸³⁶ Darunter fallen auch überhöhte Preise für Regelenergie und Messdienstleistungen. Vgl. Just, C., Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 72 f. mit einem Überblick über die Behinderungspraktiken der integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen und die daraus hervorgegangenen Verfahren vor dem BKartA und dem OLG Düsseldorf.

⁸³⁷ Indem z. B. Netznutzungsbegehren schleppend bearbeitet werden, Wechselgebühren erhoben werden, Sicherheitsleistungen für jeden belieferten Kunden hinterlegt werden müssen oder für die Belieferung notwendige Daten nicht, unvollständig oder nur schleppend dem Netznutzungspetenten zu Verfügung gestellt werden. Eine Übersicht über die Praktiken findet sich bei Bohne, E./Frenz, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendlar et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 396-404, insbes. S. 398 (Übersicht).

⁸³⁸ Das Diskriminierungsverbot war bislang in § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 1998/2003 enthalten und findet sich nun in § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG 2005 wieder.

⁸³⁹ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 254.

⁸⁴⁰ Vgl. Hermes, G., Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 455.

⁸⁴¹ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 73, Tz. 256.

⁸⁴² Vgl. Leprich, U., Stromwettbewerb durch Regulierung, S. 6, www.izes.de/downloads/stromwettbewerb.pdf (16. 4. 2003) sowie Monopolkommission (Hg.), XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 450, Tz. 1161 f.

ser Maßnahme reicht.⁸⁴³ Ähnliches gilt für den Bau und Ausbau von Interconnectoren mit ausländischen Hochspannungsnetzen: Je geringer die Kapazität dieser Verbindungsstellen, umso weniger ist mit Konkurrenz aus dem Ausland zu rechnen.⁸⁴⁴

Für integrierte Versorger ohne Netz können mit Blick auf die Regulierung des Netzmonopols weitgehend die Interessen der Erzeuger und des Handels unterstellt werden. Bei großen oder marktmächtigen Unternehmen besteht die Gefahr einer künstlichen Angebotsverknappung.⁸⁴⁵ Diese Praxis wurde in Kalifornien angewandt: Durch unternehmensinterne Lieferverträge wurden die Preise für Regelenergie in die Höhe getrieben und Netzengpässe geschaffen, die es tatsächlich nicht gab.⁸⁴⁶

6.2.1.5 Arbeitnehmer der Elektrizitätsversorgungsunternehmen

Die Arbeitnehmer der Elektrizitätsversorgungsunternehmen können verschiedenen Interessengruppen zugeordnet werden: den Endabnehmern (i. d. R. als Kleinabnehmer), dem Staat (als Bürger) und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen als Beschäftigte. Verhalten sie sich einigermaßen rational, so werden sie ihr persönliches Wohlergehen maximieren wollen und sich entsprechend verhalten. Dies dürfte am stärksten von ihren Arbeitseinkommen abhängen. Deshalb besteht für die Arbeitnehmer der Anreiz, sich im Rahmen der operativen Regulierung zugunsten der Arbeitgeber zu verhalten.⁸⁴⁷ Hohe Unternehmensgewinne ermöglichen höhere Löhne oder bewahren vor dem Abbau von ineffizienter Überbeschäftigung. Der individuelle Nutzen der Arbeitnehmer hieraus dürfte den Nutzen günstigerer Strompreise überwiegen.⁸⁴⁸

⁸⁴³ Dies tritt deutlich in den Redebeiträgen von M. Krüper (E.ON) und M. Wübbels (VKU) beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002 zutage; zit. n. Immenga, et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 46 bzw. S. 52.

⁸⁴⁴ Vgl. Brunekreeft, G./Tweleemann, S., Institutionelle Reformen und Versorgungswirtschaft: Status Quo und Perspektiven der deutschen Stromwirtschaft, in: ZfE 2004, S. 168 sowie Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A., Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: ZfE 2004, S. 16 f.

⁸⁴⁵ Vgl. Ellersdorfer, I./Blesl, M./Kessler, A., Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: ZfE 2004, S. 15-17 und drastischer Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 71-73, Tz. 253-259.

⁸⁴⁶ Vgl. Palast, G./Oppenheim, J./McGregor, T., Democracy and Regulation – How the Public Can Govern Essential Services, 2003, S. 151.

⁸⁴⁷ Vgl. Frey, B. S., Public Choice, in: WiSt 1991, S. 495 sowie hierzu z. B. die empirischen Befunde bei Aufsichtsräten von Unternehmen der öffentlichen Hand von Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 74-76, 161-164.

⁸⁴⁸ In diesem Sinne liest sich u. a. die Stellungnahme des DGB zum Themenkatalog der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes am 29. 11. 2004 in Berlin.

6.2.2 Endabnehmer

In die Gruppe der Endabnehmer fallen – unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit⁸⁴⁹ – die Einwohner des Versorgungsgebietes sowie die dort ansässigen juristischen Personen (z. B. Unternehmen), sofern sie über einen Anschluss an das Stromnetz verfügen. Da die Gruppenmitglieder nicht mit dem Staatsvolk identisch sein müssen, ist es ratsam sie als eigenständige Interessengruppe zu untersuchen.

Für die Endabnehmer können folgende Interessen hinsichtlich der Netznutzung angenommen werden: In erster Linie möglichst niedrige Netzbetriebskosten und damit Netznutzungsgebühren,⁸⁵⁰ des Weiteren die Anschlussmöglichkeit an das Stromnetz, geringer Aufwand und geringe Kosten beim Versorgerwechsel sowie eine zu jeder Zeit stabile und gleichmäßige Versorgung mit Strom in ausreichender Menge, was eines gut gewarteten und ausgebauten Netzes bedarf. Mithin finden sich hier teilweise die im Abschnitt 2.3.3 behandelten Ziele für die Gewährleistung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wieder.

Es ist davon auszugehen, dass mit zunehmenden Abnahmemengen und stärkerer Abhängigkeit von der Stromversorgung das Interesse an einem gut funktionierenden Netz mit niedrigen Betriebskosten steigt. Deshalb werden gewerbliche Abnehmer von sich aus ein stärkeres Interesse an einer Mitgestaltung der Netzbewirtschaftung entwickeln und besser organisiert sein⁸⁵¹ als Haushaltskunden. Letztere sind dennoch einzu-beziehen, da sie kumuliert einen guten Teil der Nachfrage (hier: Netznutzungsfälle) generieren und große Teile des Verteilungsnetzes überwiegend zu ihrer Belieferung dienen.

6.2.3 Staat

Den Staat trifft die Gewährleistungsverantwortung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch für die Stromversorgung, falls sie langfristig⁸⁵² oder in großem Umfang⁸⁵³ zusammenbricht. Der Staat repräsentiert als Institution strenggenommen die Interessen seiner Bürger, da nur sie die Volksvertretung wählen können. Ausländer werden (außer z. T. auf kommunaler Ebene) nicht und juristische Personen nur mittelbar vom Staat repräsentiert.

⁸⁴⁹ Allerdings lässt sich für Ausländer ein Mitwirkungsrecht nicht aus dem Grundgesetz ableiten, sondern allenfalls aus internationalen Verträgen. Vgl. *EuGH*, U. v. 22. 9. 1983, Rs. 271/82, *EuGH-Slg.* 1983, S. 2727, 2744, Rn. 17-19.

⁸⁵⁰ Vgl. *Blankart, C. B./Cwojdzinski, L./Fritz, M.*, Netzregulierung in der Elektrizitätswirtschaft: Was bringt das neue Gesetz? In: *WD* 2004, S. 505 sowie *Ruhle, E.-O./Schuster, F.*, Lehren für die EnWG-Novelle – Parallelen und Erfahrungen aus der Regulierung der Telekommunikation, in: *ZfE* 2004, S. 122 f.

⁸⁵¹ Nicht nur wegen ihrer geringeren Anzahl, die c. p. ihre Organisierbarkeit begünstigt, sondern auch wegen bereits bestehender Organisationsstrukturen. Siehe hierzu Abschnitt 6.1 ab S. 150.

⁸⁵² Wie z. B. im Winter 2000/2001 in Kalifornien. Siehe Abschnitt 3.2.2, S. 47.

⁸⁵³ Beispielsweise infolge von Naturkatastrophen.

6.2.3.1 Politiker

Politiker haben als durch Wahlen legitimierte Repräsentanten des demokratischen Souveräns Entscheidungskompetenzen. Bei ihnen kann angenommen werden, dass sie als rational handelnde Individuen agieren, welche sich bei ihren Entscheidungen nicht immer ausschließlich am Gemeinwohl orientieren. So können sie beispielsweise im Interesse an ihrer Wiederwahl ihre Aktivitäten entsprechend ausrichten.⁸⁵⁴ Sie werden mit ihren Parteiprogrammen und Politikmaßnahmen versuchen, den Wünschen der Wähler möglichst nahe zu kommen. Die Politiker werden insbesondere Maßnahmen mit sofort spürbarem Nutzen durchführen. Zugleich werden sie danach trachten, die damit verbundenen Kosten so anfallen zu lassen, dass sie nicht mit ihren Handlungen in Verbindung gebracht werden. Politiker werden sich mit mächtigen Gruppierungen gut stellen wollen, damit selbige nicht mit gut organisierten Aktionen die Wählergunst negativ beeinflussen und ihre Wiederwahl gefährden.⁸⁵⁵ Dies stellt ein nicht zu unterschätzendes Einfallstor für die gut organisierten und eingesessenen ehemaligen Gebietsversorger dar.⁸⁵⁶ Da die Wähler nicht über einzelne Maßnahmen, sondern nur über Parteiprogramme oder Maßnahmenpakete abstimmen können, werden sie für jenes mit dem größten Nutzen für sich votieren.⁸⁵⁷

Auch wenn die Regulierung und vom Staat erbrachte Dienstleistungen nicht dem Geist der Zeit entsprechen, kann sich die Politik langfristig nicht ganz ihrer Verantwortung entziehen. Im Gegenteil kann die Verantwortung für die Verfügbarkeit von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch zum Stimmengewinn instrumentalisiert werden. Hierfür ist bei der Stromversorgung wichtig, dass es flächendeckende Elektrizitätsversorgungsnetze gibt, die günstig und stabil betrieben werden sowie deren gesamtwirtschaftliche Effizienz nicht wegen der Verfolgung betriebswirtschaftlicher Ziele ins Hintertreffen gerät. Häufiger auftretende größere Stromausfälle könnten die Politiker genauso in Bedrängnis bringen wie im internationalen Vergleich zu hohe Preise, wenn ihnen dafür die Verantwortung zugewiesen werden kann. Die Politiker werden dies bei ihren Entscheidungen zusammen mit anderen politischen Zielsetzungen abwägen.⁸⁵⁸ Allerdings haben sie bei politisch nicht verwertbaren Themen nur einen geringen Anreiz, sich in Detailfragen einzuarbeiten und können dann infolgedessen bei solchen Themen nur wenig Substantielles in der Gremienarbeit beitragen. Des Weiteren lassen sich Politiker relativ leicht dazu hinreißen, untergeordnete

⁸⁵⁴ Vgl. z. B. *Frey, B. S./Schneider, F.*, An Empirical Study of Polito-Economic Interaction in the United States, in: *RevES* 1978, S. 174-183 u. *Frey, B. S./Schneider, F.*, A Polito-Economic Model of the United Kingdom, in: *Economic Journal* 1978, S. 243-253.

⁸⁵⁵ Vgl. *Müller, J./Vogelsang, I.*, Staatliche Regulierung, 1979, S. 113.

⁸⁵⁶ Vgl. z. B. *Joskow, P. L.*, Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: *Latin American Journal of Economics* 2003, S. 556.

⁸⁵⁷ Vgl. *Peltzman, S.*, Toward a More General Theory of Regulation, in: *JLE*, 1976, S. 213, *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 155-158 sowie *Kirsch, G.*, Neue Politische Ökonomie, 2004, S. 259 f.

⁸⁵⁸ Vgl. zur Instrumentalisierung der Daseinsvorsorge im politischen Wettbewerb um Wählerstimmen *Blankart, C. B.*, Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet, in: *ZfW* 2002, S. 36-39 sowie *Peltzman, S.*, Toward a More General Theory of Regulation, in: *JLE* 1976, S. 211-240.

Fragestellungen zu Abschweifungen zu nutzen. Dies kann in den Gremien von anderen Gruppen strategisch ausgenutzt werden: Können sie die Tagesordnung bestimmen, so können sie an deren Beginn Themen setzen, über die sich trefflich diskutieren lässt, die aber nebensächlich sind. Themen, die ihre Popularität bei den Wählern gefährden können, kommen hingegen erst gegen Sitzungsende zur Sprache, wenn die Aufnahmefähigkeit nachlässt und womöglich schon die Zeit drängt. Dann werden sie unter Umständen im Schnellverfahren – und damit wohl eher im Sinne der Strategen – behandelt.⁸⁵⁹

6.2.3.2 Öffentliche Verwaltung

Die öffentlichen Verwaltungen (Bürokratie) können erheblichen Einfluss auf die Regulierung nehmen, indem sie für die Politiker Informationen zusammenstellen und deren Beschlüsse umsetzen. Sind die Amtswalter von eigenen Interessen geleitet, so werden sie sich – wenigstens im Rahmen ihrer Möglichkeiten⁸⁶⁰ – bemühen, Entscheidungen zugunsten ihrer eigenen Interessen – z. B. die Erhöhung des von ihnen zu verantwortenden Budgets oder einer größeren Anzahl Untergebener – zu beeinflussen.⁸⁶¹ Deshalb neigen die Entscheidungsträger in der öffentlichen Verwaltung dazu, arbeits- und ressourcenintensive Maßnahmen zu bevorzugen, bei denen sie über einen relativ großen Ermessensspielraum verfügen.⁸⁶²

Dennoch dürfte die öffentliche Verwaltung eher als Politiker an einer effizienten Bereitstellung der Güter und Leistungen interessiert sein: Sie steht nicht wie die Politiker unter dem Druck der Wiederwahl und wird deshalb kontinuierlicher und konsequenter die Interessen der öffentlichen Hand verfolgen. Dieser Zusammenhang wird in Aufsichtsräten öffentlicher Unternehmen deutlich: Müssen unangenehme Entscheidungen durchgesetzt werden, ziehen sich die verantwortlichen Politiker aus dem Gremium zurück und besetzen es stattdessen mit Verwaltungsangehörigen, die in stärkerem Maße auf die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens achten.⁸⁶³ Für die Regulierung von Netzmonopolen müssen freilich die Aufgaben etwas weiter als nur auf einen möglichst kostengünstigen Wettbewerb fokussiert werden. Sonst würden sich die Mitglieder der Verwaltung kaum über Gebühr für die Erfüllung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einsetzen.

⁸⁵⁹ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 74 f. u. S. 158-160.

⁸⁶⁰ Vgl. Mehde, V., Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 457-463 sowie Downs, A., Inside Bureaucracy, 1967, S. 84 f.

⁸⁶¹ Vgl. hierzu Niskanen, W. A., The Peculiar Economics of Bureaucracy, in: AER, Papers and Proceedings 1968, S. 293-305.

⁸⁶² Vgl. Frey, B. S./Kirchgässner, G., Demokratische Wirtschaftspolitik, 2002, S. 173.

⁸⁶³ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 159.

6.2.4 Externe Experten

Externe Experten sollten in einem Kontrollgremium kein offensichtliches politisches Interesse haben, sondern sich durch ihren besonderen Sachverstand auszeichnen. Allerdings besteht ein Anreizproblem: Haben sie für ihre Tätigkeit weder Konsequenzen zu befürchten noch eine besondere Anerkennung zu erwarten, so bestehen für sie keine ausgeprägten Anreize, sich über Gebühr für diese Tätigkeit anzustrengen. Dennoch können sie durch ihre relative Unabhängigkeit und Fachkenntnis die Sachlichkeit in den Diskussionen und bei den Entscheidungen erhöhen.⁸⁶⁴ Das senkt – sofern das oben genannte Anreizproblem beherrschbar ist – die Entscheidungsfindungskosten und steigert die Regulierungseffizienz. Ein gut spezifiziertes Anforderungsprofil an ihre Qualifikation dürfte den Nutzen der externen Experten in der Regulierungsinstitution erhöhen. Für die Regulierung der Elektrizitätswirtschaft kommen aus fachlichen Gesichtspunkten neben Energietechnikern auch Ökonomen und Juristen mit einschlägigen Fach- und Spezialkenntnissen in Betracht, wie dies z. B. für die Besetzung der österreichischen Energie-Control Kommission vorgesehen ist.⁸⁶⁵

6.3 Aufbau und Zusammensetzung der Regulierungsinstitution

Bei der Bestimmung, welche Akteursgruppen in der Regulierungsinstitution vertreten sein sollen, sind zuerst die gruppenspezifischen Interessen zu berücksichtigen. Sind die Akteursgruppen ermittelt, die in der Regulierungsinstitution vertreten sein sollen, so ist zu analysieren, welche dem Regulierungsziel entgegenwirkende Koalitionen innerhalb der Gruppen und zwischen ihnen möglich sind. Diese Erkenntnisse sind für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, wer die einzelnen Akteursgruppen vertreten soll; insbesondere vor dem Hintergrund von Gruppengrößen, welche die Anzahl der Sitze in der Regulierungsinstitution in aller Regel übersteigen werden.

6.3.1 Mögliche Mitglieder der Regulierungsinstitution

Außer dem größten Teil der Endabnehmer gehören die Vertreter aller Akteursgruppen mindestens zwei Akteursgruppen an, da auch sie Endabnehmer sind. Das führt zu Interessenkonflikten, die insbesondere bei der Besetzung der Sitze der Endabnehmer in der Regulierungskommission berücksichtigt werden müssen.⁸⁶⁶ Ihre Vertreter dürfen keiner anderen Akteursgruppe angehören, da sonst die relativen Stimmengewichte zu Lasten der Endabnehmer verschoben würden. Bei den Akteuren der anderen Gruppen kann davon ausgegangen werden, dass deren spezifische Interessen jene als Endab-

⁸⁶⁴ Vgl. Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P., Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 163 f.

⁸⁶⁵ Aus je einem Vertreter dieser drei Professionen setzt sich in Österreich die Energie-Control Kommission zusammen. Vgl. Boltz, W., Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 152.

⁸⁶⁶ Vgl. Säcker, F. J., Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: AG 2004, S. 182 f.

nehmer überwiegen,⁸⁶⁷ da sie aus der Durchsetzung dieser spezifischen Interessen einen höheren individuellen Nutzen ziehen werden als durch die Vertretung ihrer Interessen als Endabnehmer.

Von den im Abschnitt 6.2 aufgeführten Akteursgruppen kommen folgende als Mitglieder in der Regulierungsinstitution in Betracht: Netzbetreiber, nicht netzbetreibende Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Endabnehmer, Vertreter des Staates und eventuell externe Experten. Eine Beteiligung von Vertretern integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen und der Arbeitnehmer als jeweils *eigenständige* Akteursgruppe ist dagegen aus den nachfolgend erörterten Gründen abzulehnen.

Vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen können – sofern sie kein Netz betreiben – den nichtnetzbesitzenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen zugerechnet werden – je nach dem Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit den Erzeugern oder dem Handel bzw. der Versorgung. Vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit Verfügungsgewalt über den Netzbetrieb sind den Netzbetreibern zuzuordnen. Als solche besitzen sie einen erheblichen Informationsvorsprung, der ihnen für ihre Geschäftstätigkeit auf den dem Netz vor- und nachgelagerten Märkten einen immensen Wettbewerbsvorteil verschafft;⁸⁶⁸ sie müssen deshalb nicht noch als eigene Interessengruppe in der Regulierungsinstitution vertreten sein. In Folge dessen würden allerdings nur noch die wenigen, meist relativ kleinen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne eigenes Netz die Interessen der Erzeuger und Händler in der Regulierungsinstitution vertreten. Für die vertikal integrierten Unternehmen resultierte hieraus sogar ein Anreiz, die Verfügungsgewalt über das Netz aufzugeben (falls sie diese nicht ohnehin wegen weitreichender Entflechtungspflichten aufgeben müssen), um weiter ihre Interessen als Produzenten und Händler wahrnehmen zu können: Sind sie zwar Eigentümer, aber nicht die Betreiber der Stromnetze, so können sie als Vertreter der vor- und nachgelagerten Marktstufen in der Regulierungsinstitution mitwirken. Zudem dürften sie dann ein Interesse daran haben, ihr Wissen um Netzausbau- und Betriebskosten oder mögliche Sparpotentiale zugunsten einer effizienten Bewirtschaftung des Netzes in die Regulierungsinstitution einzubringen: Ihr bisheriges spezifisches Wissen um den Netzbetrieb bringt ihnen auf diese Weise den höchsten Ertrag. Damit wird zumindest anfangs der Gefahr einer einseitigen Informationspolitik durch den Netzbetreiber vorgebeugt und die Informationsasymmetrie zwischen ihm und der Regulierungsinstitution verringert.

Die Arbeitnehmer der Elektrizitätsversorgungsunternehmen dürften hingegen, wie oben bereits dargelegt wurde, hinsichtlich der Regulierung ähnlich gerichtete Interes-

⁸⁶⁷ Wie bei den Arbeitnehmern der Elektrizitätsversorgungsunternehmen bereits dargestellt wurde; siehe Abschnitt 6.2.1, S. 159 f.

⁸⁶⁸ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72, Tz. 255.

sen wie ihre Arbeitgeber haben.⁸⁶⁹ Unter diesen Voraussetzungen würde die Mitwirkung der Arbeitnehmer als eigenständige Akteursgruppe im Regulierungsprozess (d. h. außerhalb der Unternehmenssphäre) die relativen Stimmengewichte zwischen den Akteursgruppen zugunsten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen verschieben. Aus diesem Grund ist eine Beteiligung der Arbeitnehmer als selbständige Interessengruppe in der Regulierungsinstitution abzulehnen; die Regulierungsinstitution soll nicht den Arbeitsmarkt in der Elektrizitätswirtschaft regulieren, sondern in erster Linie die Nutzung der Übertragungs- und Versorgungsnetze. Das schließt die Arbeitnehmermitbestimmung auf Betriebs- und Unternehmensebene keinesfalls aus, nur hat das mit der Regulierung der Stromnetze wenig zu tun. Außerdem können Arbeitnehmerinteressen über die unternehmensinterne Mitbestimmung in den Regulierungsprozess hineingetragen werden. Der Entsendung von Arbeitnehmern als Vertreter der Interessensgruppe ihres Arbeitgebers steht ebenfalls nichts im Wege. Sie sind deshalb den Vertretern der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zuzuordnen.

Würden diese beiden Gruppen eigenständig an der Regulierungsinstitution beteiligt werden, verschöben sich die Stimmengewichte zugunsten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen im weiteren Sinne.

Die Netzbetreiber müssen schon wegen ihrer Eigenschaft als zentrale Akteursgruppe in die Regulierungsinstitution aufgenommen werden. Auch wenn dies heikel erscheint, ist es notwendig, da sonst wieder Anreize zum „Capturing“ entstehen. Ihre Mitentscheidungsmacht ist jedoch zu begrenzen: Sie dürfen als Inhaber einer wesentlichen Einrichtung weder für sich allein noch zusammen mit anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen mehrheitsfähig sein, da sonst Absprachen oder abgestimmtes Verhalten zu einer weiteren Vermachtung des Marktes führen können. Es sollten möglichst Vertreter der Verteil- und Übertragungsnetzbetreiber in der Regulierungsinstitution beteiligt werden.

In der Akteursgruppe der nichtnetzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind Elektrizitätserzeuger, -händler/-versorger und integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne tatsächliche Verfügungsgewalt über ein Netz anzusiedeln; das schließt das Eigentum an einem zur allgemeinen Versorgung genutzten Netz nicht aus, solange das Elektrizitätsversorgungsunternehmen keinerlei Einfluss auf den Netzbetrieb nehmen kann. Die Mitglieder dieser Gruppen sind die Netznutzer im engeren Sinne. Ohne den Zugang zum Netz könnten sie ihren Geschäften nicht nachgehen und ihre vertraglichen Versorgungspflichten nicht erfüllen. In der Regulierungsinstitution sollten sowohl Repräsentanten des Handels/der Versorgung als auch der Erzeuger vertreten sein. Zudem sollte die Regulierungsinstitution möglichst auch aus-

⁸⁶⁹ Vgl. Frey, B. S., Public Choice, in: WiSt 1991, S. 495 sowie DGB (Hg.), Stellungnahme zum Themenkatalog der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes, Berlin 2004.

ländischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen offen stehen, die auf dem deutschen Markt präsent sind.⁸⁷⁰

Die Endabnehmer sind Netznutzer im weiteren Sinne oder mittelbare Netznutzer. Sie benötigen den Zugang zum Netz nicht, um selbsterzeugte Elektrizität zu verkaufen oder mit Elektrizität zu handeln, sondern um mit dem darüber bezogenen Strom elektrische Anlagen und Geräte zu betreiben. Ohne Netzanschluss wäre ihre Lebensqualität stark eingeschränkt und kaum ein Unternehmen könnte seinen Geschäften nachgehen.⁸⁷¹

In der Stromversorgung und im EnWG wurde bislang zwischen Tarifikunden und Sondervertragskunden unterschieden. Als Tarifikunden wurden Endabnehmer bezeichnet, die zu den allgemeinen Tarifen und Abnahmebedingungen versorgt werden (meist kleinere Unternehmen und Haushalte), während mit Sondervertragskunden (meist größere Unternehmen) individueller Vereinbarungen bestehen.⁸⁷² Sinnvoller erscheint die Unterscheidung in Klein- und Großabnehmer, da seit der Liberalisierung des Strommarktes auch Kleinabnehmer⁸⁷³ von den allgemeinen Tarifen abweichende Versorgungsverträge abschließen können.⁸⁷⁴ Beide Gruppen sollten in der Regulierungsinstitution repräsentiert sein.

Für den Fall, dass seitens der Kleinabnehmer wegen der Trittbrettfahrerproblematik kein Anreiz oder kein Interesse besteht, sich in der Regulierungsinstitution zu engagieren, ist zu überlegen, ob Vertreter von Organisationen der Endabnehmer oder solchen zu deren Schutz die Endabnehmerinteressen in der Regulierungsinstitution vertreten sollten – wie z. B. im englischen Regulierungsmodell die Electricity Consumer's Committee.⁸⁷⁵ Für Kleinabnehmer kämen als mögliche Interessenvertreter Vereinigungen, wie beispielsweise der Bund der Energieverbraucher, der Verband der Energieabnehmer oder der Bundesverband der Verbraucherzentralen (VZBV) infrage; für Großabnehmer ist die Vertretung durch Unternehmerverbände denkbar, wie z. B. durch den Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), der schon an der Verbändevereinbarung II+ beteiligt war. Hier ist auf Interessenkollisionen mit den Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu achten, die dort ebenfalls Mitglieder sind. Die Vertreter der Industriekunden dürfen deshalb über keine Verbindungen zu den Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder den Netzbetreibern verfügen. In dieser Hinsicht sind Vereinigungen von Endabnehmern, deren Ziel die Interessensvertretung im Energiesektor ist,

⁸⁷⁰ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 409.

⁸⁷¹ Siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt 2.3.3 ab S. 37.

⁸⁷² Vgl. *Schroeder-Czaja, H.*, Integration Mittelosteuropas in den Elektrizitätsbinnenmarkt, 2003, S. 91.

⁸⁷³ Ihnen entsprechen z. B. die „Haushaltskunden“ nach § 3 Nr. 22 EnWG 2005 die dort als Letztverbraucher mit einem Jahreskonsum von bis zu 10 000 kWh definiert werden.

⁸⁷⁴ Vgl. *Hampel, C.*, Von der Tarifikundenversorgung zur Grundversorgung, in: ZNER 2004, S. 118.

⁸⁷⁵ Vgl. *Scheele, U.*, Neue Spielregeln auf neuen Spielfeldern, in: MB 3/2000, S. 24.

eher geeignet. Andererseits werden gerade sie einen niedrigeren Organisationsgrad haben als die Unternehmensverbände.⁸⁷⁶

Einer Vertretung der Endabnehmer durch das für Verbraucherfragen zuständige Ministerium steht die damit verbundene Ausweitung des Staatseinflusses in der Regulierungsinstitution entgegen; seine Beteiligung auf der Bank der Staatsvertreter ist hingegen denkbar. Allerdings wird diese Gruppe dann inhomogen, was bei Abstimmungen von anderen Gruppen zur Mehrheitsbeschaffung ausgenutzt werden könnte.⁸⁷⁷ Außerdem könnte die Beteiligung der Endabnehmer an einer Regulierungsinstitution helfen, das Prinzipal-Agent-Problem zwischen den Einwohnern eines Staates und Politikern sowie zwischen Politikern und der öffentlichen Verwaltung zu begrenzen.

Schließlich sollten noch Vertreter des Staates in der Regulierungsinstitution vertreten sein. Der Staat muss an der Regulierung direkt mitwirken können, da ihn die Leistungsverantwortung im Falle eines Zusammenbruchs der Energieversorgung trifft.⁸⁷⁸ Damit dem Staat nicht eines Tages die Versorgungspflicht zufällt, wird er bestrebt sein, durch seine Mitwirkung in der Regulierungsinstitution die Netzbetreiber zu einem ordnungsgemäßen Betrieb der Netze zu veranlassen. Das betrifft insbesondere Kriterien wie eine flächendeckende Versorgung sowie die langfristige Netzstabilität und Versorgungssicherheit, die den Endabnehmern vermutlich weniger gegenwärtig sein dürften. Aus Gründen der Kontinuität sollten die Interessen des Staates von Angehörigen der Verwaltung vertreten werden, da sie weniger von der Tagespolitik abhängig sind als gewählte Mandatsträger.⁸⁷⁹ Gegen die Beteiligung von Staatsvertretern, deren Amt von Wahlen abhängig ist, spricht außerdem, dass sich die für den Strommarkt zuständigen Wirtschaftsminister seit dessen Liberalisierung nicht gerade als glühende Verfechter eines funktionierenden Wettbewerbs hervortaten.⁸⁸⁰ Damit die Regulierungsziele durch die Vertreter des Staates nicht auf dem Altar diskretionärer Politikerinteressen⁸⁸¹ geopfert werden können, sollten die Staatsvertreter in der Regulierungsinstitution von den Politikern weitestgehend unabhängig sein.

Für externe Experten – sofern sie in der Regulierungskommission vertreten sein sollen – gilt: Sie sollen in erster Linie von ihrem Sachverstand geleitet werden und deshalb nicht einem organisierten Teil einer Akteursgruppe angehören. Sofern externe Experten im Gremium vertreten sein sollen, ist es ratsam, Mindestanforderungen an

⁸⁷⁶ Vgl. *Mayntz, R.*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf (Hg.)*, Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 20 f.

⁸⁷⁷ Vgl. *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, 2002, S. 167.

⁸⁷⁸ So wie es in Kalifornien im Winter 2000/2001 bereits der Fall war.

⁸⁷⁹ Vgl. *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: *WuW* 2004, S. 271 f.

⁸⁸⁰ Was sich zumindest in einem Fall wohl eher als individuell rationales Handeln und in anderen Fällen mit der – ökonomisch nicht stichhaltigen – Förderung „nationaler Champions“ erklären lässt. Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 23-25, Tz. 15-246 sowie *Becker, P.*, Wer ist der Gesetzgeber im Energiewirtschaftsrecht? In: *ZNER* 2005, S. 109.

⁸⁸¹ Wie sie bereits in Abschnitt 6.2.3.1 ab S. 161 erläutert wurden.

deren Qualifikation zu definieren. So müssen beispielsweise die Mitglieder der österreichischen Energie-Control-Kommission – je ein Ökonom, ein Jurist und ein Techniker – neben ihrer akademischen Qualifikation auch mit den Spezifika der Elektrizitätsversorgung vertraut sein.⁸⁸²

6.3.2 Potentiell dem Regulierungsziel entgegenwirkende Koalitionen

Mit der Analyse möglicher Interessenkonflikte und -kongruenzen zwischen den Akteursgruppen sollen Koalitionen zwischen den Akteursgruppen erkannt werden, die den Wettbewerb und das Funktionieren des Marktes gefährden können. Diese Erkenntnisse sollen derart in die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution einfließen, dass dort bei den Abstimmungen möglichst keine Entscheidungen zu Lasten des Regulierungsziels gefällt werden können.⁸⁸³ Genausowenig, wie es keine unerwünschten Mehrheiten geben soll, dürfen einzelne oder wenige Akteure Entscheidungen nicht blockieren können, die dem Regulierungsziel entgegenstünden. Je weiter die formalen Ziele der Regulierungsinstitution von den Zielen eines überwiegenden Teils ihrer Mitglieder entfernt sind, um so mehr ist damit zu rechnen, dass die Institution wegen informellen Handelns ihrer Mitglieder die Regulierungsziele nicht erreicht.⁸⁸⁴ Es ist deshalb eine Analyse sämtlicher möglicher Koalitionen und deren Auswirkungen durchzuführen. Neben dieser Analyse muss überprüft werden, wie stabil die Interessenlagen sind. Davon hängt ab, ob gegebenenfalls Anpassungsregelungen für die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution erforderlich sind, damit bei Verschiebungen der Interessenlagen die Wettbewerbsorientierung des Organs gewährleistet bleibt.

Innerhalb der Akteursgruppen sind zwei Koalitionen denkbar: Auf der einen Seite stehen alle Vertreter der Energiewirtschaft (Netzbetreiber, Erzeuger, Handel und integrierte Versorger); sie können sich untereinander abstimmen und ein Kartell zu Lasten der Endabnehmer bilden. Ein solches, staatlich legitimes Kartell wäre fatal, da seine Mitglieder quasilegal Monopolpreise erzielen können. Dem dürfte aber bereits eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetreibers weitestgehend abhelfen, die den nichtnetzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen kein Missbrauchspotential des Netzmonopols lässt. Auf der anderen Seite ist eine Koalition der Abnehmer denkbar, die bei entsprechender Stimmengewichtung eine starke Nachfragemacht entwickeln können. Das kann in Anbetracht des Netzmonopols bis zu einem gewissen Grad ein wünschenswertes Gegengewicht sein, aber durchaus zu fehlgeleiteten Regulierungen führen: Beispielsweise wenn die Abnehmervertreter das Ziel der kostengünstigen Versorgung auf Kosten der Versorgungssicherheit überbewerten und die

⁸⁸² Vgl. Haas, R., Regulierung und Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich: Eine kritische Analyse, in: ZfE 2002, S. 121 f.

⁸⁸³ Vgl. Lütz, S., Politische Steuerung und die Selbstregelung korporativer Akteure, in: Mayntz/Scharpf (Hg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 171.

⁸⁸⁴ Vgl. Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendler et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 432.

Netznutzungsentgelte keine Rücklagen für den Unterhalt und Ausbau des Netzes zulassen.

Dieser Effekt kann ebenfalls bei einer Koalition der nichtnetzbetreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen (Erzeuger und Handel/Versorger) mit den (Groß)Abnehmern auftreten: Haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen keinen Nutzen aus der Gewinnerzielung, so werden auch sie nach günstigen Netznutzungsentgelten trachten. Die Großabnehmer könnten beispielsweise von den o. g. Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit günstigen Angeboten geködert werden, damit diese sich zu deren Gunsten verhalten. Daraus könnten zum Beispiel auf Kosten von Kleinabnehmern überproportional günstige Netznutzungstarife für Großabnehmer folgen. Diese Koalition dürfte die wahrscheinlichste der möglichen Koalitionen sein und stellt ein großes Machtgegengewicht zum Netzmonopol dar. Sie darf auf keinen Fall so mächtig werden, dass sie Entscheidungen der Regulierungsinstitution zu Lasten des Regulierungsziels beeinflussen kann; hier müsste gegebenenfalls mit aktorsgruppenunabhängigen Experten gegengesteuert werden.

Eine weitere mögliche Koalition stellen die Parteien der bisherigen Verbändevereinbarungen dar. Hier vereinbarten die ehemaligen Gebietsversorger (vertreten durch VDEW, VDN, VKU, ARE) und die Industrie (vertreten durch BDI und VIK) zusammen die Netznutzungsbedingungen. Daraus ließe sich eine Koalition zwischen vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, Netzbetreibern und der Industrie bzw. den Großabnehmern ableiten. Ihnen ist eine verhältnismäßig große Marktmacht gemein. Eine Zusammenarbeit kann für jeden von ihnen Vorteile bringen: Große Industriekunden fragen viel elektrische Arbeit mit gut planbarem Lastfluss nach. Für Elektrizitätsversorgungsunternehmen aller Marktstufen sind sie die lukrativsten Kunden, die es zu halten gilt. So könnten sie Netznutzungsregeln vereinbaren, die Großabnehmer auf Kosten der Kleinabnehmer über Gebühr bevorzugen und im Ergebnis wie bei einer Preisdifferenzierung zweiten oder dritten Grades⁸⁸⁵ die Konsumentenrente abschöpfen. Als Gegengewicht könnte ein Bündnis zwischen den Vertretern der Kleinabnehmer mit den kleinen desintegrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen und – sofern vertreten – externen Experten oder Vertretern des Staates⁸⁸⁶ gesehen werden. Damit dieses Gegengewicht auf Dauer bestehen kann, sollte eine Mindestbeteiligung von marktschwachen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Regulierungsinstitution vorgesehen werden.

Selbst bei einer fein austarierten Zusammensetzung der Regulierungsinstitution verbliebe die Möglichkeit, dass einzelne Akteursgruppenvertreter sich in unerwarteter Weise verhalten oder zu solchem Verhalten von anderen Mitgliedern animiert werden. Das ist unproblematisch, solange dieses Verhalten dem Regulierungsziel zugute kommt. Kommen deshalb vom Regulierungsziel abweichende oder ihm gar zuwider-

⁸⁸⁵ Vgl. hierzu Abschnitt 5.1.1, S. 113.

⁸⁸⁶ So schlug *B. M. Zinow* beim 7. Internationalen Berliner Wirtschaftsgespräch am 29. 4. 2002 eine Beteiligung von Vertretern der Kartellbehörden in der Regulierungsbehörde vor; zit. n. *Immenga, et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 105.

laufende Regelungen und Entscheidungen zustande, so leidet darunter die Wirksamkeit der Regulierung. Besonders gefährdet sind Personen, die dem politischen Tagesgeschäft ausgesetzt sind – wie beispielsweise Träger politischer Mandate. Sie handeln gegebenenfalls aus Motiven, die nicht unbedingt mit den Regulierungszielen harmonisieren,⁸⁸⁷ sondern beispielsweise eher der Standort- oder Industriepolitik zuzuordnen sind.⁸⁸⁸ Eine weitere Gefahr besteht in der Gewährung von Vorteilen durch bestimmte Akteure oder deren Vereinigungen, damit einzelne Mitglieder der Regulierungsinstitution sich entgegen des Regulierungsziels zugunsten der Vorteilsgeber verhalten. Dies kann noch verstärkt werden, wenn für einzelne Mitglieder geringe Anreize bestehen, sich mit ihren Aufgaben in der Regulierungsinstitution gründlich zu befassen; dies gilt beispielsweise bei einer zu geringen Aufwandsentschädigung. Ebenso können durch eine geschickte Verhandlungsstrategie und -technik die Ergebnisse negativ beeinflusst werden; zum Beispiel, wenn manche Mitglieder der Regulierungsinstitution nicht in der Lage sind, die Konsequenzen von Regulierungsvorschlägen und -entscheidungen hinreichend abzuschätzen. Dieser Koalitionstyp ist der am wenigsten prognostizierbare und vermutlich auch der instabilste von den dreien.

In der Regulierungsinstitution sollten deshalb externe Experten weitestgehend von den Akteursgruppen und der Politik unabhängig sein. Politiker sollten nicht dem Gremium angehören, da sie zu anfällig für Capturing und politisch opportunes Verhalten sind. Statt ihrer sollten der Regulierungsinstitution – sofern Vertreter des Staates vorgesehen sein sollten – Mitglieder der öffentlichen Verwaltung angehören. Alle Mitglieder sollten über eine fachliche Mindestqualifikation verfügen und ihrem Amt hauptberuflich bei angemessener Vergütung nachkommen. Ebenso ist zur Vermeidung des Capturing für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Amt ein befristetes Beschäftigungsverbot bei anderen Interessengruppen überlegenswert. Zudem erscheint ein Verhaltenskodex sinnvoll, der bei Fehlverhalten Konsequenzen vorsieht. Dennoch verbleibt ein Restmissbrauchspotential, welches wohl nicht vermieden werden kann.⁸⁸⁹

6.3.3 Entscheidungs- und Abstimmungsverfahren

Für die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution spielen die Abstimmungsregeln, nach denen dort die Entscheidungen durch die Akteursvertreter gefällt werden eine zentrale Rolle, damit keine der beteiligten Akteursgruppen oder der soeben beschriebenen Koalitionen die Entscheidungen allein bestimmen kann.⁸⁹⁰ Zudem müssen die Regeln der Entscheidungsfindung so ausgestaltet sein, dass trotz eines demokratischen Verfahrens Entscheidungen zustande kommen, welche das Regulierungsziel er-

⁸⁸⁷ Siehe hierzu die Ausführungen in den Abschnitten 6.1 ab S. 150 und 6.2.3 ab S. 161.

⁸⁸⁸ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“ – 2002/2003 – BT-Drs. 15/3610, S. 75, Tz. 1.

⁸⁸⁹ Vgl. *Schwalbach, J.*, Effizienz des Aufsichtsrats, in: AG 2004, S. 186.

⁸⁹⁰ Vgl. *Tettinger, P. J./Pielow, J.-C.*, Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, in: RdE 2003, S. 296.

reichen helfen. Kompromisse dürfen die Wirksamkeit der Regulierungsinstitution nicht herabsetzen.

Aus ökonomischer Sicht treffen sich bei einem Interessensausgleich über (einstimmige) Beschlüsse die marginalen Kosten für die relevanten Akteure im Gleichgewicht. Sowohl die Kosten als auch der Nutzen (monetär und nichtmonetär) werden nach der Elastizität der politischen Reaktion der jeweiligen Gruppen zwischen ihnen aufgeteilt.⁸⁹¹ Einstimmige Entscheidungen gelten unter diesen Gesichtspunkten zwar als paretooptimal, bedürfen aber oftmals eines erheblichen Zeitaufwandes für die Einigung der Stimmberechtigten. Daneben besteht ein Anreiz zur strategischen Stimmabgabe: Jeder einzelne kann seine Zustimmung von Zugeständnissen für seine Interessensgruppe an anderer Stelle abhängig machen. Aus diesen Gründen wird häufig entweder am Status quo festgehalten oder es kommen wegen Stimmentauschgeschäften Kompromisse zustande, welche sich in der Praxis als ineffektiv erweisen oder die Klientel des Vetospielers begünstigen.⁸⁹² Demgegenüber können Abstimmungen nach der relativen Mehrheitsregel zu Entscheidungen führen, die nur von einer – wenn auch der größten – Minderheit getragen werden.⁸⁹³ Der Gefahr einer „Ausbeutung“ der Mehrheit durch Einzelne oder Minderheiten lässt sich durch die Wahl der absoluten Mehrheitsregel für Abstimmungen und Entscheidungen begegnen.⁸⁹⁴ Hier treffen sich zwar nur von den Angehörigen der Majorität die marginalen Kosten im Gleichgewicht, dafür wird das Abstimmungsverfahren beschleunigt und die Möglichkeit zu strategischem Abstimmungsverhalten reduziert.⁸⁹⁵ Vor dem Hintergrund einer hinsichtlich der berührten Interessen ausgewogenen Regulierung⁸⁹⁶ erscheint die absolute Mehrheit als das geeignetste Entscheidungsverfahren.

Damit das Entscheidungsverfahren wegen der sensiblen Gleichgewichte zwischen den einzelnen Interessengruppen diesen Kriterien gerecht werden kann, bedarf es noch Modifikationen; insbesondere für den Fall, dass einzelne Mitglieder an Abstimmungen nicht teilnehmen können. Aus diesem Grund kann zum einen die Beschlussfähigkeit erst dann als gegeben vorgesehen werden, wenn mehr als die Hälfte der Stimmberechtigten anwesend sind und aus jeder Akteurshauptgruppe mindestens ein Vertreter an der Abstimmung teilnimmt. Zum anderen ist zu überlegen, ob die Stimmen der Abwesenden den anderen Vertretern ihrer Akteurshauptgruppe oder den externen Experten zufallen sollen. Beidem ist freilich eine unerwünschte Verschiebung der Stimmengewichte gemein, die unter Umständen regulierungsfeindlichen Koalitionen eine Stimmenmehrheit verschaffen könnte. Deshalb sollte von jeder Akteursuntergruppe mindestens ein Vertreter bei Abstimmungen anwesend sein, damit die Regulierungsinsti-

⁸⁹¹ Vgl. *Peltzman, S.*, Toward a More General Theory of Regulation, in: *JLE*, 1976, S. 213-228.

⁸⁹² Vgl. *Steunenberg, B.*, Agent Discretion, Regulatory Policymaking, and Different Institutional Arrangements, in: *Public Choice* 1996, S. 327 f.

⁸⁹³ Vgl. *Frey, B. S./Kirchgässner, G.*, Demokratische Wirtschaftspolitik, 2002, S. 138.

⁸⁹⁴ Vgl. *Weise, P. et al.*, Neue Mikroökonomie, 2005, S. 593.

⁸⁹⁵ Vgl. *Frey, B. S./Kirchgässner, G.*, Demokratische Wirtschaftspolitik, 2002, S. 139 f.

⁸⁹⁶ Vgl. *Tettinger, P. J./Pielow, J.-C.*, Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, in: *RdE* 2003, S. 296.

tution beschlussfähig ist. Verfügen Akteursuntergruppen über mehrere Stimmen, so könnte einer der Anwesenden die Stimmrechte der Abwesenden mit ausüben. Es könnten auch mehrere Stellvertreter vorgesehen werden. Bei der zu erwartenden Personalstärke der Regulierungsinstitution könnte zum Beispiel die Mitarbeiterbene unter den Akteursvertretern mit Mandat in gleicher Weise mit aus den Akteursgruppen stammenden Personen besetzt werden, die im Verhinderungsfall als Stellvertreter zu Abstimmungen entsandt werden könnten. Die Anforderungen an diese Personen sollten dann denen an die Mandatsträger entsprechen. Tritt beispielsweise wegen Stimmenthaltungen Stimmgleichheit ein, so sollte der Vorsitzende das Stichentscheidungsrecht ausüben können.⁸⁹⁷

Die Vertreter der einzelnen Akteursgruppen sollten ohne vorherige Abstimmung mit ihrer Gruppe in der Regulierungsinstitution agieren und abstimmen dürfen. Damit soll die Interaktion und Abstimmung zwischen den Mitgliedern des Regulierungsgremiums und ihrer Akteursgruppen nicht unterbunden, sondern nur ein Verhandlungsdilemma⁸⁹⁸ wegen allfälliger Rückfragen und Abstimmungen mit den Akteuren der jeweiligen Gruppe vermieden werden. Das gewährleistet für die Arbeit der Regulierungsinstitution die Schnelligkeit und Flexibilität. Dennoch ist eine Abstimmung und ein Austausch der Gremiumsmitglieder mit ihren Akteursgruppen ratsam: Damit können auf Dauer Grundsatzpositionen innerhalb der einzelnen Gruppen abgestimmt und – zusammen mit Informationen aus den Akteursgruppen – in die Regulierungsinstitution und den Regulierungsprozess hineingetragen werden.

6.3.4 Die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution

Damit die gewählte Abstimmungsregel auch tatsächlich ihre Wirkung entfalten kann, muss auch das Entscheidungsgremium so zusammengesetzt und mit Stimmrechten ausgestattet werden, dass keine der beteiligten Akteursgruppen oder der möglichen dem Ziel entgegenwirkenden Koalitionen die Entscheidungen allein bestimmen kann. Grundsätzlich muss gelten: Mächtige Interessengruppen sollen schwache ebensowenig dominieren können, wie *einzelne* schwache die überwiegende Mehrheit.⁸⁹⁹

Bei den Elektrizitätsversorgungsunternehmen kann man das bewerkstelligen, indem man festlegt, dass neben den Vertretern verschiedener Marktstufen nur ein bestimmter Stimmenanteil den marktmächtigen Unternehmen zufällt. Damit dies nicht unterlaufen werden kann, sollte bei den vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen der Marktanteil in der stärkeren Marktstufe zur Ermittlung der Gruppenzugehörigkeit

⁸⁹⁷ Aus diesem Grund sollte er von den übrigen Mitgliedern gewählt oder besser noch kooptiert werden, damit keine der Akteursgruppen oder -koalitionen eine Übermacht erhält. Vgl. Schmidt, T. I., Die Entscheidung trotz Stimmgleichheit, in: JZ 2003, S. 136.

⁸⁹⁸ Vgl. Scharpf, F. W., Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: Héritier (Hg.), Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 1993, S. 65 f.

⁸⁹⁹ Vgl. Mayntz, R., Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: Mayntz/Scharpf (Hg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 30.

herangezogen werden. Hierfür muss die damit verbundene Marktmacht als oberstes Kriterium gelten. Damit darf nicht der Geschäftszweig, mit dem größten Umsatzvolumen oder Gewinnbeitrag innerhalb des Unternehmens die entscheidende Rolle spielen, sondern der Geschäftszweig, mit dem das Unternehmen den größten Anteil am sachlich und räumlich relevanten Markt hat. Zudem muss dafür Sorge getragen werden, dass die vertikal integrierten Unternehmen nicht alle Sitze der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in der Regulierungsinstitution besetzen können, damit eine Beteiligung der desintegrierten Unternehmen ebenfalls gewährleistet werden kann. Wenn zum Beispiel für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen je ein Sitz für die Erzeuger und den Handel vorgesehen wird, kann man diese zu gleichen Teilen jenen mit einem großen und einem geringen Marktanteil zusprechen. Für die Zuordnung der Unternehmen in eine der beiden Gruppen ist der Median vorteilhaft, da er für Ausreißer – wie sie z. B. die vier großen Elektrizitätsversorgungsunternehmen darstellen dürften – nicht so anfällig ist wie das arithmetische Mittel.⁹⁰⁰ Die Gruppenzugehörigkeit hängt damit mehr von der Anzahl der Unternehmen ab als von der Abweichung vom durchschnittlichen Marktanteil: Die größeren der unter dem arithmetischen Mittelwert liegenden Unternehmen werden zu der Hälfte der Unternehmen gezählt, welche größer als das Medianunternehmen sind. Das hat den Vorteil, dass zumindest in der Anfangsphase die mächtigen vertikal und horizontal⁹⁰¹ integrierten ehemaligen Gebietsversorger höchstens einen Sitz erreichen können; insbesondere wenn man von räumlich relevanten Märkten ausgeht, die den ehemaligen Versorgungsgebieten entsprechen und Konzernzugehörigkeiten berücksichtigt. Für die Konzernzugehörigkeiten müssen niedrige Schwellenwerte gelten, denn schon mit geringen Beteiligungen kann – insbesondere in Unternehmen mit öffentlichen Anteilseignern – bereits ein großer Einfluss auf das Unternehmen einhergehen.⁹⁰² Hier könnten beispielsweise dieselben Schwellen wie bei der 100 000er Regelung im Energiewirtschaftsgesetz 2005 angewendet werden. Bei einer gleichmäßigeren Verteilung der Marktanteile spielt die Marktmacht der einzelnen Akteure ohnehin eine geringere Rolle als bei der momentan in Deutschland vorliegenden Marktstruktur. Damit dürfte diese Sitzaufteilung in der Regulierungsinstitution gegen Veränderungen in der Verteilung der Marktanteile weitgehend resistent sein.

⁹⁰⁰ Vgl. *Sachs, L.*, *Angewandte Statistik*, 1997, S. 127-130, S. 363 oder *Eckey, H.-F./Kosfeld, R./Dreger, C.*, *Statistik*, 2002, S. 45.

⁹⁰¹ Die vier großen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Deutschland beteiligen sich seit einigen Jahren zunehmend an Stadtwerken. Dies wird als Vorwärtsintegration bezeichnet. Vgl. *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, *Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb*, in: *BB* 2001, S. 2329 sowie *Monopolkommission (Hg.)*, *XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 69, Tz. 245.

⁹⁰² Vgl. *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, *Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform*, 2002, S. 164-168.

Auf der Abnehmerseite kann ähnlich verfahren werden: Hier sollte nach der Stromabnahme zwischen Groß- und Kleinabnehmern⁹⁰³ und gegebenenfalls noch zwischen gewerblichen und privaten Abnehmern differenziert werden.⁹⁰⁴ Für die Zusammensetzung der Regulierungsinstitution sind zwei Alternativen denkbar: Ist der Staat nicht Eigentümer des Netzbetreibers, dann sollten der Regulierungsinstitution Vertreter der Netzbetreiber, der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, der Endabnehmer und des Staates angehören. Von den Netzbetreibern sollten Vertreter der Übertragungs- und der Verteilnetzbetreiber in der Regulierungsinstitution beteiligt sein; ihnen sind wegen ihrer Interessenlage auch die integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit Verfügungsgewalt über Stromnetze zuzuordnen.⁹⁰⁵ Bei den Elektrizitätsversorgungsunternehmen sollten den Erzeugern und dem Handel die Sitze zu gleichen Teilen zugewiesen werden; davon sollte höchstens die Hälfte der Sitze mit Vertretern von integrierten Unternehmen besetzt werden können. Die Mandate der Endabnehmer sind zu gleichen Teilen den Groß- und Kleinabnehmern zuzuteilen. Die Interessen der öffentlichen Hand dürften am kompetentesten durch Angehörige der Kartellbehörden vertreten werden. Dadurch könnte eine Zusammenarbeit zwischen Regulierungsinstitution und Kartellbehörden, ähnlich jener nach § 123 TKG, erreicht werden. Damit die Machtverhältnisse nicht zugunsten der starken Akteure verschoben werden, sollte ein Vertreter der öffentlichen Hand dem Gremium vorstehen. Alternativ könnte ein unabhängiger Experte von den Mitgliedern des Gremiums als Vorsitzender kooptiert werden. Bei einer geraden Anzahl Gremiumsmitglieder sollte der Vorsitzende in Pattsituationen über ein Doppelstimmrecht verfügen.⁹⁰⁶

Übersicht 1: Beispiel der Zusammensetzung der Regulierungsinstitution bei nicht-staatlichen Netzbetreibern

Vorsitz	1 Vertreter des Staates, ggf. m. Doppelstimmrecht
Netzbetreiber	1 Übertragungsnetzbetreiber 1 Verteilnetzbetreiber
Elektrizitätsversorgungsunternehmen	1 Erzeuger, 1 Händler/Versorger; davon max. ein Integriertes EVU / mind. ein desintegriertes EVU und max. ein EVU aus den 50 % der marktanteilsstärksten UN
Endabnehmer	1 Großabnehmer, 1 Kleinabnehmer, davon 1 Privatkunde; Abgrenzung entsprechend BTO Eit.
Staatsvertreter	2 Sitze; sie können von je einem Vertreter der Landeskartellbehörden und dem BKartA besetzt werden.

Quelle: eigene Darstellung

⁹⁰³ Als Kleinabnehmer werden all jene bezeichnet, welche weniger als 10 000 KWh pro Jahr abnehmen; unter bestimmten Bedingungen kann diese Schwelle bei bis zu 50 000 KWh pro Jahr liegen. Vgl. *Hampel, C.*, Von der Tarifkundenversorgung zur Grundversorgung, in: ZNER 2004, S. 118.

⁹⁰⁴ Der VDEW unterscheidet in seinen Statistiken in eben diese drei Gruppen. Vgl. z. B. *VDEW (Hg.)*, Jahresbericht 2003, S. 7.

⁹⁰⁵ Dies wird mit den bereits weiter oben in diesem Abschnitt aufgeführten Zuordnungskriterien ebenfalls gewährleistet.

⁹⁰⁶ Vgl. *Schmidt, T. I.*, Die Entscheidung trotz Stimmgleichheit, in JZ 2003, S. 133-138.

Sollte der Netzbetrieb hingegen auf den Staat übergehen,⁹⁰⁷ so kann er seine Interessen hinsichtlich der Gewährleistungsverantwortung direkt beim Netzbetrieb wahrnehmen. Hier wäre der Staat als separate Interessengruppe in der Regulierungsinstitution nicht mehr zwingend erforderlich, da seine Interessen mittelbar von den Vertretern der Netzbetreiber wahrgenommen werden können. In diesem Fall würden neben dem Staat als Netzbetreiber nur noch die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und die Endabnehmer in der Regulierungsinstitution vertreten sein.

Übersicht 2: Beispiel der Zusammensetzung der Regulierungsinstitution bei staatlichen Netzbetreibern

Vorsitz	1	Kooptierter unabhängiger Experte, ggf. m. Doppelstimmrecht
Netzbetreiber	1 1	Übertragungsnetzbetreiber Verteilnetzbetreiber
Elektrizitätsversorgungsunternehmen	1 1	Erzeuger, Händler/Versorger; davon max. ein Integriertes EVU / mind. ein desintegriertes EVU und max. ein EVU aus den 50 % der marktanteilsstärksten UN
Endabnehmer	1 1	Großabnehmer, Kleinabnehmer, davon 1 Privatkunde; Abgrenzung entsprechend BTO Elt.
Externe Experten	2	Sitze, die mit Fachleuten besetzt werden, die z. B. die Monopolkommission vorschlägt oder benennt oder die wie der Vorsitzende von den Akteursgruppenvertretern kooptiert werden.

Quelle: eigene Darstellung

Die neue Konstellation verlangt eine neue Austarierung der Machtverhältnisse zwischen und innerhalb der Interessengruppen. Die Beteiligung der Netzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Endabnehmer könnte man wie bei der ersten Alternative bei zwei Vertretern belassen. Die Mandate bei privaten Netzbetreibern der öffentlichen Hand zugedacht waren müssten nun mit externen Experten besetzt werden, damit die Erreichung der Regulierungsziele nicht von einer Koalition der Mächtigen marginalisiert werden kann.

Bei beiden Varianten sind noch weitgehend unabhängige externe Experten als weitere Gremiumsmitglieder denkbar, die von den Vertretern der Interessengruppen im Gremium kooptiert werden könnten.

6.3.5 Die Größe des Entscheidungsgremiums

Das Entscheidungsgremium der Regulierungsinstitution sollte groß genug sein, damit es das anstehende Arbeitspensum bewältigen kann, aber nicht so groß, dass die Arbeits- und Entscheidungsfähigkeit darunter leidet. Sollte die Anzahl der Netzbetreiber ähnlich hoch sein wie ihre heutige Anzahl, so dürfte es sinnvoller sein, regionale Un-

⁹⁰⁷ Was bereits im Rahmen der eigentumsrechtlichen Entflechtung des Netzbetreibers von den anderen Marktstufen in Abschnitt 4.4 ab S. 110 diskutiert wurde.

tergremien für die Verteilungsnetze einzurichten.⁹⁰⁸ Andererseits könnten die Netzbetreiber im Rahmen einer eigentumsrechtlichen Trennung des Netzbetriebs größere Versorgungsgebiete betreuen als heute mit der historisch bedingten „Kleinstaterei“. Denkbar wäre z. B. ein Netzbetreiber für sämtliche Übertragungsnetze im Bundesgebiet und mehrere regionale Betreiber für die Verteilungsnetze. Auf diese Weise kann der Regulierungsaufwand beträchtlich reduziert und die Regulierungseffizienz gesteigert werden.⁹⁰⁹ In diesem Fall genügt eine Regulierungsinstitution vollkommen, was überdies zu mehr Klarheit und Einheitlichkeit in der Regulierungspraxis führt. Damit steigt die Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer während ihre Transaktionskosten sinken.

Im vorigen Abschnitt wurde bereits mit konkreten Zahlen hantiert, die allerdings nur die Sitzverhältnisse veranschaulichen sollten. Ein Gremium von nicht einmal zehn Personen könnte – wie Erfahrungen aus dem Ausland zeigen⁹¹⁰ – das Arbeitspensum auf keinen Fall bewältigen. Andererseits nehmen mit der Zahl der Abstimmungsberechtigten die Koordinationsprobleme bei der Entscheidungsfindung oder bei Abstimmungen zu und können im Extrem die Handlungsfähigkeit der Regulierungsinstitution gefährden. So gilt Untersuchungen zufolge z. B. bei Aufsichtsräten eine Größe von acht bis zwölf Personen als optimal.⁹¹¹ Für die notwendigen Verwaltungsaufgaben und Vorarbeiten wird es deshalb eines Stabes zur Unterstützung der Regulierungsinstitution bedürfen,⁹¹² der – ähnlich wie in Österreich die Energie-Kontroll-GmbH – als Geschäftsstelle administrative Aufgaben erledigt und dem Entscheidungsgremium der Regulierungsinstitution untergeordnet ist.⁹¹³ Sie könnte ähnlich der Task Force Netzzugang zum Teil mit Mitarbeitern der Akteursgruppen besetzt werden, was der Regulierungsinstitution zusätzliches spezifisches Wissen einbringen würde.⁹¹⁴ Die Mitarbeiter könnten den jeweiligen Akteursgruppenvertretern zugeordnet werden; dabei sollte für jeden Vertreter einer Akteursgruppe die möglichst gleiche Anzahl Mitarbeiter entsandt werden, damit es innerhalb der Geschäftsstelle ebenfalls nicht zu spürbaren Machtungleichgewichten kommt. Auf die Ausgestaltung des Stabes wird in der vorliegenden Arbeit nur insoweit eingegangen werden, als dies für die Ausgestaltung und Funktionsweise der Regulierungsinstitution notwendig ist.

⁹⁰⁸ Vgl. Spreer, F., Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: ZNER 2003, S. 190.

⁹⁰⁹ Siehe hierzu Abschnitt 4.3.2 ab S. 86.

⁹¹⁰ Zum Beispiel kommen in England auf 13 Netzbetreiber ca. 300 Mitarbeiter in der Regulierungsbehörde für den Strommarkt. Vgl. Kutschke, G et al., Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 142.

⁹¹¹ Vgl. Yermack, D., Higher Market Evaluation of Companies with a Small Board of Directors, in: JFE 1996, S. 185-211.

⁹¹² Bei der englischen Regulierungsbehörde für Energie, die insgesamt für 17 Netzbetreiber zuständig ist, sind ca. 300 Personen beschäftigt. Vgl. Kutschke, G et al., Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? In: ET 2004, S. 142. In Österreich übernimmt diese Aufgabe die Energie Control GmbH für die Energie Control Kommission. Siehe Abschnitt 3.2.2, S. 47.

⁹¹³ Vgl. Scharpf, F. W., Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: Héritier (Hg.), Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 1993, S. 66 f.

⁹¹⁴ Vgl. Schultz, K.-P., Die Task Force Netzzugang, in: ET 2002, S. 217.

6.4 Die Ausgestaltung des Mandats

6.4.1 Die Auswahl der Mandatsträger in der Regulierungsinstitution

Gibt es nicht mehr Akteure in einer Gruppe als für sie Sitze in der Regulierungsinstitution vorhanden sind, so sollten die Mandate zu gleichen Teilen unter den Akteuren aufgeteilt werden. Die einzelnen Akteursgruppen können dann intern entscheiden, welche Person sie entsenden oder vorschlagen. Zum Beispiel kann die Akteursgruppe „Staat“ nur vom Staat repräsentiert werden, wie dieser freilich seine(n) Vertreter bestimmt, bleibt ihm überlassen.

Sofern es mehr Akteure in einer Gruppe gibt, als ihr Mandate zustehen, so müssen sich ihre Mitglieder einigen, wen sie als Vertreter in der Regulierungsinstitution benennen oder vorschlagen. Die Vertretung der Interessengruppen in der Regulierungsinstitution durch einzelne ihrer Mitglieder lässt sich gegenüber den restlichen Mitgliedern mit dem „Schleier des Nichtwissens“ der nicht exakt vorhersehbaren Zukunft rechtfertigen; bei ähnlich gelagerten Interessen und gleichem Informationsstand werden die Akteursgruppenvertreter in der Regulierungsinstitution kaum zu Lasten der anderen Mitglieder handeln, da sie selbst in der Zukunft von ihrem Handeln gleichermaßen betroffen sein können.⁹¹⁵

Damit sichergestellt ist, dass die Kandidaten keinen Interessenkonflikten unterliegen bzw. nicht die Interessen anderer Akteursgruppen vertreten, müssen Kriterien festgelegt werden, welche die Mitglieder der einzelnen Akteursgruppen erfüllen müssen.⁹¹⁶ Sie dürfen der zulassenden Stelle bei der Prüfung und Zuordnung der Bewerber möglichst wenig Ermessensspielraum eröffnen. Ein potentieller Interessent an einem Mandat in der Regulierungsinstitution könnte sich für eine bestimmte Gruppe bei der zuständigen Stelle (z. B. Kartellbehörde oder Wirtschaftsministerium) um die Zulassung zur Wahl bewerben oder von einem Akteur vorgeschlagen werden. Diese lässt all jene zur Wahl der Repräsentanten der Akteursgruppen zu, welche alle notwendigen Merkmale ihrer Gruppe aufweisen⁹¹⁷. So sollte niemand zugelassen werden können, der von seiner Interessenlage eigentlich eher einer anderen Gruppe zugehört, bis nicht vor allzu langer Zeit einer anderen Akteursgruppe zuzurechnen war⁹¹⁸ oder nur unvollständige Auskünfte über seine möglichen Verbindungen zu anderen Interessengruppen erteilt. Die hierfür notwendigen Informationen müssten sehr weitreichend sein, damit die Regulierungsinstitution nicht durch Strohmänner unterwandert werden kann. Zudem sollten Anforderungen an die Qualifikation der Akteursvertreter präzise festgelegt werden, die ebenfalls vor der Wahl überprüft werden sollten, damit

⁹¹⁵ Vgl. Rawls, J., Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 36.

⁹¹⁶ Wie dies z. B. auch für Aufsichtsräte vorgesehen wird. Vgl. Säcker, F. J., Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: AG 2004, S. 180-186.

⁹¹⁷ Die einzige Ausnahme bilden integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit eigenem Netz, die – wie bereits erläutert – im Zweifel zu den Netzbetreibern zu zählen sind.

⁹¹⁸ Wie es z. B. in der Montanmitbestimmung in ähnlicher Weise für Aufsichtsratsmitglieder gilt. Vgl. § 4 Abs. 2 lit. b MontanMitbestG.

ein hinreichendes fachliches Niveau in der Regulierungsinstitution gewährleistet ist.⁹¹⁹ Wer die Zulassungskriterien erfüllt, darf als Vertreter der Interessengruppe in der Regulierungsinstitution kandidieren und gewählt werden. Die Wahl der Vertreter könnte dann innerhalb der einzelnen Akteurs(unter)gruppen erfolgen.

Die Vertreter der Akteursgruppen könnten von den zugelassenen Akteuren innerhalb der Gruppe mit absoluter Mehrheit gewählt werden. Eine Wahl mit relativer Stimmenmehrheit ist abzulehnen, da der Vertreter wenigstens von der überwiegenden Anzahl der Mitglieder seiner Akteursgruppe getragen werden sollte, wenn er die ganze Gruppe in der Regulierungsinstitution repräsentieren soll. Erreicht deshalb im ersten Wahlgang keiner der Kandidaten den notwendigen Stimmenanteil, weil mehr als zwei zur Wahl standen, so sollte der Vertreter der Akteursgruppe mit einer Stichwahl aus den beiden bestplatzierten Kandidaten ermittelt werden. Sollten Verbände für ihre Mitglieder stimmen dürfen, so sollte ihr Stimmenanteil bei der Wahl der Anzahl ihrer Mitglieder entsprechen; Mitglieder, die ihr Stimmrecht einem Verband übertragen, dürfen es nicht gleichzeitig selbst wahrnehmen können.

Eine Wahlberechtigung für inländische juristische Personen lässt sich aus Art. 19 Abs. 3 GG ableiten, nach dem die Grundrechte für sie ebenfalls gelten, soweit sie dem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Für Unternehmen mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten kann dies aus dem EG-Vertrag abgeleitet werden,⁹²⁰ für Unternehmen aus anderen Staaten gegebenenfalls aus bilateralen Abkommen.⁹²¹ Letztere könnten alternativ ein Tochterunternehmen in Deutschland gründen.

Anders ist hingegen bei der Kooptation der externen Experten zu verfahren: Koalitionen mit starken Interessen an einer für sie möglichst günstigen Regulierung⁹²² dürfen die externen Experten nicht de facto allein auswählen können. Sie dienen ja gerade zur Vermeidung von Ungleichgewichten, wegen denen das Regulierungsziel nicht erreicht werden könnte. Damit genau dieser Zweck nicht schon durch die Wahl der externen Experten von vornherein konterkariert wird, sollten sie von allen Akteursvertretern einstimmig gewählt werden müssen. Das wäre womöglich die einzige Wahl oder Abstimmung bei der nicht die absolute Mehrheit angewendet werden kann. Sollte auch in mehreren Wahlgängen keine Einigung zustande kommen, so könnte das Vorschlagsrecht auf eine unabhängige Körperschaft wie die Monopolkommission übergehen. Sie wählt die externen Experten für die Regulierungsinstitution aus und schlägt sie dem zuständigen Minister oder dem Parlament zur Ernennung vor. Das kann für potentiell

⁹¹⁹ Vgl. *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: *WuW* 2004, S. 272 f. sowie *Säcker, F. J.*, Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: *AG* 2004, S. 181 f.

⁹²⁰ Vgl. *Dreier, H.*, Art. 19 Abs. 3 GG, in: *Dreier (Hg.)*, Grundgesetz, Bd. I 1996, S. 1097 f., Rn. 14, *Huber, P. M.*, Art. 19 Abs. 3 GG, in: *Mangoldt/Klein/Stark (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, Bd. I 1999, S. 2266-2268, Rn. 322-327 sowie *Guckelberger, A.*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, in: *AöR* 2004, S. 618-638.

⁹²¹ Vgl. *BGH*, U. v. 28. 2. 1980, III ZR 131/77, BGHZ 76, S. 387, 396 sowie *Guckelberger, A.*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, in: *AöR* 2004, S. 618-638.

⁹²² Siehe Abschnitt 6.3.2, ab S. 168.

le Vetospieler eine aus ihrer Sicht ungünstigere Besetzung der Mandate für externe Experten bedeuten als sie durch ihre Kooperation zustande käme. Gleichzeitig würde die Unabhängigkeit der externen Experten gewährleistet, ohne dass den Akteursgruppen eine Mitwirkung bei deren Auswahl von vornherein verwehrt ist.

6.4.2 Hauptamtliche oder ehrenamtliche Mandatsträger?

Für eine ehrenamtliche Tätigkeit der gewählten Regulierungsinstitutionsmitglieder sprechen die daraus resultierenden niedrigeren Kosten. Allerdings dürfte das zu erwartende Arbeitspensum für eine hauptamtliche Beschäftigung der gewählten Akteursvertreter mehr als ausreichen. Hinzu kommt, dass für Ehrenamtliche die Anreize zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Pflichten viel geringer sind als für hauptamtliche Mandatsträger.⁹²³ Dies gilt verstärkt für die externen Experten, die von Partialinteressen weitgehend frei sein sollten. Aus diesen Gründen wird eine hauptamtliche Tätigkeit der Mandatsträger fruchtbringender sein als eine ehrenamtliche und ist deshalb zu befürworten.

6.4.3 Die Amtszeit der Akteursvertreter

Da es sich bei dem Mandat um ein Wahlamt handeln soll, ist die Amtszeit zu begrenzen. Sie muss lang genug sein, damit sich die Mandatsträger in die Materie einarbeiten können, aber so kurz, dass keine informellen Beziehungsgeflechte entstehen können, welche dem Regulierungserfolg abträglich werden könnten. Die Monopolkommission schlägt nicht ohne Grund in ihrem 14. Hauptgutachten eine lange, aber befristete Amtszeit für den Leiter der Regulierungsbehörde vor, der möglichst keine weitere folgen sollte. Die Beschränkung auf eine Amtszeit ist der mit zunehmender Amtsdauer ansteigenden Gefahr des Capturing geschuldet.⁹²⁴

Was die Dauer anbelangt, kämen Zeiträume zwischen vier bis zu acht Jahren in Betracht. Vier Jahre dürfte mit die Untergrenze dessen sein, was notwendig ist, damit die Regulierungsinstitution einigermaßen kontinuierlich arbeiten kann. Wenn die Leitung einen relativ großen Teil ihrer Amtszeit für die Einarbeitung benötigt, bleibt sonst zu wenig Zeit für die eigentliche Aufgabe. Demgegenüber bieten mehr als acht Jahre schon genug Entstehungs- und Wirkungszeit für unerwünschte informelle Beziehungsgeflechte.

Des Weiteren ist zu überlegen, ob die turnusmäßige Neubesetzung der Mandate der Kontinuität halber zeitversetzt erfolgen sollte oder nicht. Hierbei ist ebenfalls zu überlegen, ob alle Vertreter einer Akteurshauptgruppe zum gleichen Zeitpunkt ausscheiden oder auch innerhalb der Akteursgruppe die Amtszeiten versetzt beginnen sollen. Für versetzte Amtszeiten spricht eine größere Kontinuität in der Regulierungsinstituti-

⁹²³ Vgl. Ebert, E., *Private Normsetzung für die Rechnungslegung*, 2002, S. 90.

⁹²⁴ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten - Netzettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376 f., Tz. 798.

on: Wenn sich nur ein Teil der Mitglieder neu in die Materie einarbeiten muss, bleibt die Regulierungsinstitution – im Gegensatz zu einem kompletten Neubeginn aller Mitglieder – trotz neuer Mitglieder kontinuierlich handlungsfähig. Allerdings können negative Entwicklungen, die ja gerade mit dem regelmäßigen Austausch der Akteursvertreter sowie der Begrenzung ihrer Amtszeiten und Wiederwahlmöglichkeiten vermieden werden sollen, über die Amtszeiten der einzelnen Akteursvertreter hinaus fortbestehen. Wechseln alle Mitglieder einer Akteurshauptgruppe zum selben Termin, so können die dienstälteren der anderen Gruppen die Amtsneulinge leicht übervorteilen.

Bei der Nachbesetzung vorzeitig freigewordener Mandate spricht nichts gegen dasselbe Verfahren wie bei der turnusmäßigen Besetzung der Mandate. Eine volle Amtszeit würde die turnusmäßige Neubesetzung der Regulierungsinstitution stören und ist ebenso abzulehnen wie eine Wiederwahl – auch wenn die Amtszeit des Nachrückers nur sehr kurz ist.

6.4.4 Die Amtsenthebung von Akteursvertretern

Neben der Möglichkeit, das Mandat vorzeitig niederzulegen, ist zu überlegen, ob es Akteursvertretern in der Regulierungsinstitution in begründeten Fällen entzogen werden sollte und wie dies vonstatten gehen könnte.

Grundsätzlich wird eine möglichst große Unabhängigkeit der Akteursvertreter in der Regulierungsinstitution die Objektivität der Regulierungsentscheidungen begünstigen. Die Gefahr diskretionärer Einflussnahme – von welcher Seite auch immer – ist geringer, wenn dem Mandatsträger nicht wegen jeder unangenehmen Entscheidung mit seiner Amtsenthebung gedroht werden kann. Muss er hingegen keinerlei persönliche Folgen seines Handelns befürchten, so könnte er in Versuchung geraten, seine Pflichten zu vernachlässigen. Deshalb sollten Mitglieder der Regulierungsinstitution, welche in grober Weise ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, ihr Mandat missbrauchen oder aufgrund unrichtiger Angaben in die Regulierungsinstitution kamen, zumindest in besonders schwerwiegenden Fällen ihres Amtes enthoben werden können. Damit die Unabhängigkeit nicht zu sehr gefährdet wird, sind strenge Maßstäbe an das Enthebungsverfahren zu legen. Zunächst sollten die Pflichten und Verhaltensregeln einschließlich der Konsequenzen ihrer Missachtung definiert werden; hierunter können zum Beispiel das Verbot der Vorteilsannahme oder eine strafrechtliche Verfolgung, welche die Integrität des Akteursvertreters in der Regulierungsinstitution beeinträchtigt, fallen. Zudem müsste das Amtsenthebungsverfahren von einem unabhängigen Gericht durchgeführt werden. Stellten sich die Verfehlungen im Verfahren als hinreichend schwerwiegend heraus, sollte das Regulierungsinstitutionsmitglied durch das Urteil seines Amtes enthoben werden können.

Ein Klagerecht sollte den zugelassenen Akteuren und Akteursvereinigungen sowie der für die Regulierungsinstitution zuständigen Aufsichtsbehörde eingeräumt werden. Ist ein Strafverfahren gegen ein Mitglied anhängig, so sollte im Fall einer Verurteilung automatisch ein Amtsenthebungsverfahren eingeleitet werden.

6.4.5 Betätigungsverbote nach Beendigung des Mandats

Die Mitglieder der Regulierungsinstitution könnten von anderen Akteursgruppen ebenfalls vereinnahmt werden, indem ihnen für die Zeit nach ihrem Ausscheiden aus der Regulierungsinstitution eine Beschäftigung in Aussicht gestellt wird. Dies sollte durch ein Betätigungsverbot für den Mandatsträger nach seinem Ausscheiden aus der Regulierungsinstitution für andere an der Regulierungsinstitution beteiligte Akteursgruppen als der eigenen unterbunden werden; die Art des Beschäftigungsverhältnisses darf hierbei keine Rolle spielen. Ein hinreichend lang befristetes Beschäftigungsverbot dürfte genügen. Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist damit zumindest eingegrenzt, zumal es nur eine Betätigung für eine andere Akteursgruppe betrifft. Für diejenige Akteursgruppe, die ein Regulierungsinstitutionsmitglied aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit vertritt, gilt diese Einschränkung nicht: Er kann nach seinem Ausscheiden die zuvor ausgeübte Tätigkeit wieder aufnehmen und ohne Einschränkung ausüben. Diese Maßnahme ist in dem hier vorgeschlagenen Umfang notwendig, damit das Gleichgewicht zwischen den Akteursgruppen in der Regulierungsinstitution nicht durch Capturing einzelner Akteursgruppen gestört wird. Damit wäre die Erreichung des Regulierungsziels im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gefährdet. Gegebenenfalls ist wegen des Betätigungsverbots eine Ausgleichszahlung vorzusehen.⁹²⁵

Einer Argumentation, dies stelle die Mitglieder der Regulierungsinstitution schlechter als beispielsweise Minister, die nicht solchen Beschränkungen für die Zeit nach dem Ausscheiden aus ihrem Amt unterliegen, ist entgegenzutreten: Bei der Beteiligung von Akteursvertretern in zentralen Positionen der Regulierungsinstitution handelt es sich bewusst um Vertreter von Partialinteressen. Gäbe es keine Beschränkungen, so verlöre diese Form der Regulierungsinstitution an Wirksamkeit. Dagegen sollen Minister oder politische Beamte nicht eine bestimmte Interessengruppe vertreten, wodurch ein Beschäftigungsverbot – so wie es manchmal angebracht erscheint – nach dem Ausscheiden aus dem Amt einem vollständigen Berufsverbot gleichkommen kann.

6.5 Die Verfassung der Regulierungsinstitution

6.5.1 Befugnis- und Kompetenzverteilung im Organ

Das Kernstück und die Leitung der Regulierungsinstitution soll der Regulierungsrat bilden, der sich aus den gewählten Interessenvertretern zusammensetzt. Dort werden die Interessen der Akteursgruppen koordiniert und Regulierungsentscheidungen getroffen. Darunter fallen die Entscheidungen über das zum Einsatz kommende Regulierungsverfahren und das anzuwendende Regulierungsinstrumentarium. Er genehmigt oder legt Netznutzungspreise und -bedingungen fest (ex-ante-Regulierung), fasst Beschlüsse in Missbrauchsverfahren und fällt Schlichtungssprüche in Streitschlichtungsverfahren. Wegen des zu erwartenden Arbeitspensums bedarf es eines Verwaltungsunterbaus, welcher dem Rat zuarbeitet. Dieser kann beispielsweise die Auswahl und

⁹²⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 7. 2. 1990, 1 BvR 26/84, *BVerfGE* 81, S. 242, 260 f. – Karenzentschädigung für Handelsvertreter.

Anwendung der Regulierungsinstrumente ausarbeiten, die eingereichten Preise und Bedingungen prüfen, den Markt beobachten und die Ermittlungen in Missbrauchsverfahren durchführen.

Da nicht ganz ausgeschlossen werden kann, dass es eine erhebliche Anzahl von Missbrauchs- und Schlichtungsverfahren geben wird, ist zu überlegen, ob Missbrauchsverfahren und Streitschlichtung von den übrigen Aufgaben getrennt werden sollen, da sie eher in Richtung Rechtsprechung gehen. Das Gremium wäre dann entsprechend zum Regulierungsrat zu besetzen. Ebenso könnten verschiedene Senate eingerichtet werden, die auf bestimmte Sachverhalte spezialisiert sind. Würde hierfür ein eigener Rat geschaffen, so ist zu überlegen, ob in Grundsatzfragen der Regulierung – wie der Auswahl der Regulierungsinstrumente – und der Besetzung von höheren Führungspositionen unterhalb der von Akteursvertretern besetzten Leitungsebene beide Gremien diese gemeinsam diskutieren und entscheiden. Damit wäre eine Verdreifachung vermieden und es können sowohl die Erfahrungen aus der ex-ante-Genehmigungspraxis als auch der ex-post-Kontrolle und Streitschlichtung in die Verbesserung und Fortentwicklung der Regulierung einfließen. Das verhindert sich widersprechende oder behindernde Entscheidungen der einzelnen Abteilungen⁹²⁶ und fördert die Konsistenz der Regulierung.

Übersicht 3: Zuständigkeitsaufteilung bei einer Aufsplittung des Regulierungsrates

Gesamtreulierungsrat	Untergremium für ex-ante-Regulierung	Untergremium für Missbrauchaufsicht und Streitschlichtung
Auswahl des Regulierungsinstrumentariums	Genehmigung der Netznutzungstarife und Bedingungen bzw. deren Festsetzung.	Durchführung von Missbrauchsverfahren
Marktbeobachtung (Monitoring)		Streitschlichtung zwischen Netzbetreiber und Marktakteuren (Art. 23 Abs. 5 RI. 2003/54/EG)
Besetzung weiterer Führungspositionen		

Quelle: eigene Darstellung

6.5.2 Finanzierung der Regulierungsinstitution

Von der Finanzierung der Regulierungsinstitution können ebenfalls Effekte auf den Markt ausgehen. Die Finanzausstattung sollte eine umfassende und qualitativ hochwertige Aufgabenerfüllung erlauben, wobei eine Überregulierung vermieden werden soll, welche bei einer zu starken Beeinflussbarkeit des verfügbaren Budgets durch die Regulierungsinstitution zu befürchten ist.

⁹²⁶ Ein solches Negativbeispiel einer behindernden Regulierung war die Verrechtlichung der Verbändevereinbarung II+. Indem sie als Maßstab für wettbewerbskonformes Handeln festgelegt wurde, konnte das Bundeskartellamt selbst bei nachgewiesenem Missbrauch des Netzmonopols nicht ahnden, solange die Netznutzungspreise und -bedingungen mit der Verbändevereinbarung konform waren. Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610 sowie *OLG Düsseldorf*, B. v. 17. 3. 2004, VI-Kart 18/03 (V) u. B. v. 17. 7. 2003, Kart 18/03 – Stadwerke Mainz sowie *OLG Düsseldorf*, B. v. 11. 2. 2004, VI-Kart 4/03 (V) – TEAG.

Eine garantierte Deckung der Vollkosten übt auf die Regulierungsinstitution dieselben Anreize zur Ineffizienz aus wie kostenorientierte Netznutzungsentgelte bei den Netzbetreibern; in einem „Regulierungsmonopol“ besteht insofern ebenfalls die Gefahr des Averch-Johnson-Effekts, dem die Tendenz von Verwaltungen, sich aufzublähen, entspricht. Demzufolge sollte die Regulierungsinstitution ihr Budget möglichst nicht ungesteuert erhöhen können.⁹²⁷ Eine allzustarke Begrenzung ist wegen negativer Handlungsanreize ebenfalls zu vermeiden. Es bietet sich deshalb eine, den größten Teil der Kosten deckende Sockelfinanzierung an, welche – damit sie einer unnötigen Aufblähung keinen Vorschub leisten kann – nicht von der Regulierungsinstitution beeinflusst, sondern vom Gesetzgeber festgelegt werden sollte.⁹²⁸ Daneben könnte ein Teil des Budgets von einem Bonus/Malussystem abhängen, das sowohl Anreize für eine rege als auch für eine qualitativ hochwertige Aufgabenwahrnehmung setzt.

Für die Sockelfinanzierung bieten sich mehrere Quellen an: aus Steuermitteln oder durch die regulierte Branche selbst. Da die Tätigkeit der Regulierungsinstitution einer bestimmten Branche genau zuordenbar ist, sollte der allgemeine Staatshaushalt verschont bleiben und die Energiewirtschaft die Finanzierung entweder über Gebühren oder Umlagen tragen.⁹²⁹ Gebühren könnten insbesondere beim Genehmigungs- und bei Missbrauchsverfahren von den Netzbetreibern verlangt werden. Nebenbei könnte eine verursacherbezogene Finanzierung die Netzbetreiber dazu motivieren, Gebühren zu sparen, indem sie sich zusammenschließen. Damit hätten sie weniger Genehmigungsfälle (und Missbrauchsfälle), was sowohl die unternehmensinternen als auch gesamtwirtschaftlichen Regulierungskosten senken würde. Bei der kostenorientierten Preisermittlung führen solche Gebühren allerdings zu höheren Netznutzungspreisen. Schwerer wiegt freilich die Beeinflussbarkeit der Einnahmen durch die Regulierungsinstitution, die zu einer „Überregulierung“ führen kann, insbesondere, wenn bei rückläufigem Regulierungsbedarf der Verwaltungsapparat sich in seiner ursprünglichen Größe erhalten oder gar ausdehnen will.⁹³⁰

Werden dagegen generell Preisvorgaben verwendet, so wären dafür Gebühren von allen Netzbetreibern zu entrichten, was einem Umlageverfahren sehr nahe kommt. Eine Gebührenfinanzierung ist unter diesen Gesichtspunkten eher abzulehnen. Mit einer Umlagefinanzierung ließe sich der Einfluss der Regulierungsinstitution auf ihr Budget stärker beschränken. Für dieses System sollte deshalb eine im Zeitverlauf möglichst konstante Berechnungsgrundlage gewählt werden (z. B. die in den vergangenen fünf Jahren an Endabnehmer abgegebene Strommenge oder Anschlüsse von Endabnehmern). Die Gebühr pro Verrechnungseinheit sollte nicht von der Regulierungsinstitution selbst festgelegt werden können. Die finanzielle Grundausstattung sollte groß ge-

⁹²⁷ Vgl. Blankart, C. B./Cwojdzinski, L./Fritz, M., Netzregulierung in der Elektrizitätswirtschaft: Was bringt das neue Gesetz? In: WD 2004, S. 505.

⁹²⁸ Vgl. im Grundtenor Haucap, J./Kruse, J., Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: WuW 2004, S. 274.

⁹²⁹ Vgl. Zimmermann, H./Henke, K.-D., Finanzwissenschaft, 1994, 103-106.

⁹³⁰ Vgl. Kirchgässner, G., Homo Oeconomicus, 2000, S. 120 f. sowie Jochum, G./Pfaffenberger, W., (De-)Regulierung der Energiewirtschaftsbranche, in: ZfW 2005, S. 79.

nug sein, damit die Regulierungsinstitution ihre Aufgaben hinreichend wirkungsvoll erfüllen kann.⁹³¹

Mit der leistungsbetonten Finanzierungskomponente erhält die Regulierungsinstitution eine Möglichkeit, ihr Budget aufzubessern, was die finanziellen Spielräume für ihre Arbeit erhöht. So könnte sie bei Missbrauchsverfahren neben einer Erstattung der Verfahrenskosten auch an abgeschöpften Missbrauchsgewinnen und Bußgeldern beteiligt werden. Kommt sie hingegen ihren Aufgaben nur unzureichend nach – sei es, indem die Regulierung von schlechter Qualität ist (z. B. wenn die Regulierungsinstitution Prozessen gegen ihre Entscheidungen und Verfügungen auffallend häufig unterliegt) oder notwendige Eingriffe unterbleiben –, sollte es Abzüge von den leistungsbetonten Budgetkomponenten geben. Hierfür können Kriterien wie die durchschnittliche Verfahrensdauer bzw. die Anzahl der über die gesetzlich vorgesehene Frist⁹³² hinaus verlängerten Verfahren oder die Gerichtsfestigkeit der Entscheidungen der Regulierungsinstitution mit der Quote der per Gerichtsentscheid aufgehobenen Entscheidungen als Messgrößen dienen.

Eine Kombination aus einer garantierten, aber effizienzfördernd knappen Grundfinanzierung mit einer leistungsabhängigen Komponente, mit welcher die Knappheit gemildert werden kann, wenn die Regulierungsinstitution ihre Aufgaben entsprechend gut erfüllt, dürfte deren Effizienz ebenfalls fördern. Die Gebühren der Regulierungsbehörde sollten auf die Endabnehmer umgelegt werden können, da sie zum einen für die Netzbetreiber Kosten darstellen und letztendlich ohnehin die Endabnehmer Nutznießer der Regulierung sind. Damit sie aber nicht missbräuchliches Verhalten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen finanzieren müssen, sollten Bußgelder und abgeschöpfte Gewinne nicht auf die Netznutzungspreise aufgeschlagen werden dürfen.

6.6 Kontrolle der Regulierungstätigkeit

Neben dem in Abschnitt 5.6 erläuterten Rechtsweg als mittelbares Kontrollinstrument ist eine beschwerdeunabhängige Kontrolle der Arbeit der Regulierungsinstitution und ihrer Wirksamkeit sinnvoll. Sie kann auf mehreren Säulen basieren: Erstens in Form eines Tätigkeitsberichts der Regulierungsinstitution sowie der fortlaufenden Veröffentlichung von Regulierungsakten, nachdem sie abgeschlossen sind. Zweitens durch ein Monitoring, das die Monopolkommission entweder im Rahmen ihrer Hauptgutachten mit durchführen oder mit dem sie nach § 44 Abs. 1 S. 3 GWB von der Bundesregierung gesondert beauftragt werden könnte. Drittens könnte das Bundeskartellamt die Fachaufsicht über die Regulierungsinstitution wahrnehmen;⁹³³ es sollte allerdings nicht als weitere Instanz in Streitsachen zwischen den Marktakteuren fungieren, gegen die nach

⁹³¹ Das entspräche der Forderung von Art. 23 Abs. 7 Rl. 2003/54/EG.

⁹³² Vgl. Art. 23 Abs. 5 Rl. 2003/54/EG bzw. § 31 Abs. 3 EnWG 2005.

⁹³³ Vgl. *Hebeler, T.*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsnormen funktionaler Selbstverwaltung, in: DÖV 2002, S. 942.

dem Schlichtungsverfahren vor der Regulierungsinstitution direkt vor Gericht gezogen werden sollte, um den Rechtsweg nicht unnötig zu verlängern.

6.7 Legitimation einer weitgehend unabhängigen Regulierungsinstitution

Die Regulierungsinstitution erfüllt staatliche Aufgaben und muss dabei zwangsläufig in die unternehmerische Tätigkeit der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, insbesondere der Netzbetreiber eingreifen. Diese Eingriffe können sehr weit in die Grundrechte der regulierten Unternehmen gehen (z. B. in die Berufsfreiheit bei Preisregulierungen). Deshalb muss von einer erheblichen Tragweite der Entscheidungen der Regulierungsinstitution ausgegangen werden, für die sie gegenüber den Adressaten weitreichender Eingriffskompetenzen und eines entsprechend hohen Niveaus der demokratischen Legitimation bedarf. Dies ist bei (staatlichen) Behörden in der Regel gegeben, trifft aber nicht auf Private zu. Sie können ohne hinreichende Legitimation keine Entscheidungen oder Vereinbarungen (wie z. B. die Verbändevereinbarungen im Strommarkt)⁹³⁴ zu Lasten Dritter treffen. Damit dennoch die Potentiale nichtstaatlicher Akteure für die Regulierung des Strommarktes genutzt werden können,⁹³⁵ indem von ihnen selbst ausgewählte Vertreter in der Regulierungsinstitution entscheidend mitwirken, bedarf es einer hinreichenden demokratischen Legitimation der Regulierungsinstitution bzw. der Personen, welche die Entscheidungen treffen. Nach Art. 20 Abs. 2 GG muss die demokratische Legitimation auf dem Willen des Volkes gründen. Dabei muss nicht jeder Entscheidungsträger direkt vom Volk gewählt sein, sondern es genügt, wenn sich seine Ernennung über eine ununterbrochene Legitimationskette bis hin zum vom Volk gewählten Parlament zurückführen lässt; die Höhe des Legitimationsniveaus muss der Eingriffstiefe entsprechen.⁹³⁶

Sollen private Akteure oder Stellen in das in der Regel dem Staat vorbehaltene Verwaltungshandeln einbezogen werden, stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, die auf eine hinreichende demokratische Legitimation zu überprüfen sind: Die Beleihung bietet sich für eine Regulierungsinstitution mit privater Rechtsform an. In der funktionalen Selbstverwaltung werden die Akteure Mitglieder in einer Körperschaft öffentlichen Rechts, über die sie ihre Belange im Auftrag des Staates selbst regeln können. Strebt man hingegen eine noch stärkere Nähe zur staatlichen Verwaltung an, so könnte

⁹³⁴ Diese Vereinbarungen waren zunächst nur für die Mitglieder der beteiligten Verbände verbindlich. Sie wurden mit der Aufnahme des Passus in § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 2003 verrechtlicht, nach dem das Netz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen sei, die „...guter fachlicher Praxis entsprechen...“, die nach Satz 3 – wenn auch nur bis zum 31. 12. 2003 befristet – bei Einhaltung der Verbändevereinbarung II+ zu vermuten sei. Vgl. hierzu *Schmidt-Preuß, M.*, Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 262-266

⁹³⁵ Vgl. *Büdenbender, U.*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, in: DÖV 2002, S. 378 f., sowie *Burgi, M.*, BA-Verwaltungsrat und Gesetzliche Krankenversicherung-Bundesausschuss: Hund und Katz in Selbstverwaltung, in: NJW 2004, S. 1366.

⁹³⁶ Vgl. *Hebeler, T.*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsnormen funktionaler Selbstverwaltung, in: DÖV 2002, S. 939.

die Regulierungsinstitution als Behörde errichtet und die Akteursvertreter für die Dauer ihrer Amtszeit dort bedienstet werden.

6.7.1 Die Freiheit der Regulierungsinstitution von ministerialen Weisungen

Weisungsfreie Räume sind in der staatlichen Verwaltung⁹³⁷ nur für Aufgaben zulässig, die von keiner so großen politischen Tragweite sind, dass sie zwingend der Kontrolle des Parlaments oder des zuständigen Ministers bedürfen. Voraussetzung sind neben einer gesetzlichen Grundlage zwingende Sachgründe. Diese Voraussetzungen gelten zum Beispiel bei der Bundesbank oder dem Bundeskartellamt als erfüllt.⁹³⁸ Die Regulierung des Elektrizitätsmarktes ist spezifischer als z. B. die Aufgaben des Bundeskartellamts und dürfte die politische Tragweite der Geldpolitik nicht übersteigen. In Anbetracht dessen und des bisherigen Wohlwollens der Bundeswirtschaftsminister gegenüber den alteingesessenen Gebietsversorgern erscheint die Freiheit von sachlichen ministeriellen Weisungen nicht nur vorteilhaft, sondern angebracht.⁹³⁹ Demzufolge ist eine Ansiedelung der Regulierungsinstitution in dem für Energiewirtschaft zuständigen Ministerium abzulehnen.⁹⁴⁰ Ebenso ist von einem Letztentscheidungsrecht des zuständigen Ministers der Bundesregierung – wie bei der Fusionskontrolle nach dem GWB⁹⁴¹ – abzuraten, zumal die Mitglieder der Kartellbehörde über die Legitimationskette ohnehin ausreichend demokratisch legitimiert sind⁹⁴². Es eröffnete der politisch opportunen Einflussnahme, die ökonomische Notwendigkeiten außer Acht lässt, Tür und Tor; die Regulierungsinstitution wäre dann nicht mehr unabhängig.⁹⁴³

Allerdings bedarf eine derart unabhängige Institution, in der zudem Vertreter privater Akteure in einem Kollegialorgan die Regulierungsentscheidungen fällen, einer hinreichenden demokratischen Legitimation, die sich aus mehreren Quellen speisen kann. Im Lauf der Zeit wurden von der Rechtsprechung und in der Literatur Kriterien herausgearbeitet, nach denen Private hoheitliche Aufgaben wahrnehmen können. Sie können je nach der gewählten Verfassung der Regulierungsinstitution unterschiedlich

⁹³⁷ Zu den Vorteilen siehe die Ausführungen auf S. 167.

⁹³⁸ Vgl. *BVerfG*, U. v. 27. 4. 1959, 2 BvF 2/58, *BVerfGE* 9, S. 268, 282 sowie *BVerfG*, B. v. 20. 6. 1967, 2 BvL 10/64, *BVerfGE* 22, S. 106, 113 f.

⁹³⁹ Vgl. *Bullinger, M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: *DVBl.* 2003, S. 1360 sowie *Becker, P.*, Wer ist der Gesetzgeber im Energiewirtschaftsrecht? In: *ZNER* 2005, S. 109.

⁹⁴⁰ Vgl. *Büdenbender, U.*, Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: *ET-Special* 9/2003, S. 15.

⁹⁴¹ Vgl. § 42 GWB.

⁹⁴² Vgl. *Herzog, R.*, in *Maunz/Dürig Grundgesetz*, Art. 20, II, Rn. 49-54 sowie *Schöler, M.*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Regulierung der Energiewirtschaft durch eine privatrechtliche Stelle, in: *ZNER* 2003, S. 201.

⁹⁴³ Vgl. *Haucap, J./Kruse, J.*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: *WuW* 2004, S. 271 f. sowie ausführlich hierzu *Pielow, J.-C.*, Wie "unabhängig" ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor? Anmerkungen zum neuen Energiewirtschaftsgesetz, in: *DÖV* 2005, S. 1017 1025.

stark zur Legitimation beitragen; das daraus resultierende Legitimationsniveau muss freilich den Aufgaben entsprechen.⁹⁴⁴

Grundsätzlich bedarf eine von ministeriellen Weisungen freie Regulierungsinstitution, eines Errichtungsgesetzes, das so präzise sein muss, dass sich die Handlungen der Regulierungsinstitution „auf die messbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken.“⁹⁴⁵ Das bedeutet eine strikte inhaltliche Gesetzesbindung, welche die Entscheidungen der Regulierungsinstitution möglichst exakt prognostizierbar werden lässt. Bei der Regulierung im Strommarkt wird diese strenge Anforderung von manchen Autoren – selbst bei nicht allzu wörtlicher Auslegung – als schwer oder nicht erfüllbar eingeschätzt.⁹⁴⁶ Die Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsinstitution dürfen sich durchaus präzise per Gesetz als Rahmen⁹⁴⁷ für die Regulierungstätigkeit definieren lassen. Für eine effektive Regulierung sind allerdings Ermessens- und Gestaltungsspielräume bei der Anwendung der Kontroll- und Auswahl der Regulierungsinstrumente notwendig, damit auf sich ändernde Praktiken der Unternehmen, Bedingungen in den Märkten und neue wissenschaftliche Erkenntnisse adäquat reagiert werden kann.⁹⁴⁸ Würden beispielsweise präzise Parameter für die Preisentwicklung und die Versorgungssicherheit in einem Gesetz festgeschrieben, wäre deren Einhaltung nicht unbedingt ein Indiz wirksamer Regulierung, sondern korrekter Planerfüllung. Hier fragt sich, ob eine Anpassung des Bestimmtheiterfordernisses nicht zweckdienlicher wäre:⁹⁴⁹ Die Präzision des Gesetzes und die messbare Richtigkeit seiner Durchführung muss vielmehr mit hoher Sicherheit der Willkür vorbeugen helfen, was wohl am deutlichsten in der Gerichtsfestigkeit der Handlungen der Regulierungsinstitution zum Ausdruck kommt. Insofern bedarf es aber einer Regulierungsinstitution, die den betroffenen Interessen entsprechend ausgewogen zusammengesetzt ist, die ihre Arbeit – insbesondere was die Normsetzung betrifft – möglichst transparent verricht

⁹⁴⁴ Vgl. *Hebeler, T.*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsnormen funktionaler Selbstverwaltung, in: DÖV 2002, S. 939.

⁹⁴⁵ *BVerfG*, B. v. 31. 10. 1990, 1 BvF 3/89, BVerfGE 83, S. 60, 74.

⁹⁴⁶ Vgl. z. B. *Mayen, T.*, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: DÖV 2004, S. 52.

⁹⁴⁷ Vgl. *Kloepfer, M./Elsner, T.*, Selbstregulierung im Umweltrecht, in: DVBl. 1996, 967.

⁹⁴⁸ Vgl. *Bartelt, G.*, Regulatorische Marktinterventionen – Ansätze zu einer Theorie regulatorischer Marktinterventionen als Grundlage zur Beurteilung ihrer Effizienz, 1989, *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 70 f, Tz. 247-250, S. 243, *Badura, P.*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1194, *Koenig, C./Rasbach W.*, Methodenregulierung in der Energiewirtschaft, in: ET 2004, S. 704 sowie *Franz, O./Schäffner, D./Trage, B.*, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG – Optionen und offene Fragen, in: ZfE 2005, S. 93.

⁹⁴⁹ Vgl. *Bullinger, M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1358 f.

tet, ihre Beschlüsse begründet und veröffentlicht.⁹⁵⁰ Überdies müssen Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Regulierungsinstitution möglich sein.⁹⁵¹

6.7.2 Beleihung durch den Staat

Der Staat kann durch Beleihung bestimmte Staatsaufgaben auf Private übertragen, sofern dies im öffentlichen Interesse ist und die sachgerechte Erfüllung der Aufgaben gewährleistet werden kann.⁹⁵² Damit kann er sich unter anderem personell und finanziell entlasten sowie die gegebenenfalls vorhandene größere Sachkenntnis der Privaten nutzen. Die Aufgaben werden von den beliebten natürlichen oder juristischen Personen privaten Rechts in eigenem Namen erledigt.⁹⁵³

Da bei der Beleihung Hoheitsrechte übertragen werden, muss sie per Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag erfolgen. Der Beliehene erhält damit das Recht und die Pflicht, die ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen. Seine demokratische Legitimation geht auf das Parlament zurück und ist so mit Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Die von der Regulierung Betroffenen haben in der Regel keinen Einfluss auf die Auswahl des zu Beliehenden.⁹⁵⁴ Beliebte sind insoweit in die mittelbare Staatsverwaltung einbezogen, wie sie hoheitlich handeln und ihre hoheitlichen Kompetenzen als Verwaltungsträger reichen.⁹⁵⁵ Sie gelten als Behörden im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG und stehen in einem öffentlichrechtlichen Amtsverhältnis mit der ermächtigenden staatlichen Stelle. Ihr gegenüber erlangen sie gegebenenfalls Erstattungsansprüche für ihre Aufwendungen.⁹⁵⁶

Gegenüber Dritten kann der Beliehene im Rahmen seiner Befugnisse Verwaltungsakte erlassen, Ordnungswidrigkeiten ahnden und Gebühren erheben. Über die Beleihung können nur Verwaltungskompetenzen auf Private übertragen werden; die Rechtsetzung und Rechtsprechung ist dem Staat oder dafür vorgesehenen autonomen juristischen Personen öffentlichen Rechts vorbehalten.⁹⁵⁷ Wie die öffentliche Verwaltung unterliegt der Beliehene bei der Ausübung dieser Tätigkeiten der Rechtsgebundenheit. Er muss einer staatlichen Rechts- und Fachaufsicht unterliegen; bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Aufgaben verbleibt dem Staat die Eingriffskompetenz.⁹⁵⁸

⁹⁵⁰ Vgl. Kloepfer, M./Elsner, T., Selbstregulierung im Umweltrecht, in: DVBl. 1996, S. 971 sowie Tettinger, P. J./Pielow, J.-C., Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, in: RdE 2003, S. 296.

⁹⁵¹ Vgl. Schmidt-Preuß, M., Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 263.

⁹⁵² Vgl. Stober, R., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 519.

⁹⁵³ Vgl. Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, S. 615 f., Rn. 56 f.

⁹⁵⁴ Vgl. Emde, E. T., Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 361.

⁹⁵⁵ Vgl. Stober, R., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 518.

⁹⁵⁶ Vgl. Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, S. 615 f., Rn. 56-59

⁹⁵⁷ Vgl. Stober, R., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 514.

⁹⁵⁸ Vgl. Stober, R., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 520.

Eine wie in dieser Arbeit vorgeschlagene Regulierungsinstitution wäre mit privater Rechtsform einzurichten. Die Auswahl der einzelnen Mitglieder der Regulierungsinstitution nach den in den Abschnitten 6.3.1, 6.3.3 und 6.4.1 eingehend erläuterten Kriterien und Verfahrensweisen obläge den Akteuren. Der Staat überprüfte vor der Beleihung der Regulierungsinstitution die korrekte Zusammensetzung des Gremiums sowie die ordnungsgemäße Wahl und die persönliche Eignung der Mitglieder der Regulierungsinstitution. Die Beleihung ist vor dem Ansatz dieser Arbeit indes abzulehnen: Sie belässt der zuständigen Ministerialverwaltung einen zu großen Spielraum für diskretionäres Verhalten, da die Teilhabe der relevanten Akteure bei der Auswahl der Regulierungsinstitutionsmitglieder nicht vorgesehen ist.⁹⁵⁹

6.7.3 Funktionale Selbstverwaltung

Bei der funktionalen Selbstverwaltung werden durch einen Hoheitsakt (Gesetz) Verwaltungsaufgaben auf eine rechtsfähige Körperschaft übertragen. Sie muss öffentlich-rechtlich sein, denn Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG deckt eine Übertragung der Ermächtigung zum Erlassen von Rechtsverordnungen an Private nicht.⁹⁶⁰ Getragen wird die Körperschaft allerdings von ihren Mitgliedern, die den Teil des Volkes darstellen müssen, der von der Verwaltungstätigkeit der Körperschaft betroffen ist.⁹⁶¹ Diese Konstruktion bietet sich an, wenn die Betroffenen über spezielleren Sachverstand oder genauere Kenntnisse verfügen als der Staat, der ohnehin sachkundigen Rat von außerhalb einholen müsste;⁹⁶² Hierauf ist auch die Bundesnetzagentur angewiesen.⁹⁶³ Mithin kann sich der Staat durch die Delegation von Aufgaben auf Träger der funktionalen Selbstverwaltung entlasten und darüber hinaus Entscheidungen aus der politischen Einflussnahme herauslösen, was der Sachlichkeit zugute kommt. Sofern ein wirksamer Interessenausgleich gewährleistet ist, können hier durchaus Akteure mit unterschiedlichen Interessen fruchtbringend zusammenwirken.⁹⁶⁴ Die Wirksamkeit des Gesetzes, mit dem die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe geregelt wird, kann gesteigert werden, sofern es gelingt, dies mit der Wahrung der privaten Interessen der Betroffenen zu verbinden.⁹⁶⁵ Dabei müssen die dem Demokratieprinzip eigenen Strukturen prinzipiell vor-

⁹⁵⁹ Vgl. *Tettinger, P. J./Pielow, J.-C.*, Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, in: *RdE* 2003, S. 294.

⁹⁶⁰ Vgl. *Pieroth, B.*, Art. 80, in: *Jarass/Pierroth (Hg.)*, Grundgesetz Kommentar, 2004, Art 80, S. 959 f., Rn. 19.

⁹⁶¹ Vgl. *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachof/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 336.

⁹⁶² Vgl. *BVerfG*, B. v. 19. 12. 1962, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15, 235, 242 – IHK-Pflichtzugehörigkeit sowie auch *Emde, E. T.*, Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 388 und *Mayen, T.*, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: *DÖV* 2004, S. 52.

⁹⁶³ Vgl. *Neveling, S.*, Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen, S. 269 f.

⁹⁶⁴ Vgl. *BVerfG*, U. v. 29. 7. 1959, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, S. 89, 102 f.

⁹⁶⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 5. 12. 2002, 2 BvL 5 u. 6/98, BVerfGE 107, S. 59, 92 – Lippeverband und Emscher-Genossenschaft.

handen sein.⁹⁶⁶ Die Partizipations- und Mitwirkungsrechte der betroffenen Akteure an den Entscheidungsprozessen demokratisieren das Verwaltungshandeln, nehmen diese aber insbesondere bei gemeinwohlorientierten Aufgabengebieten und wegen der relativ großen Entscheidungsfreiräume stärker in die Verantwortung. Gegenüber rein privatrechtlichen Verbänden und deren Vereinbarungen herrschen höhere rechtsstaatliche Standards, da die Selbstverwaltungskörperschaft strikt an ihre gesetzlich festgelegte Verbandskompetenz, die Grundrechte sowie ihre gesetzlich vorgegebenen Aufgaben, Befugnisse und Verfahren gebunden ist und der staatlichen Rechtsaufsicht unterfällt.⁹⁶⁷

Obwohl eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, kann die funktionale Selbstverwaltung ihre hoheitlichen Befugnisse nur im Innenverhältnis ausüben, da ihre Amtswalter ihre Legitimation nicht direkt auf das Parlament zurückführen können, sondern von den Mitgliedern gewählt werden. Im Verlauf der langen Geschichte, auf die dieser Verwaltungstypus zurückblickt, und den vielerlei Ausformungen, die sich über die Zeit entwickelten,⁹⁶⁸ wurden ebenfalls die Kriterien für dessen demokratische Legitimation ausdifferenziert.

Ein Kriterium ist die materielle Legitimation, d. h. dem Volk muss ein Mindestmaß an Einfluss auf die Einrichtung und Ausgestaltung der funktionalen Selbstverwaltung verbleiben. Deshalb muss sie entweder aus dem Grundgesetz ableitbar sein (z. B. bei der Bundesbank aus Art. 88 GG) oder durch ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz eingerichtet werden, in dem die Organisation dieser Körperschaft festgelegt wird.⁹⁶⁹ Je spezifischer und präziser in der gesetzlichen Grundlage die Aufgaben und Ermessensspielräume des Selbstverwaltungsträgers definiert sind, umso höher ist das Legitimationsniveau. Zudem muss eine Rechtsaufsicht über die Einhaltung der Kompetenzen wachen.⁹⁷⁰

Ähnlich verhält es sich mit der persönlichen Legitimation der Amtsinhaber: zumindest eine Mehrzahl von ihnen muss demokratisch legitimiert sein und es darf keine Entscheidung gegen diese Mehrheit getroffen werden können.⁹⁷¹ Bei der Besetzung der Ämter in einer Körperschaft der funktionalen Selbstverwaltung bedarf es nicht zwingend einer alleinigen Entscheidung durch das Parlament oder die Ministerialverwaltung zur demokratischen Legitimation der Amtswalter. Eine partielle Beteiligung gesellschaftlicher Gruppen bei der Auswahl der Amtsträger ist möglich, sofern das Verfahren, die rechtliche Gestalt der Institution, ihrer Aufgaben und Befugnisse per Gesetz

⁹⁶⁶ Vgl. *Musil, A.*, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, in: DÖV 2004, S. 119.

⁹⁶⁷ Vgl. *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachof/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 775-777.

⁹⁶⁸ Vgl. *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachof/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 782-864.

⁹⁶⁹ Vgl. *Musil, A.*, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, in: DÖV 2004, S. 117 sowie *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachof/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 130, Rn. 138-141.

⁹⁷⁰ Vgl. *Emde, E. T.*, Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 329-333.

⁹⁷¹ Vgl. *Böckenförde, E.-W.*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 75.

oder Verordnung eingehend festgelegt sind. Ferner muss die persönliche Legitimation der Mitglieder groß genug sein, um auf die Entscheidungen – z. B. der Regulierungsinstitution – wirken zu können. Wird einem besonders betroffenen Teil des Volkes die Selbstverwaltung zugewiesen, so können die Amtswalter durch eine demokratische Wahl aus dessen Mitte hinreichend legitimiert werden.⁹⁷² Das Legitimationsniveau könnte allerdings durch eine Bestätigung durch das Parlament oder die Ministerialverwaltung erhöht werden.

Das Problem der fehlenden persönlichen Legitimation bei Entscheidungen mit Wirkungen auf Dritte wird bei der funktionalen Selbstverwaltung mit der Pflichtmitgliedschaft aller betroffenen Akteure in diesen Körperschaften, wie zum Beispiel Industrie- und Handelskammern oder Handwerkskammern, behoben.⁹⁷³ Als betroffen gelten all jene, die inhaltlich oder persönlich über das allgemeine Maß der Betroffenheit als Staatsbürger hinaus von den Aufgaben der funktionalen Selbstverwaltung berührt werden.⁹⁷⁴ Bei einer Regulierungsinstitution sind dies in erster Linie die Adressaten der Regulierungsentscheidungen, d. h. die Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Darunter können auch ausländische Akteure fallen, z. B. aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Sie könnten aus der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG eine Gleichbehandlung mit deutschen Staatsbürgern ableiten.⁹⁷⁵ Die Auswirkungen der Regulierungsentscheidungen sind z. B. für die Netzbetreiber am einschneidendsten, greifen aber auch in die unternehmerische Freiheit der übrigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen unmittelbar ein, indem die von ihnen zu zahlenden Netznutzungsentgelte von den Entscheidungen ebenso abhängen wie die Netznutzungsbedingungen, zum Beispiel die Vorgaben, die wegen der Einhaltung der Systemstabilität notwendig sind wie Spannungs- und Frequenzvorgaben für die Einspeiser oder Fahrpläne für Einspeisungen und Entnahmen aus dem Netz. Bei der Regulierungsinstitution sind dies die Akteursgruppen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen einschließlich Netzbetreiber. Auf sie wirken die Entscheidungen der Regulierungsinstitution – wie beispielsweise Preisregulierungen, Vorgaben für Netznutzungsbedingungen oder die Regulierung des Regenergiemarktes – unmittelbar. Die Organisation der Pflichtmitgliedschaft ist relativ unproblematisch, da die meisten Regulierungsadressaten ohnehin bereits Mitglieder in den einschlägigen Verbänden sind und zudem ihre Anzahl überschaubar ist.

Auch die Endabnehmer, die nicht Regulierungsadressaten aber doch mittelbare Netznutzer sind, können ihre Erfahrungen mit der Stromversorgung einbringen: Die Regulierungstätigkeit wirkt sich auf sie in erster Linie über die Strompreise und auf die Modalitäten des Versorgerwechsels aus, bürdet ihnen selbst jedoch kaum Verhaltensbeschränkungen auf. Sie spielen dennoch eine nicht zu unterschätzende Rolle, zumal

⁹⁷² Vgl. Kluth, W., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), *Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 2004, S. 138-140 ebenso Emde, E. T., *Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, S. 331 f.

⁹⁷³ Vgl. Musil, A., *Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, in: DÖV 2004, S. 119.

⁹⁷⁴ Vgl. Emde, E. T., *Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, S. 387.

⁹⁷⁵ Vgl. EuGH, U. v. 22. 9. 1983, Rs. 271/82, EuGH-Slg. 1983, S. 2727, 2744, Rn. 17-19 sowie Kluth, W., in: Wolff/Bachof/Stober (Hg.), *Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 2004, S. 344, Rn. 56.

durch sie in der hier vorgeschlagenen Regulierungsinstitution erst – wie unter 6.3.3 bereits dargestellt – das nötige Gegengewicht zu den Elektrizitätsversorgungsunternehmen geschaffen würde, was die Beteiligung von Akteursvertretern vom Ruch einer Kartellveranstaltung befreite. Die Pflichtmitgliedschaft könnte bei ihnen durch den Abschluss eines Versorgungsvertrags begründet werden: Eventuell anfallende Mitgliedsbeiträge⁹⁷⁶ könnten zusammen mit den Anschlussentgelten vom Netzbetreiber eingehoben werden. Die (privaten) Endabnehmer können zur Wahl über die Medien aufgefordert werden oder direkt benachrichtigt werden. Wer an der Wahl der Regulierungsinstitutionsvertreter teilnehmen will, legitimiert sich über seinen Versorgungsvertrag. Damit erhielte jeder betroffene Endabnehmer ein unabdingbares Recht auf die Teilnahme an den Wahlen seiner Akteursgruppenvertreter, das den Erfordernissen der demokratischen Legitimation genügt.⁹⁷⁷

Das Problem, eine hinreichend repräsentative Endabnehmerzahl – insbesondere der privaten Endabnehmer – zu ihrer Teilnahme an der Wahl zu motivieren, verbleibt. Im ungünstigsten Fall liefe die Wahl auf eine Friedenswahl hinaus, bei der zum einen nur so viele Kandidaten aufgestellt werden, wie Mandate zu besetzen sind. Beteiligt sich zum anderen nur ein Bruchteil der Berechtigten an der Wahl, so könnte die demokratische Legitimation – ähnlich wie bei der Sozialwahl – womöglich nicht hinreichend gewährleistet sein.⁹⁷⁸

Damit steht jedem von der Regulierungstätigkeit Betroffenen die Möglichkeit der legitimierenden demokratischen Mitwirkung an der Wahl der Akteursgruppenvertreter offen. Man ist kraft seiner Eigenschaft als Marktteilnehmer „Mitglied“ der Regulierungsinstitution, genaugenommen des Kreises, aus welchem sich deren Leitung rekrutiert. Wer sein Recht freiwillig nicht wahrnimmt, kann nicht über mangelnde Mitsprachemöglichkeiten klagen und darüber die demokratische Legitimation infrage stellen. Auf diesem Wege dürfte eine ausreichende demokratische Legitimierung der Regulierungsinstitution gewährleistet sein. Auch die oben bereits dargelegten strengen Kriterien für die Einteilung in die verschiedenen Akteursgruppen verhindern die Teilnahmemöglichkeit nicht, da jeder Marktteilnehmer als Akteur einer der Gruppen zugeordnet und so beteiligt werden kann. Diese Kriterien sind der Funktionsfähigkeit des Interessensausgleichs in der Regulierungsinstitution genauso geschuldet, wie die unterschiedliche Stimmengewichtung der einzelnen Akteursgruppen in der Regulierungsinstitution;⁹⁷⁹ zumal der Gesetzgeber bei der Zusammensetzung und Stimmen-

⁹⁷⁶ Auf sie könnte verzichtet werden, wenn sich die Regulierungsinstitution über Gebühren für ihre Tätigkeit und Bußgelder finanzieren kann.

⁹⁷⁷ Vgl. hierzu *Hebeler, T.*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsnormen funktionaler Selbstverwaltung, in: DÖV 2002, S. 940-942.

⁹⁷⁸ Vgl. *Wimmer, R.*, Friedenswahlen in der Sozialversicherung – undemokratisch und verfassungswidrig, in: NJW 2004, S. 3369-3374.

⁹⁷⁹ Vgl. *BVerfG*, B. v. 5. 3. 1974, 1 BvL 27/72, *BVerfG*, B. v. 5. 3. 1974, 1 BvL 27/72, *BVerfGE* 37, S. 1, 27 – Stabilisierungsfonds für Wein, sowie die Ausführungen bei *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachof/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 781, Rn. 32 u. S. 870, Rn. 20.

gewichtung ein weitgehender Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum hat.⁹⁸⁰ Gleiches gilt für die Mindestanforderungen an die Qualifikation der Akteursvertreter, zumal bei einer staatlichen Regulierungsbehörde schon aus laubahnrechtlichen Gründen ebenfalls bestimmte Anforderungen an die Qualifikation der leitenden Mitarbeiter gestellt würden.

Alternativ könnten Vertreter (insbesondere der privaten) Endabnehmer durch das zuständige Parlament aus jenen ausgewählt werden, die sich auf einen Aufruf hin um ein Mandat in der Regulierungsinstitution bewerben. Mit dieser Substitution bliebe der Einfluss der Regierung oder einzelner Ressorts verhältnismäßig gering. Im Vergleich zur Beileihung durch die Ministerialverwaltung wäre zudem ein höheres Maß an demokratischer Legitimation erreicht – es wäre vergleichbar mit dem des ebenfalls vom Parlament gewählten Regierungschefs. Die Bewerber, welche die formalen Voraussetzungen⁹⁸¹ erfüllen, könnten vor der Abstimmung vom Parlament in einer Anhörung über ihre persönliche und fachliche Eignung befragt werden. Dieses Verfahren böte eine demokratische Legitimation, die sich direkt vom Parlament auf das Volk zurückführen ließe. Die Auswahl der Vertreter der Endverbraucher würde sich dagegen erheblich vereinfachen und die Exekutive könnte keinen Einfluss darauf nehmen.⁹⁸²

Die Akteure verfügen als Mitglieder in der funktionalen Selbstverwaltung über weitreichende Kontroll- und Auskunftsrechte gegenüber dieser Körperschaft. Sie können nötigenfalls den Vorstand abwählen oder vor den Verwaltungsgerichten klagen, wenn die funktionale Selbstverwaltung ihre Verbandskompetenzen nicht einhält.⁹⁸³

Die funktionale Selbstverwaltung muss sowohl materiell als auch persönlich ein den Aufgaben angemessen hohes Legitimationsniveau aufweisen. Die Schwerpunkte können zwischen diesen Legitimationsquellen unterschiedlich gesetzt werden. Da bei Regulierungstätigkeiten nicht alle Sachverhalte ex ante vorhergesehen und im Errichtungsgesetz berücksichtigt werden können, müssen Ermessensspielräume offengehalten werden, damit die Regulierungsinstitution ihre Aufgaben überhaupt erfüllen kann. Deshalb müssen – insbesondere in Anbetracht der sehr weitreichenden Eingriffsbefugnisse der Regulierungsinstitution – höhere Anforderungen für die persönliche Legitimation der Amtswalter gelten. Für die Vertreter der Akteursgruppen dürften die bereits unter 6.4.1 eingehend erläuterten Auswahlmodalitäten und -kriterien dies erfüllen. Die für die Arbeit der Regulierungsinstitution ebenfalls notwendigen externen Experten⁹⁸⁴ werden zwar nicht durch die Akteure direkt gewählt, dürften aber, da sie von den Akteursvertretern ohnehin einstimmig gewählt werden müssten, ebenfalls hinrei-

⁹⁸⁰ Vgl. *BVerfG*, U. v. 29. 7. 1959, 1 BvR 394/58, *BVerfGE* 10, S. 89, 107 – Erftverband sowie *BVerfG*, B. v. 5. 3. 1974, 1 BvL 27/72, *BVerfGE* 37, S. 1, 27 – Stabilisierungsfonds für Wein.

⁹⁸¹ Siehe hierzu Abschnitt 6.4.1 ab S. 177.

⁹⁸² Vgl. *Bullinger, M.*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: *DVBl.* 2003, S. 1360 sowie speziell zu Bundesnetzagentur *Pielow, J.-C.*, Wie "unabhängig" ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor? Anmerkungen zum neuen Energiewirtschaftsgesetz, in: *DÖV* 2005, S. 1017 1025.

⁹⁸³ Vgl. *Kluth, W.*, in: *Wolff/Bachoff/Stober (Hg.)*, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 2004, S. 868 f., Rn. 12-15.

⁹⁸⁴ Siehe Abschnitt 6.3.3, ab S. 170.

chend legitimiert sein, zumal nicht alle leitenden Mitglieder demokratisch legitimiert sein müssen; es genügt, wenn die demokratisch legitimierten Mitglieder zusammen die nicht demokratisch legitimierten Mitglieder überstimmen können. Das bedeutet überdies für die Regulierungsinstitution, dass die Beschlussfähigkeit erst dann erreicht ist, wenn die anwesenden Vertreter der betroffenen Akteure von den demokratisch nicht legitimierten Entscheidungsträgern nicht überstimmt werden können.⁹⁸⁵ Staatsvertreter, die an Stelle der externen Experten in der Regulierungsinstitution vertreten sein könnten, beziehen ihre demokratische Legitimation vom Staatsvolk durch die Legitimationskette über das Parlament. Diese Variante erscheint in Anbetracht des Grundgedankens der funktionellen Selbstverwaltung etwas befremdlich, höbe aber durch die Legitimation über das Parlament den Einfluss des gesamten Staatsvolkes auf die Regulierungsinstitution. Gleiches kann angenommen werden, wenn die Vertreter der Endkunden vom Parlament anstatt von den Endabnehmern ausgewählt werden. In beiden Fällen bliebe den Vertretern der übrigen Akteursgruppen eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen.

6.7.4 Behörde mit Interessenvertretern in der Leitungsebene

Eine weitere Ausgestaltungsmöglichkeit bestünde in einer staatlichen Regulierungsbehörde, in die Akteursvertreter wie z. B. die Mitarbeiter der Task Force Netzzugang, für die Dauer ihres Mandats in den Staatsdienst übernommen werden.

Damit die von den Akteursgruppen vorgeschlagenen Personen ausreichend demokratisch legitimiert werden können, muss der ernennenden Stelle (i. d. R. der hierfür zuständige Bundesminister) ein Mehrfaches an Kandidaten als Positionen zu besetzen sind, zur Auswahl vorgeschlagen werden; sie können von den Akteursgruppen nach dem in Abschnitt 6.4.1 beschriebenen Verfahren ausgewählt werden. Der zuständige Bundesminister ernennt aus den vorgeschlagenen Personen, nachdem deren persönliche Eignung für das Amt überprüft wurde, die Akteursgruppenvertreter für die Regulierungsinstitution und kann sie ebenfalls abberufen.⁹⁸⁶ Damit ihm ein möglichst geringer Spielraum für diskretionäres Verhalten bleibt, sollte er an die Vorschläge der Akteursgruppen gebunden sein. Ernennet er keinen der Kandidaten, so müsste die davon betroffene Akteursgruppe andere nachnominieren. Ebenso sollte das Recht zur Abberufung an die engen Schranken des gerichtlich nachweisbaren Fehlverhaltens gebunden sein; nur wegen „unbequemen“ Entscheidungen sollte kein Mitglied der Regulierungsinstitution seines Amtes enthoben werden können. Alternativ könnte diskretionäre Einflussnahme durch die Regierung verringert und die demokratische Legitimation erhöht werden, indem das Parlament statt des zuständigen Ministers die Vertreter

⁹⁸⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 5. 12. 2002, 2 BvL 5 u. 6/98, BVerfGE 107, S. 59, 100 f. – Lippeverband und Em-schergenossenschaft.

⁹⁸⁶ Vgl. *Herzog, R.*, Art. 20, II, in: *Maunz/Dürig (Hg.)*, Grundgesetz – Kommentar, Loseblattausgabe, Rn. 53-55.

aus den Vorschlägen der Akteursgruppen auswählt. Diese wären dann als Staatsbedienstete nur dem Parlament gegenüber zur Rechenschaft verpflichtet.⁹⁸⁷

6.8 Vereinbarkeit mit dem Energierecht

Eine Regulierungsinstitution, wie sie in dieser Arbeit bereits vorgestellt wurde, ist nicht mit dem zu verwechseln, was in Deutschland im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes von 1998 mit den Verbändevereinbarungen praktiziert wurde (was nicht bedeutet, dass alle Regelungen der Verbändevereinbarung II+ ungeeignet waren). Dieser Praxis, die den Ruch einer Kartellvereinbarung nie ganz verlieren konnte,⁹⁸⁸ wurde 2005 mit der Einführung der Regulierungsbehörde und der Abschaffung des verhandelten Netzzugangs ein Ende bereitet.

Mit der geltenden Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie ist die hier behandelte Regulierungsinstitution insofern nicht vereinbar, als in allen Mitgliedstaaten von den Interessen der Elektrizitätswirtschaft unabhängige Regulierungsbehörden geschaffen werden müssen.⁹⁸⁹ Mit der Forderung nach einer unabhängigen Regulierungsinstitution soll deren Objektivität gewährleistet werden. Da es hier vor allem um die *unangemessene* Einflussnahme durch die Regulierten geht,⁹⁹⁰ steht einer angemessenen Einflussnahme aller relevanten Akteure prinzipiell nichts im Wege. Im Rahmen einer *geregelten* Interessenvertretung und Einflussnahme könnte die Objektivität ebenfalls gewährleistet werden, solange einzelne Gruppen die Regulierungsinstitution nicht dominieren können. Eine Lösung, bei der die Akteursvertreter ein Aufsichtsgremium bilden, das die Arbeit der Regulierungsbehörde kontrolliert, wäre zwar mit der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 vereinbar, doch wäre damit die Mitwirkung der Akteursgruppen nicht in der hier vorgestellten Weise möglich. Diese Lösung ist vor diesem Hintergrund abzulehnen.

Es fragt sich deshalb, ob diese Lösung in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie nicht nur extremer ist als notwendig, sondern auch sinnvoll: Das Problematische an den Verbändevereinbarungen war, dass nicht einmal alle Vertreter der Elektrizitätswirtschaft⁹⁹¹ an ihrem Zustandekommen beteiligt waren. De facto wurden deshalb die Netznutzungskonditionen nur von einem Teil der Marktakteure festgelegt. Die Ver-

⁹⁸⁷ Vgl. Bullinger, M., Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1360.

⁹⁸⁸ Die geplante Verbändevereinbarung Gas wurde von U. Böge auf der Handelsblatt Jahrestagung v. 20.-22. 1. 2004 in Berlin gar als Kartellvereinbarung eingestuft. Zit. n. Kienle, F., Wer hat Angst vor dem schwarzen Mann? Tagungsbericht in: EW 7/2004, S. 24.

⁹⁸⁹ Vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 2 Rl. 2003/54/EG.

⁹⁹⁰ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XIV. Hauptgutachten - Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376, Tz. 796.

⁹⁹¹ Die letzte gültige Vereinbarung („VV II+“) wurde am 13. 12. 2001 von folgenden Verbänden getroffen: Bundesverband der Deutschen Industrie, Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft (VIK), Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW), Verband der Netzbetreiber beim VDEW (VDN), Arbeitsgemeinschaft regionaler Energieversorgungs-Unternehmen (ARE), Verband kommunaler Unternehmen (VKU).

einbarungen wurden zudem – soweit durchsetzbar – Bestandteil von Verträgen, die nicht mit Angehörigen der beteiligten Verbände geschlossen wurden.⁹⁹² In der Novelle des EnWG von 2003 wurde die Einhaltung der jeweils geltenden Verbändevereinbarung als Indikator für „gute fachliche Praxis“⁹⁹³ bei der Gewährung des Netzzugangs und der Netznutzung durch den Netzbetreiber festgeschrieben.⁹⁹⁴ Das hebelte die Missbrauchsaufsicht nach dem GWB durch die Kartellbehörden aus, solange die Verbändevereinbarung II+ eingehalten wurde.⁹⁹⁵ Andere Interessengruppen – wie beispielsweise Vertreter der Tarifikunden, der Kleinabnehmer oder der Wettbewerbsbehörden – waren an der Aushandlung der Verbändevereinbarungen nicht beteiligt. Der Bundesverband der Verbraucherzentralen wurde als Vertreter der Tarifikunden und Kleinabnehmer erst zur Teilnahme an den Verhandlungen zur Verbändevereinbarung II+ aufgefordert, als diese bereits weitestgehend ausgehandelt war.⁹⁹⁶ Er konnte zwar noch einige Anregungen geben,⁹⁹⁷ unterzeichnete aber die Vereinbarung nicht. Eine für alle akzeptable Vertragslösung sollte von Anfang an alle relevanten Akteursgruppen einbeziehen.

Erhalten – wie hier vorgeschlagen und gelegentlich in der Literatur gefordert⁹⁹⁸ – alle Interessengruppen Mitwirkungsrechte, ohne dass eine von ihnen eine dominante Rolle spielen kann, so kann die damit verbundene mangelnde Interessenfreiheit der Regulierungsinstitution durchaus Effizienzgewinne und Vorteile für die Regulierung mit sich bringen. Zum Beispiel fließen die Bedürfnisse der verschiedenen Akteursgruppen aber auch wichtige Informationen aus der Elektrizitätswirtschaft unmittelbarer in die Regulierung ein, als dies bei einer vollständig unabhängigen Regulierungsinstitution möglich wäre.⁹⁹⁹ Das verringert die Informationskosten, -probleme und -defizite der Regulierungsinstitution.¹⁰⁰⁰ Die Akzeptanz der Regulierungen und Entscheidungen eines Gremiums, in dem die verschiedenen Interessen und Meinungen vertreten sind, dürfte bei den betroffenen Akteuren größer sein als bei einer „abgehobenen“ Regulierungsbehörde. Zudem kann die Objektivität einer interessenunabhängigen Regulierungsinstitution im Lauf der Zeit abnehmen. Zum einen besteht die Gefahr des Regulatory Capturing durch die Adressaten, dem die Regulierungsinstitution ausgesetzt ist. Im

⁹⁹² Vgl. *LG Hannover*, U. v. 30. 8. 2002, 21 O 55/02 – Zumutbarkeit des Abschlusses eines Rahmenvertrages nach VV II+ für einen Stromlieferanten, in: *RdE* 2003, S. 22-27.

⁹⁹³ § 6 Abs. 1 S. 1 u. 3 EnWG 2003.

⁹⁹⁴ Vgl. § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG 2003.

⁹⁹⁵ Vgl. *Monopolkommission (Hg.)*, XV. Hauptgutachten – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“, 2004, S. 73, Tz. 256 sowie *BGH*, U. v. 18. 10. 2005, KZR 36/04 – in: *WuW* 2006, S. 157-161 (= *WuW/E DE-R* S. 1617-1621).

⁹⁹⁶ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 398 u. 401.

⁹⁹⁷ Vgl. *Winkler, R.*, Verbändevereinbarung II plus – der bessere Weg, in: *EW* 4/2002, S. 28.

⁹⁹⁸ Vgl. *Müller, E.*, Unzureichende Berücksichtigung der Nachfrageinteressen: Musterbeispiel Energiemarkt, in: *WD* 2004, S. 689-694.

⁹⁹⁹ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 445.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Scharpf, F. W.*, Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: *Héritier, A. (Hg.)*, Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 1993, S. 64.

Laufe der Jahre kann eine „...durch keinen Wechsel von außen gestörte Symbiose von Mitarbeitern...“¹⁰⁰¹ die Regulierungsaktivitäten zugunsten der regulierten Unternehmen verändern.¹⁰⁰² Zum anderen kann die Objektivität unter den Eigeninteressen der Institution leiden, die nicht unbedingt mit dem Ziel der Regulierung übereinstimmen.¹⁰⁰³ Genau hierin könnte ein Schwachpunkt der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 liegen, sofern ein nicht zielkonformes Regulierungsverhalten für die Regulierungsinstitution oder ihre maßgeblichen Angehörigen einen höheren Nutzen generiert. Ein weiteres Manko der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie und insbesondere des novellierten EnWG liegt darin, dass auch bei einer per Rechtsverordnung geregelten Netznutzung dennoch die Interessen einzelner Gruppen informal in die Regulierung einfließen können, und zwar genau jener Gruppen, die über gute Kontakte zur zuständigen Stelle verfügen.¹⁰⁰⁴

Auch wenn die geltende Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie keinen Raum für eine Regulierungsinstitution mit bewusster Interesseneinbeziehung lässt, ist das letzte Wort noch nicht gesprochen: Der achte Erwägungsgrund der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 zeigt den nötigen Spielraum auf:

„Die Kommission sollte von den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung dieser Voraussetzung [eines effizienten und nichtdiskriminierenden Netzzugangs] entwickelte Maßnahmen ... prüfen und gegebenenfalls Vorschläge zur Änderung dieser Richtlinie vorlegen.“¹⁰⁰⁵

Mit einer Änderung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie wäre eine Einführung des hier vorgeschlagenen Regulierungssystems möglich.

¹⁰⁰¹ *Monopolkommission (Hg.)*, XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 376, Tz. 796.

¹⁰⁰² Vgl. hierzu insbesondere *Pielow, J.-C.*, Wie "unabhängig" ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor? Anmerkungen zum neuen Energiewirtschaftsgesetz, in: DÖV 2005, S. 1017-1025 und *Becker, P.*, Wer ist der Gesetzgeber im Energiewirtschaftsrecht? In: ZNER 2005, S. 108-118.

¹⁰⁰³ Siehe hierzu die Abschnitte 6.1 ab S. 150 u. 6.2.3 ab S. 160.

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 439.

¹⁰⁰⁵ RI. 2003/54/EG, Erwägungsgrund Nr. 8 S. 2, abgedr. in ABIEU L 176 v. 15. 7. 2003, S. 37. Text in eckigen Klammern wurde vom Verf. eingefügt.

7 Fazit

Wie dargelegt werden konnte, bedarf die Transformation der ehemals auf allen Versorgungsstufen monopolisierten Elektrizitätsversorgung in einen vom Wettbewerb geprägten Markt einiger Anpassungen, damit über das weiterhin bestehende natürliche Monopol bei den Stromnetzen keine Akteure Interessen verfolgen können, die dem intendierten Wettbewerb als Marktsteuerungsmechanismus zuwiderlaufen.

Einige Interessenkonflikte können bereits gelöst werden, indem die Marktstruktur an die neuen Bedingungen angepasst wird. Zum einen bedarf es einer Netzzugangsregelung, die dem Netzbetreiber möglichst wenig Missbrauchsmöglichkeiten offen lässt. Hier ist der geregelte Netzzugang die geeignetste Variante, welche die Machtposition der Netzbetreiber gegenüber jener der Nutzer am meisten anzugleichen vermag. Damit der Netzbetreiber überdies keine Interessen aus Aktivitäten in wettbewerbsgeprägten Märkten zu Lasten der Netznutzer verfolgt, ist zumindest der Betrieb des Netzes auf eigentumsrechtlich unabhängige Netzbetreiber zu übertragen. Sollte die Gebrauchsüberlassung versagen, wäre zugleich der empirische Beweis erbracht, dass sie nicht in gleichem Maße wie die Enteignung zur Gewährleistung funktionierender Wettbewerbs auf vor- und nachgelagerten Märkten geeignet ist; sie käme dann nicht mehr als milderer Mittel infrage.

Die Entflechtung ist eine umfangreiche Aufgabe, die mit erheblichen rechtlichen Auseinandersetzungen einhergehen kann und sich über etliche Jahre erstrecken wird. Dennoch sollte man angesichts dessen nicht scheinbar bequemere Lösungen wählen, die sich aufgrund ihrer geringeren Entflechtungstiefe leichter umsetzen lassen. Auf lange Sicht werden die damit verbundenen, immer wiederkehrenden Rechtsstreitigkeiten wegen Marktmachtmissbrauchs durch ungünstige Netznutzungskonditionen und -preise die scheinbar niedrigeren Markttransformationskosten weit übersteigen. So kann beispielsweise im Rahmen der Entflechtung die Anzahl der Netzbetreiber auf ein ökonomisch sinnvolles Maß reduziert werden, was neben Größenvorteilen auch den Regulierungsaufwand verringert. Solange unter der mit einer weniger weitreichenden Entflechtung einhergehenden größeren Rechtsunsicherheit die Stabilität des Marktes leidet, wird sich ein funktionierender Wettbewerb schwerer etablieren. Dies führt für sämtliche Marktteilnehmer zu höheren Transaktionskosten und damit – gegenüber der gründlicheren, aber unpopulären eigentumsrechtlichen Entflechtung – zu einer ineffizienten Ressourcenallokation.¹⁰⁰⁶

Mit der Entflechtung müssen auch die Anschluss- und Versorgungspflichten neu zugeordnet werden: Dem Netzbetreiber muss weiterhin die Anschlusspflicht auferlegt bleiben, die gegenüber Endabnehmern an den Nachweis eines Strombelieferungsvertrages gekoppelt sein muss, damit der Netzbetreiber nicht in die aus Wettbewerbssicht

¹⁰⁰⁶ Im Zuge der Beratungen über die Neufassung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie präferierte das Europäische Parlament die eigentumsrechtliche Entflechtung. Vgl. *Faross, P.*, Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gasmärkte – Stand und Perspektiven, in: *Immenga et al. (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 37.

problematische Rolle des „Ersatzversorgers“ gerät. Soll den Endabnehmern der allgemeine Zugang zur Stromversorgung flächendeckend gewährleistet sein, muss ihnen gegenüber den Stromversorgungsunternehmen ein Kontrahierungsanspruch eingeräumt werden.

Für die Regulierung des durch Änderungen in der Marktstruktur nicht lösbaren natürlichen Monopols beim Netz empfiehlt es sich, eine weitreichende ex-ante-Regulierung einzuführen. Infrage kommt ein Yardstickverfahren, bei dem in die Preisobergrenzen auch Kriterien einfließen sollten, die den Netzbetreiber zu einem stabilen und sicheren Betrieb des Netzes – auch in der Fläche – veranlassen. Mit diesem Maßnahmenbündel dürfte der Netzbetreiber hinreichend starke Anreize zu einem marktkonformen Verhalten haben und gleichzeitig – auch im eigenen Interesse – bestrebt sein, die Anforderungen an die Transparenz und Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu erfüllen. Infolgedessen dürfte der Bedarf an einer ex-post-Kontrolle durch die Regulierungsinstitution umso geringer ausfallen, was die Rechtssicherheit der Akteure insofern erhöht, als es zu weniger langwierigen Gerichtsverfahren kommt, während deren Dauer für die Parteien keine Planungssicherheit haben. Die Regulierungsinstitution sollte nicht auf einige wenige Regulierungsinstrumente festgelegt werden, da ihre Wirksamkeit von den Besonderheiten des Marktes oder gar den von der Regulierung betroffenen Unternehmen abhängt.¹⁰⁰⁷ Besser ist es, ein Regulierungsziel zu definieren und der Regulierungsinstitution die Wahl der Mittel zu überlassen. Das hat den Vorteil, dass neue, bei der Festlegung der Regulierungsinstrumente noch nicht bekannte Instrumente und Erkenntnisse einfacher übernommen und angewendet werden können. Durch ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren könnten zudem die Reibungsverluste zwischen Marktteilnehmern reduziert werden, indem überdies wenigstens ein Teil der Gerichtsverfahren entfällt.

Die Gefahr der Anmaßung von Wissen, der Regulierungsinstitutionen wegen ihrer im Vergleich zu den Marktteilnehmern größeren Marktferne ausgesetzt sind, lässt sich durch die Akteursbeteiligung in der Regulierungsinstitution verringern.¹⁰⁰⁸ Allerdings wird die Selbstregulierung durch die relevanten Akteure in marktwirtschaftlichen Sektoren von der Wirtschaftswissenschaft eher kritisch gesehen, da sie die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen, wie z. B. Kartellen birgt.¹⁰⁰⁹ Dies traf in weiten Teilen auf das Modell des verhandelten Netzzugangs mit den Verbändevereinbarungen zu.

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Bartelt, G.*, Regulatorische Marktinterventionen – Ansätze zu einer Theorie regulatorischer Marktinterventionen als Grundlage zur Beurteilung ihrer Effizienz, 1989, S. 243. Ähnlich, wenn auch nicht so deutlich: *Badura, P.*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1194.

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Börner, A.-R.*, Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 401.

¹⁰⁰⁹ Vgl. *Mayntz, R.*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf (Hg.)*, Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung, 1995, S. 22 f.

Es krankte zudem an ihrer fehlenden Allgemeinverbindlichkeit,¹⁰¹⁰ deren Ursache mit in einer nicht festgelegten Beteiligung der relevanten Akteure lag und der ebenfalls nichtvorhandenen Regulierungsinstitution.¹⁰¹¹ Der von der Bundesregierung eingesetzten Task Force Netzzugang gebrach es ebenfalls an der Beteiligung *aller* relevanten Akteursgruppen und an Befugnissen, tatsächlich regulierend auf den Strommarkt eingreifen zu können:¹⁰¹² „Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin, in *systemkonformer Weise* den Netzzugang dort, wo dies erforderlich erscheint, weiter zu optimieren.“¹⁰¹³ Wenn diese Voraussetzungen erfüllt wären, könnte grundsätzlich eine solche Vereinbarung das gesteckte Regulierungsziel erreichen.¹⁰¹⁴ Demgegenüber führen die hier gewonnenen Erkenntnisse im Ergebnis zu einem System, bei dem in den geregelten Netzzugang durch die Beteiligung der Akteursvertreter brauchbare Elemente des verhandelten Netzzugangs integriert sind.

Man könnte dieses System vielleicht mit dem Begriff der „*selbstgeregelten Netznutzungsregulierung*“ umschreiben: Die Akteure bestimmen innerhalb eines vorgegebenen Rahmens die Ausgestaltung der Netznutzungsregeln weitestgehend selbst, die Aushandlungsmodalitäten hierfür sind allerdings genau festgelegt und die Regelungen sind für alle Marktteilnehmer verbindlich. Diese Mischform zwischen staatlicher Rahmensetzung und Selbstregulierung nutzt die Regelungspotentiale des Staates und die Selbstorganisationsmöglichkeiten der relevanten Akteure gleichermaßen für die Erreichung des Regulierungsziels.¹⁰¹⁵ Damit können wesentliche Schwachstellen¹⁰¹⁶ der Praxis der Verbändevereinbarungen beseitigt werden, ohne dass es einer starren – womöglich ebenfalls nicht besseren – staatlichen Netzzugangsregelung bedarf.

Eine Kombination aus einem Netzbetreiber in öffentlichem Eigentum mit einer Regulierungsinstitution, die mit Vertretern der zumeist nichtöffentlichen relevanten Akteure besetzt ist, übt einen gewissen Charme aus: Die Netzbetreiber als öffentliche Unternehmen werden von Interessenvertretern reguliert, die überwiegend aus dem Privatsektor kommen. Durch die Interessenlage der Mitglieder der Regulierungsinstitution dürfte sie auf den Netzbetreiber einen starken Effizienzdruck ausüben können, an dem

¹⁰¹⁰ Vgl. *Schultz, K. P.*, Die Taskforce Netzzugang, in: ET 2002, S. 217, *Schmidt-Preuß, M.*, Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 263 sowie *Hermes, G.*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 457.

¹⁰¹¹ Vgl. *Lieb-Dóczy, E./Shuttleworth, G.*, Grundprinzipien eines wirtschaftlich effizienten regulatorischen Prozesses, in: ET 2002, S. 806 f.

¹⁰¹² Vgl. *Bohne, E./Frenzel, S.*, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: *Hendler et al. (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 404.

¹⁰¹³ So der Leiter der Task Force *K.-P. Schultz*, Die Task Force Netzzugang, in: ET 2002, S. 217; Hervorhebung im Original.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Lütz, S.*, Politische Steuerung und die Selbstregelung korporativer Akteure, in: *Mayntz/Scharpf (Hg.)*, Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 189-193.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Mayntz, R.*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *Mayntz/Scharpf (Hg.)*, Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 23.

¹⁰¹⁶ Vgl. o. V., Position der Länder zur Regulierung im Elektrizitäts- und Gasbereich, in: ZNER 2003, S. 229.

es öffentlichen Unternehmen oft mangelt;¹⁰¹⁷ das hilft, die häufig vorkommenden Ineffizienzen zu verringern. Durch die Besetzung der Regulierungsinstitution mit Vertretern der relevanten Akteure wird zudem ein großes Maß an spezifischem Branchenwissen in sie hineingetragen, insbesondere da die vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen bei der eigentumsrechtlichen Entflechtung keinen wirtschaftlichen Einfluss auf den Netzbetreiber mehr besitzen, aber zumindest noch anfangs über einen großen Teil der Informationen über den Netzbetrieb verfügen. Damit wäre das Informationsproblem, das staatlichen Regulierungsstellen anhaftet,¹⁰¹⁸ geringer. Der Netzbetreiber sollte hingegen als Unternehmen in öffentlichem Eigentum – das durchaus mit privater Rechtsform denkbar ist – agieren. Damit kann einer Unterwanderung des Netzbetreibers durch die Elektrizitätsversorgungsunternehmen über Anteilserwerb begegnet und das Netz leichter im Sinne der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen des Staates – und damit auch im Sinne des Art. 16 EGV – betrieben werden, was insbesondere der Versorgungssicherheit zugute kommen wird. Das öffentliche Eigentum am Netzbetreiber wäre überdies wegen der Legitimationsprobleme,¹⁰¹⁹ die mit einer weitgehend unabhängigen, mit umfangreichen und nicht präzise abgegrenzten Eingriffbefugnissen versehenen Regulierungsinstitution einhergehen, vorteilhaft, wenn nicht gar geboten,¹⁰²⁰ da sie nicht dem Grundrechtsschutz unterfallen.¹⁰²¹ Selbst wenn staatliche Netzbetreiber sich auf die Grundrechte berufen könnten, so könnte man dem entgegen halten, dass diese Regulierungsinstitution vom Eigentümer selbst eingerichtet wurde. Der Eingriff könnte dann als weniger schwerwiegend angesehen werden als bei einem Unternehmen in privatem Eigentum. Mit der Übertragung des Netzbetriebs auf ein staatliches Unternehmen werden große Teile der Grundrechtsprobleme, die mit der Regulierungsinstitution, ihrer Zusammensetzung und ihren Kompetenzen zusammenhängen, irrelevant.

¹⁰¹⁷ Vgl. *Newbery, D. M.*, *Privatising Network Industries*, 2003, S. 8 sowie *Nagel, B./Haslinger, S./Meurer, P.*, *Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform*, 2002, S. 74 f. u. 163 f.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Bohme, E./Frenzel, S.*, *Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt*, in: *Hendler et al. (Hg.)*, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 2003, S. 402.

¹⁰¹⁹ Siehe die Abschnitte 6.6 ab S. 184 u. 6.7.1 ab S. 186.

¹⁰²⁰ So z. B. *Büdenbender, U.*, *Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen*, in: *ET-Special 9/2003*, S. 7 f.

¹⁰²¹ Siehe hierzu Abschnitt 4.3.3 ab S. 90.

Literaturverzeichnis

- Albach, Horst*, Strategische Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, in: ZGR 1997, S. 32-40
- Andrikopoulos, Andreas A./Vlachou, Andriana, S.*, The Structure and Efficiency of the Public Owned Electric Power Industry of Greece, in: The Journal of Energy and Development Vol. 19, No. 1 1993, S. 57-79
- Apfelstedt, Gert*, Energiegesetz und Verbändevereinbarung: Stellen sie wettbewerbsfördernde Netzbenutzungsregeln dar? in: ZNER 3/1998, S. 26-33
- Averch, Harvey/Johnson, Leland L.*, Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint, in: AER 1962, S. 1052-1062
- Badura, Peter*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zur Gewährleistung der Daseinsvorsorge, in: *Schwarze, Jürgen (Hg.)*, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 25-39
- Badura, Peter*, Netzzugang oder Mitwirkungsrecht Dritter bei der Energieversorgung mit Gas? Verfassungsrechtliche Grenzen des regulierten Netzzugangs, in: DVBl. 2004, S. 1189-1198
- Bargen, Joachim v.*, Mediation im Verwaltungsprozess. Eine neue Form konsensualer Konfliktlösung vor Gericht, in: DVBl. 2004, S. 468-477
- Bartelt, Guido*, Regulatorische Marktinterventionen – Ansätze zu einer Theorie regulatorischer Marktinterventionen als Grundlage zur Beurteilung ihrer Effizienz, St. Gallen, 1989
- Bauer, Christoff/Bier, Christoph/Weber, Wolfgang*, Nettosubstanzerhaltung vs. Realkapitalerhaltung im regulierten Umfeld, in: ET-Special 2005, S. 12-16
- Baumol, William J.*, On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry, in: AER 1977, S. 809-822
- Baur, Jürgen F.*, Mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft? Wirtschaftspolitisches Forum in: ZfW 1997, S. 103-107
- Baur, Jürgen F.*, Der Regulator, Befugnisse, Kontrollen – Einige Überlegungen zum künftigen Regulierungsrecht, in: ZNER 2004, S. 318-325
- Baur, Jürgen F.*, Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 277-284
- Baur, Jürgen F./Lückenbach, Andreas*, Rechtliche Grenzen europäischer Wirtschaftsregulierung – Beispiel Erdgasbinnenmarkt, in: ET 2002, S. 420-425
- Bausch, Camilla*, Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, Baden-Baden, 2003
- Bausch, Camilla*, Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 332-342
- Bauschke, Hans-Joachim/Braun, Hans-Dieter*, Bausteine des öffentlichen Rechts, Köln, 1997
- Becker, Gary S.*, A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence, in: Quarterly Journal of Economics Vol. 98, 1983, S. 371-400
- Becker, Gary S.*, Public Policies, Pressure Groups, and Dead Weight Costs, in: Journal of Public Economics Vol. 28, 1985, S. 329-347
- Becker, Peter*, Zum Rechtsweg gegen die Entscheidungen der REGTP: Ab ins Desaster? In: ZNER 2004, S. 130-133
- Becker, Peter*, Zu den Aussichten des Energiewirtschaftsgesetzes nach der Anhörung im Wirtschaftsausschuss, in: ZNER 2004, S. 325-328

- Becker, Peter, Wer ist der Gesetzgeber im Energiewirtschaftsrecht? In: ZNER 2005, S. 108-118
- Becker, Peter/Riedel, Martin, Europarechtliche Mindestvorgaben für die Regulierung und die Schaffung nationaler Regulierungsbehörden mit Überlegungen zu einer möglichen Umsetzung in nationales Recht, in: ZNER 2003, S. 170-176
- Beisheim, Carsten E., Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU – Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 26-29
- Bickenbach, Frank/Kumkar, Lars/Soltwedel, Rüdiger, Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: Zimmermann, Klaus F. (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, Heidelberg, 2002, S. 217-275
- Blankart, Charles B., Daseinsvorsorge ökonomisch betrachtet, in: ZfW 2002, S. 28-41
- Blankart, Charles B./Cwojdzinski, Lisa/Fritz, Marco, Netzregulierung in der Elektrizitätswirtschaft: Was bringt das neue Gesetz? In: WD 2004, S. 498-505
- BMWA (Hg.), Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), Berlin, 31. 8. 2003
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Verfassungsfragen der Richterwahl, Berlin, 1974
- Bocklet, Reinhold, Leistungen der Daseinsvorsorge im Konflikt mit EU-Wettbewerbsrecht, in: Schader-Stiftung (Hg.), Die Zukunft der Daseinsvorsorge, Darmstadt, 2001, S. 11-24
- Böge, Ulf, Building Energy And Transport Infrastructures For Tomorrow's Europe, Vortrag auf der 2. Jahrestagung für Energie und Verkehr in Barcelona am 12. 11. 2002, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/021112_Barcelona.pdf (10. 11. 2005)
- Böge, Ulf, Liberalisierung der Energiemärkte, Vortrag am Energieinstitut der Freien Universität Berlin am 18. 3. 2002, S. 10, <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/020318EnergieforumBerlin.pdf> (10. 11. 2005).
- Böge, Ulf, Die wettbewerbliche Ordnung der Netzwirtschaften, in: N&R 2004, S. 45 f.
- Böge, Ulf/Lange, Markus, Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Lichte der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben, in: WuW 2003, S. 870-880
- Böhmer, Wolfgang, Regulierungsbehörde fordert mehr Spielräume beim novellierten Energiewirtschaftsgesetz, in: EW 11/2004, S. 36
- Bohne, Eberhard/Frenzel, Sabine, Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hender, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhard, Michael/Schröder, Meinhard (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003, Berlin 2003, S. 363-448
- Boltz, Walter, Regulierung des Elektrizitätsmarktes in Österreich, in: ET 2004, S. 150-153
- Bonde, Bettina, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, Frankfurt/M. u. a., 2002
- Borenstein, Severin/Bushnell, James B., Wolak, Frank A., Measuring Market Inefficiencies in California's Restructured Wholesale Electricity Market, in: AER 2002, S. 1377-1405
- Börner, Achim-Rüdiger, Die Strom- und Gasversorgung im 12. Hauptgutachten der Monopolkommission, in: ZögU 1999, S. 231-255
- Börner, Achim-Rüdiger, Rechtliches, Volkswirtschaftliches und Politisches zu heutigen Perspektiven der Durchleitungswirtschaft, in: ZögU 2003, S. 395-410
- Borrmann, Jörg/Finsinger, Jörg, Markt und Regulierung, München, 1999

- Böwing, Andreas/Nissen, Joachim*, Die Energierechtsnovelle – ein schlüssiges Konzept zur Kontrolle von Netznutzungsentgelten, in: ET 2004, S. 712-717
- Brennan Geoffrey/Buchanan James M.*, Die Begründung von Regeln, Tübingen, 1993
- Breuer, Rüdiger*, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Heidelberg, 1998
- Brinker, Werner*, Wettbewerb funktioniert – gegen Regulierung, in: ET-Special 2003, S. 4-8
- Brinker, Werner*, (De-)Regulierung der Energiewirtschaftsbranche, Wirtschaftspolitisches Forum in: ZfW 2005, S. 82-91
- Britz, Gabriele*: Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und Umsetzung ins deutsche Recht, in: EuZW 1997, S. 334-337
- Brunekreeft, Gert/Keller, Katja*, Netzzugangsregime und aktuelle Marktentwicklung im deutschen Elektrizitätssektor, in: ZfE 2000, S. 155-166
- Brunekreeft, Gert/Keller, Katja*, Competition in European Electricity Supply: Issues and Obstacles, in: *Eekhoff, Johann* (Hg.), Competition Policy in Europe, Berlin u. a., 2004, S. 161-195
- Brunekreeft, Gert/Tweleemann, S.*, Institutionelle Reformen und Versorgungswirtschaft: Status Quo und Perspektiven der deutschen Stromwirtschaft, in: ZfE 2004, S. 163-174
- Büdenbender, Ulrich*, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, in: RdE 1999, S. 1-11
- Büdenbender, Ulrich*, Energierecht nach der Energierechtsreform, in: JZ 1999, S. 62-72
- Büdenbender, Ulrich*, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, in: DÖV 2002, S. 375-383
- Büdenbender, Ulrich*, EnWG – Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Köln, 2003
- Büdenbender, Ulrich*, Nationalrechtliche Regulierung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen, in: ET-Special 9/2003, S. 2-16
- Büdenbender, Ulrich*, Entgeltregulierung: Rechtsschutz gegen regulierungsbehördliche Entscheidungen, in: ET-Special 2005, S. 35-40
- Büdenbender, Ulrich/Kühne, Günter* (Hg.), Das neue Energierecht in der Bewährung, Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baden-Baden, 2002
- Bullinger, Martin*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1355-1361
- Bundeskartellamt* (Hg.), Tätigkeitsbericht 1997/1998, BT-Drs. 14/1139, S. 21
- Bundeskartellamt* (Hg.), Missbrauchsverfahren gegen Bewag, EnBW, HEW und Veag wegen unbilliger Abrechnung von Regelenergie, Pressemitteilung v. 30. 10. 2001, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2001/2001_10_30.shtml (10. 11. 2005)
- Bundeskartellamt* (Hg.), Missbrauchsverfahren gegen Bewag, HEW und Veag im Bereich Regelenergie eingestellt, Pressemitteilung v. 19. 8. 2002, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2002/2002_08_19.shtml (10. 11. 2005)
- Bundeskartellamt* (Hg.), Missbrauchsverfahren gegen EnBW im Bereich Regelenergie eingestellt, Pressemitteilung v. 21. 2. 2002, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2002/2002_02_21.shtml (10. 11. 2005)
- Bundesverband Neuer Energieanbieter (BNE)*, Einleuchtende Forderungen – was wir verlangen, o. J., <http://www.neue-energieanbieter.de/bne/forderungen/index.html> (10. 11. 2005)

- Bundesverband Neuer Energieanbieter (BNE)*, Energiemarkt heute, o. J.,
<http://www.neue-energieanbieter.de/energiemarkt/heute/index.html>
 (10. 11. 2005)
- Bunte, Hermann-Josef*, 6. GWB-Novelle und Mißbrauch wegen Verweigerung des Zugangs zu einer „wesentlichen Einrichtung“, in: *WuW* 1997, S. 302-318
- Burgi, Martin*, BA-Verwaltungsrat und Gesetzliche Krankenversicherung-Bundesausschuss: Hund und Katz in Selbstverwaltung, in: *NJW* 2004, S. 1365-1367
- Clausen, Hartmut/Scheele, Ulrich*, Benchmarking und Yardstick Competition – Ansätze vergleichenden Wettbewerbs in der Wasserwirtschaft, Oldenburg, 2001
- Cournot, Antoine-Augustin*, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, Paris, 1838
- Cox, Helmut*, zur Organisation der Daseinsvorsorge in Deutschland, in: *Schader-Stiftung* (Hg.), Die Zukunft der Daseinsvorsorge, Darmstadt, 2001, S. 25-40
- CPUC/CEC/CPA*, Energy Action Plan, 8. 5. 2003,
<http://www.cpuc.ca.gov/PUBLISHED/REPORT/28715.htm> (10. 11. 2005)
- Cronenberg, Martin*: Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: *RdE* 1998, S. 85-91
- Dannischewski, Johannes*, Unbundling im Energierecht – Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, Baden-Baden, 2003
- Danwitz, Thomas v.*, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: *Schwarze Jürgen* (Hg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden, 2003, S. 251-267
- de Wyl, Christian/Neveling, Stefanie*, Regulierung der Zugangsbedingungen zu den Strom- und Gasnetzen, in: *ZNER* 2003, S. 182-189
- Demski, Joel S.*, Corporate conflicts of Interest, in: *JEP* 2/2003, S. 51-72
- DGB* (Hg.), Stellungnahme zum Themenkatalog der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit des Deutschen Bundestages zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes, Berlin, 2004
- Dieckmann, Jochen*, Das nordrhein-westfälische Ausführungsgesetz zu § 15a EGZPO, in: *NJW* 2000, S. 2802
- Diekmann, Jochen/Ziesing, Hans-Joachim/Leprich, Uwe*, Anreizregulierung für Beschäftigung und Netzinvestitionen, unveröffentlichtes Manuskript, Berlin/Saarbrücken, 2006
- Downs, Anthony*, Inside Bureaucracy, Boston, 1967
- Dreher, Meinrad*, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung, in: *DB* 1999, S. 833-839
- Dreier, Horst* (Hg.), Grundgesetz, Bd. I, Tübingen, 1996
- Ebert, Elke*, Private Normsetzung für die Rechnungslegung, Sternenfels, 2002
- Eckert, Ross D.*, On the Incentives of Regulators: The Case of Taxicabs, in; *Public Choice*, Vol. 93 1973, S. 83-99
- Eckey, Hans-Friedrich/Kosfeld, Reinhold/Dreger, Christian*, Statistik, Wiesbaden, 2002
- Eekhoff, Johann* (Hg.), Competition Policy in Europe, Berlin u. a., 2004,
- Ehricke, Ulrich*, Der europäische Regelungsansatz zur Versorgungssicherheit in Bezug auf Stromnetze – zum Richtlinienvorschlag für die Sicherung der Elektrizitätsversorgung, in: *ZNER* 2004, S. 211-217
- Eickhof, Norbert*, Zur Legitimation ordnungspolitischer Ausnahmeregelungen, in: *ORDO* 1993, S. 203-221
- Eickhof, Norbert/Kreikenbaum, Dieter*: Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: *WuW* 1998, S. 666-677

- Elberfeld, Walter/Weizsäcker, Carl Christian v.*, Ist der Subtraktionstest ein geeignetes Verfahren zur Ermittlung missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte? in: N&R 2004, S. 93-98
- Ellersdorfer, Ingo/Blesl, Markus/Kessler, Alois*, Wettbewerb im liberalisierten europäischen Strommarkt, in: ZfE 2004, S. 3-18
- Emde, Ernst Thomas*, Die Demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Berlin, 1991
- Engelsing, Felix*, Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, in: ZNER 2003, S. 111-118
- Erber, Georg/Hagemann, Harald*, Netzwerkökonomie, in: *Zimmermann, Klaus F. (Hg.)*, Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, Heidelberg, 2002, S. 279-319
- Ernst & Young (Hg.)*, Unbundling bei Stadtwerken und regionalen Energieversorgungsunternehmen, Studie im Auftrag des VDEW, o. O., 2004
- Eucken, Walter*, Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung, 1947, Nachdruck: Münster u. a., 2001
- Europäische Kommission (Hg.)*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (580) 2000 endg. v. 20. 9. 2000 = ABIEG C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4-23
- Europäische Kommission (Hg.)*, Vollendung des Energiebinnenmarktes, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, 2001 SEC (2001) 438
- Europäische Kommission (Hg.)*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg.
- Europäische Kommission (Hg.)*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg.
- Europäische Kommission*, Die Entflechtungsregelung, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, http://www.europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_de.pdf (10. 11. 2005) □
- Europäische Kommission (Hg.)*, Vierter Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, 2005, KOM (2004) 863, Technical Annexes, SEC (2004) 1720
- Europäische Kommission (Hg.)*, Vierter Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes, 2005, KOM (2004) 863
- Evans, Lewis/Garber, Steven*, Public Utility Regulators Are Only Human: A Positive Theory of Rational Constraints, in: AER Vol. 78 1988, S. 444-462
- Faross, Peter*, Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gasmärkte – Stand und Perspektiven, in: *Immenga Ulrich/Schwintowski, Hans-Peter/Quack, Ulrich/Velte, Rainer (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, Baden-Baden 2003, S. 33-40
- Faross, Peter*, Zur Zukunft der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Energiewirtschaft, in: RdE 2005, S. 57-60
- Feess, Eberhard*, Mikroökonomie, 2. Aufl. München, 1997
- Feld, Lars/Voigt, Stefan*, Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators, München 2003, CESifo Working Paper No. 906
- FERC (Hg.)*, California Power Market redesign receives approval; finding on CAISO board independence clears way for CAISO to administer enforcement protocol Press, Press Release v. 30. 6. 2005, <http://www.ferc.gov/press-room/pr-archives/2005/2005-2/06-30-05-california.asp> (10. 11. 2005)
- Fischer, Wolfram (Hg.)*, Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt/M., 1992

- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart u. Berlin, 1938
- Forsthoff, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. München, 1973
- Franz, Oliver/Schäffner, Daniel/Trage, Bastian*, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG – Optionen und offene Fragen, in *ZfE* 2005, S. 89-98
- Frenz, Walter*, Dienste von allgemeinem Wirtschaftlichem Interesse, in: *EUR* 2000, S. 901-925
- Frey, Bruno S.*, Public Choice, in: *WiSt* 1991, S. 492-496
- Frey, Bruno S./Kirchgässner, Gebhard*, Demokratische Wirtschaftspolitik, München 2002
- Frey, Bruno S./Schneider, Friedrich*, A Polito-Economic Model of the United Kingdom , in: *Economic Journal* 1978, S. 243-253
- Frey, Bruno S./Schneider, Friedrich*, An Empirical Study of Polito-Economic Interaction in the United States, in: *RevES* 1978, S. 174-183
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München, 1999
- Fritz, Wolfgang/Zimmer, Christian*, Bedeutung von Struktureinflüssen beim Netzbenchmarking, in: *ET* 2004, S. 320-323
- Galahn, Gunbritt*, Die Anschluss- und Versorgungspflicht gemäß § 10 EnWG – Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Energiemärkte, in: *RdE* 2004, S. 35-41
- Gerster, Stephan*, Preiskontrolle beim Infrastukturzugang, in: *WuW* 2002, S. 131-141
- Gilbert, Richard J./Kahn, Edward P. (Hg.)*, International Comparison of Electricity Regulation, Cambridge, 1995
- Godesar, Rolf*, Deutsche Energiestrukturen der Zukunft – Sichtweise eines Newcomers, in: *ET* 2001, S. 551-555
- Gormley, William T.*, The Politics of Public Utility Regulation, Pittsburgh, 1983
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinrad (Hg.)*, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattausgabe, München
- Greiling, Dorothea*, Öffentliche Trägerschaft oder öffentliche Bindung von Unternehmen, Baden-Baden, 1996
- Gröner, Helmut*, Ordnungspolitik in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, in: *ORDO* 1965, S. 333-412
- Guckelberger, Annette*, Zum Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen, in: *AöR* 2004, S. 618-638
- Haas, Reinhard*, Regulierung und Liberalisierung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich: Eine kritische Analyse, in: *ZfE* 2002, S. 117-133
- Haberfellner, Maria*, Liberalisierung und Regulierung des österreichischen Strommarktes, E-Control Working Paper Nr. 1, Wien, 2002
- Hägg, P. Göran*, Theories on the Economics of Regulation: A Survey of the Literature from an European Perspective, in: *EJLE* 1997, S. 337-370
- Hampel, Christian*, Von der Tarifikundenversorgung zur Grundversorgung, in: *ZNER* 2004, S. 117-128
- Hampel, Christian*, Die Zukunft der Tarifikundenversorgung, Baden-Baden, 2005
- Haubrich, Hans-Jürgen/Maurer, Christoph/Zimmer, Christian*, Netzregulierung un der Elektrizitätswirtschaft, in: *ET-Special* 2005, S. 7-10
- Haucap, Justus/Kruse, Jörn*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien? In: *WuW* 2004, S. 266-275
- Haupt, Ulrike/Kinnunen, Kaisa/Pfaffenberger, Wolfgang*, Anwendung der Vergleichsmarktanalyse auf die Netzentgelte in der Stromwirtschaft, Bremen, 2002

- Hayo, Bernd/Voigt, Stefan*, Explaining *de facto* judicial independence, Kassel, 2003, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge Nr. 46/03
- Haywood, Peter*, Strategische Kooperation zwischen Netzbetreiber und Hersteller bei der Netzausbauplanung, in EW 24/2004, S. 37-43
- Hebeler, Timo*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsnormen funktionaler Selbstverwaltung, in: DÖV 2002, S. 936-943
- Heden, Håkan*, Performance based regulation – a new way to regulate the distribution of electricity in Sweden, o. J., http://www.marketdesign.se/archives/2003/conference/papers/1_hakan_heden.pdf (10. 11. 2005)
- Hellermann, Johannes*, Probleme des Kundenübergangs in Zeiten des „Grundversorgers“, in: ZNER 2004, S. 329-332
- Henderson, Bruce D.*, Erfahrungskurve in der Unternehmensstrategie, 2. Aufl. Frankfurt/M. u. New York, 1984
- Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhard, Michael/Schröder, Meinhard (Hg.)*, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, Bd. 61, Berlin, 2002
- Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhard, Michael/Schröder, Meinhard (Hg.)* Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, Bd. 62, Berlin, 2003
- Héritier, Adrienne (Hg.)*, Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 34. Jg., 1993
- Hermes, Georg*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen, 1998
- Hermes, Georg*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ZHR 2002, S. 433-463
- Herzig, Thomas*, Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Stromversorgung von 1880-1990, in: *Fischer, Wolfram (Hg.)*, Die Geschichte der Stromversorgung, Frankfurt/M., 1992, S. 121-166
- Hirshleifer, Jack*, Comment, in: The Journal of Law and Economics 1976, S. 241-244
- Hohmann, Harald*, Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig? In: ET 2002, S. 337-342
- Hohmann, Harald*, Vereinbarkeit des organisatorischen Unbundling mit dem Gesellschafts-, EG- und Verfassungsrecht, in: ET 2004, S. 822-827
- Holzherr, Christian/Kofluk Michael*, Wertorientierte Führung von regulierten Stromnetzgesellschaften, in: ET 2004, S. 718-735
- Holznagel, Bernd/Werthmann, Christoph*, Rechtswegsfragen im Rahmen der Reform des Energiewirtschaftsrechts, in: ZNER 2004, S. 17-20
- Hoppenstedt (Hg.)*, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt, 1998, Bd. I
- Hoppenstedt (Hg.)*, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt, 1998, Bd. II
- Horn, Norbert*, Regulierung und Wettbewerb am Beispiel des Strommarktes, in: RdE 2003, S. 85-90
- Hübschle, Wolfgang*: Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Strompreisdifferenzierungen nach der Energiewirtschaftsrechtsnovelle, in: WuW 1998, S. 146-155
- Immenga, Ulrich/Schwintowski, Hans-Peter/Quack, Ulrich/Velte, Rainer (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, Baden-Baden, 2003
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. München, 2004
- Jochum, Gerhard/Pfaffenberger, Wolfgang*, (De-)Regulierung der Energiewirtschaftsbranche, Wirtschaftspolitisches Forum in: ZfW 2005, S. 71-81
- Jochum, Gerhard/Pfaffenberger, Wolfgang*, Wettbewerbsrahmen oder Interventionismus? In: ET Special 2005, S. 3-6

- Joskow, Paul L.*, Comment on *Matthew W. White*, Power struggles: Explaining Deregulatory Reform in Electricity Markets, in: *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, 1998, S. 251-267
- Joskow, Paul L.*, Deregulation and Regulatory Reform in the U. S. Electric Power Sector, 2000, S. 42, http://econ-www.mit.edu/faculty/?prof_id=pjoskow&type=paper (10. 11. 2004)
- Joskow, Paul L.*, California's Electricity Crisis, in: *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 17, 2001, S. 381-404
- Joskow, Paul L.*, Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: *Latin American Journal of Economics* 2003, S. 548-558
- Joskow, Paul L.*, The Difficult Transition to Competitive Electricitymarkets in the U. S., 2003, http://econ-www.mit.edu/faculty/?prof_id=pjoskow&type=paper (10. 11. 2005)
- Joskow, Paul L./Schmalensee, Richard*, *Markets for Power*, Cambridge (Mass.) u. London, 1985
- Just, Christoph*, Aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemfelder in der Energiewirtschaft, in: *RdE* 2004, S. 65-75
- Just, Christoph/Lober, Andreas*, Wer ist zum Unbundling verpflichtet? In: *ET* 2005, S. 98-100
- Kahn, Alfred*, *The Economies of Regulation - Principles and Institution*, Vol. 2, Cambridge (Mass.) u. London, 1988
- Kellerhoff, Jens/Rinze, Jens P.*, Möglichkeiten und Hindernisse für den europäischen Stromhandel und die Schutzklausel nach Art. 4 Abs. 2 EnWG, in: *RIW* 1999, S. 738-746
- Kienle, Friedrich*, Wer hat Angst vor dem schwarzen Mann? Tagungsbericht in: *EW* 7/2004, S. 20-26
- Kirchgässner, Gebhard*, *Homo Oeconomicus*, Tübingen, 2000
- Kirsch, Guy*, *Neue Politische Ökonomie*, 5. Aufl., Stuttgart, 2004
- Klafka, P./Ritzau, M./Zander, W./Held, C.*, Ein gerechtes Durchleitungs-Tarifmodell für elektrischen Strom, in: *ZNER* 1997, S. 40-54
- Klaue, Siegfried*, Einige Bemerkungen zur Verbändevereinbarung über Durchleitungsentgelte für Strom, in: *ZNER* 1/98, S. 22-25
- Klaue, Siegfried*, Zur Wertberechnung von Netzanlagen beim Neuabschluss von Konzessionsverträgen, in: *ZNER* 2004. S. 349-352
- Klees, Andreas*, Legal Unbundling und deutsches Gesellschaftsrecht - Die europäischen Vorgaben zur rechtlichen und organisatorischen Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen und gesellschaftsrechtliche Konstruktionen zu ihrer Umsetzung, *VW* 2003, S. 245-253
- Klimisch, Annette/Lange, Markus*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, in: *WuW* 1998, S. 15-26
- Kloepfer, Michael/Elsner, Thomas*, Selbstregulierung im Umweltrecht, in: *DVBl.* 1996, 964-795
- Klump, Rainer*, *Einführung in die Wirtschaftspolitik*, München, 1992
- Knauff, Matthias*, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, in: *VR* 2004, S. 296-302
- Knieps, Günter*, *Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik*, Berlin u. a., 2001
- Knieps, Günter/Pethig, Rüdiger*, Uncertainty, Capacity Costs and Potential Gains From Cooperation and Competition, *JITE* 1994, S. 325-350

- Koenig, Christian, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb! In: EuZW 2001, S. 481
- Koenig, Christian, Effiziente Effizienzmaßstäbe in der energiewirtschaftlichen Netznutzungsentgeltregulierung! Kommentar in: WuW 2004, S. 247
- Koenig, Christian, Zu guter Letzt: markieren Eigentumsgrundrechte keine regulatorischen Sperrbezirke! In: N&R 2004, S. 180
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Rasbach, Winfried, Das energierechtliche Unbundling-Regime, in: RdE 2003, S. 221-229
- Koenig, Christian/Rasbach Winfried, Methodenregulierung in der Energiewirtschaft – Die REGTP auf der Reservebank, in: ET 2004, S. 702-704
- Koenig, Christian/Rasbach, Winfried, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, in: DÖV 2004, S. 733-739
- Koh, Dong-Soo/Berg, Sanford V./Kenny, Lawrence W., A Comparison of Costs in Privately Owned and Publicly Owned Electric Utilities: The Role of Scale, in: Land Economies Vol. 72, No. 1 1996, S. 56-65
- Krajewski, Markus, Öffentliche Dienstleistungen im europäischen Verfassungsrecht, in: DÖV 2005, S. 665-674
- Krämer, K. G., Konzepte, Wirkungsweisen und Wirtschaftlichkeit deregulierter Verbundsysteme, in: VDI (Hg.), Anforderungen an die Netzzugangsregelung bei Deregulierung der Elektrizitätswirtschaft und erweitertem Verbundnetz, VDI-Berichte Nr. 1329, Düsseldorf, 1997, S. 17-25
- Kremp, Ralph/Westermann, Ralf/Seel, Alexander, Effizienzmessung von Stromnetzbetreibern, in: EW 6/2005, S. 60
- Kruse, Jörn/Stockmann, Kurt/Vollmer, Lothar (Hg.), Wettbewerb im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Baden-Baden, 1997
- Kruse, Jörn, Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: Kruse, Jörn/Stockmann, Kurt/Vollmer, Lothar (Hg.), Wettbewerb im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Baden-Baden, 1997, S. 247-270
- Kühne, Gunther/Scholka, Boris, Das neue Energiewirtschaftsrecht, in: NJW 1998, S. 1902-1909
- Kumkar, Lars, Die deutsche Energierechtsnovelle aus ökonomischer Sicht, in: ZNER 1/1998, S. 26-39
- Kumkar, Lars, Alternative Liberalisierungsmodelle für die Stromwirtschaft: Eine comparative Institutionenanalyse, Kiel, 1999 (Kieler Arbeitspapier Nr. 928)
- Kumkar, Lars, Die Grundzüge der Strommarktregulierung auf der Bundesebene der Vereinigten Staaten und in Kalifornien, Kiel, 2001 (Kieler Arbeitspapier Nr. 1022)
- Kumkar, Lars, Strommarkt Kalifornien: ein Liberalisierungsmodell kämpft um das politische Überleben, Kiel, 2001 (Kieler Arbeitspapier Nr. 1023)
- Kumkar, Lars, Strommarktliberalisierung in Kalifornien: Schlägt das Pendel zurück?, Kiel, 2001 (Kieler Diskussionspapier Nr. 378/379)
- Kumkar, Lars, Das kalifornische Strommarktdebakel – Von Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen, Kiel, 2002 (Kieler Arbeitspapier Nr. 1097)
- Kumkar, Lars, Liberalisierungsversprechen und Regulierungsversagen – das kalifornische Strommarktdebakel, in: ZfW 2002, S. 199-230
- Kurth, Matthias, Wie sollte der Energiemarkt reguliert werden? In: WD 2004, S. 686-689
- Kutschke, Georg/Mölder, Gerhard/Nissen, Joachim/Weißenfels, Robert, Anreizregulierung für den Zugang zu den deutschen Stromnetzen? [Vergleich deutscher und internationaler Erfahrungen], in: ET 2004, S. 139-143
- Lamprecht, Franz, EPCON 2004: Liberalisierungstendenzen in Österreichs Strom- und Gasmarkt, in: ET 2004, S. 398 f.

- Lamprecht, Franz*, Ein Reguliertes System muss Atmen können, in: ET 2004, S. 573-577
- Lauer, Jürgen*, Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15 a EGZPO, in: NJW 2004, S. 1280-1282
- Lecheler, Helmut*, Enteignung zu Gunsten Privater beim Bau von Elektrizitätsfernleitungen, in: RdE 2005, S. 125-130
- Lecheler, Helmut/Herrmann, Joachim*, Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 482-493
- Leprieh, Uwe*, Stromwettbewerb durch Regulierung, www.izes.de/downloads/stromwettbewerb.pdf (10. 11. 2005)
- Lerch, Achim*, Regulierung, Deregulierung oder Regulierung der Deregulierung, Kassel, unveröffentlichter Habilitationsvortrag v. 23. 7. 2003
- Lerch, Dirk/Brodowski, Christian*, Tagungsbericht: Die Energiewirtschaft in der Regulierung – Die neuen rechtlichen Herausforderungen. 32. Jahrestagung des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln am 30. 10. 2003, in: RdE 2004, S. 55 f.
- Lieb-Dóczy, Enese*, Konsolidierungstrends im britischen Elektrizitätsmarkt, in: ET 2005, S. 87-91
- Lieb-Dóczy, Enese*, Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern – internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 394-397
- Lieb-Dóczy Enese/MacKerron, Gordon*, Balancing security and liberalisation, in: Power in Europe, Iss. 408, v. 1. 9. 2003, S. 9-11
- Lieb-Dóczy, Enese/Shuttleworth, Graham*, Grundprinzipien eines wirtschaftliche effizienten regulatorischen Prozesses, in: ET 2002, S. 806-809
- Liedtke, Rüdiger*, Wem gehört die Republik? Die Konzerne und ihre Verflechtungen, Frankfurt, 2003
- Löwenberg, Fabian*, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, Berlin, 2001
- Lundberg, Martin/Ruhle, Ernst-Olav/Schulze zur Wesche, Jens*, Entgeltregulierung im Energiewirtschaftssektor mittels mittels Yardstick-Competition, in: ZfE 2005, S. 115-123
- Lutz, Helmut/Stadler, Ulrike*, Gruppenbildung als Voraussetzung für ein funktionsfähiges Regulierungsmodell der Verteilernetze, in: ZNER 2004, S. 225-230
- Lütz, Susanne*, Politische Steuerung und die Selbstregelung korporativer Akteure, in: Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W.(Hg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, 1995, S. 169-197
- Mangoldt, Herrmann v./Klein, Friedrich/Stark, Christian (Hg.)*, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. Bd. I München, 1999
- Mann, Thomas*, Das Recht auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: ZögU 2005, S. 174-186
- Männel, Wolfgang, (Hg.)*, Handbuch der Kostenrechnung, Wiesbaden, 1992
- Martz, Thomas*, Interessengruppen und Gruppeninteressen in der Demokratie, Frankfurt/M. u. a., 1990
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hg.)*, Grundgesetz – Kommentar, Loseblattausgabe München
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. München, 2004
- Mayen, Thomas*, Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen, in: DÖV 2004, S. 45-55
- Mayer, O.*, Eisenbahn und Wegerecht, in: AöR 1901, S. 380-387
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W.*, Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, Frankfurt/M. u. New York, 1995

- Mayntz, Renate, *Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren*, in: Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W., *Gesellschaftliche Selbstregulung und politische Steuerung*, Frankfurt/M. u. New York 1995, S. 9-38
- Mehde, Veith, *Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip*, Berlin, 2000
- Meller, Eberhard, *Energie: Ein ganz besonderer Markt*, in: WD 2004, S. 683-686
- Mestmäcker, Ernst-Joachim, *Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext*, in: Ruland, Franz/Maydell, Bernd v./Papier, Hans-Jürgen, *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates – Festschrift für Hans F. Zacher*, Heidelberg 1998, S. 635-651
- Miksch, Leonhard, *Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob*, in: ZgS 1948/1949, S. 310-338
- Mitnick, Barry M., *The Political Economy of Regulation – Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*, New York, 1980
- Möller, Christel, *Aufgaben und Instrumente der Energieaufsicht im freien Markt*, Rede am 27. 9. 2001 in Aachen, <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Presse/reden-und-statements,did=5250.html> (10. 11. 2005)
- Mombaur, Peter Michael/Balke, Joachim, *EU-Binnenmarkt für Strom und Gas: Ursprung und wirklicher Inhalt des jetzt verabschiedeten neuen Gemeinschaftsrechts*, in: RdE 2003, S. 161-163
- Monopolkommission (Hg.), *XIV. Hauptgutachten – Netzwettbewerb durch Regulierung*, Baden-Baden, 2003
- Monopolkommission (Hg.), *XV. Hauptgutachten – 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, 2004, BT-Drs. 15/3610
- Möschel, Wernhard, *Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden*, in: WuW 2002, S. 683-688
- Mühlenkamp, Holger, *Eine ökonomische Analyse ausgewählter institutioneller Arrangements zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, Baden-Baden, 1999
- Müller, Edda, *Unzureichende Berücksichtigung der Nachfrageinteressen: Musterbeispiel Energiemarkt*, in: WD 2004, S. 689-694
- Müller, Jürgen/Stahl, Konrad, *Regulation of the Market for Electricity*, in: Gilbert, Richard J./Kahn, Edward P. (Hg.), *International Comparison of Electricity Regulation*, 1995, S. 277-311
- Müller, Jürgen/Vogelsang, Ingo, *Staatliche Regulierung: Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlaufrag in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1979
- Müller, Leonhard, *Handbuch der Elektrizitätswirtschaft*, 2. Aufl., Berlin u. a., 2001
- Musil, Andreas, *Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, in: DÖV 2004, S. 116-120
- Nagel, Bernhard, *Gemeindeordnung als Hürde?* Baden-Baden 1999
- Nagel, Bernhard, *Wirtschaftsrecht I*, 4. Aufl., München u. Wien 2000
- Nagel, Bernhard, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2003
- Nagel, Bernhard, *Stadtwerke und Verkehrsbetriebe unter dem Beihilfenrecht des EG-Vertrages*, in: ZNER 2004, S. 353-355
- Nagel, Bernhard, *Probleme des Unbundling nach dem neuen Energiewirtschaftsrecht aus der Sicht der Stadtwerke*, in: ZNER 2005, S. 147 f.
- Nagel, Bernhard/Eger, Thomas, *Wirtschaftsrecht II*, 4. Aufl. München u. Wien, 2003
- Nagel, Bernhard/Haslinger, Sebastian/Meurer, Petra, *Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform*, Baden-Baden, 2002

- Nagel, Bernhard/Jaich, Roman*, *Bildungsfinanzierung in Deutschland*, 2. Aufl. Baden-Baden, 2004
- Nagel, Bernhard/Scheele, Ulrich/Pollem, Ole*, *Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in der Europäischen Union*, unveröffentlichtes Typoskript Kassel, 2005
- Neuenhahn, Hans-Uwe*, *Mediation – ein effizientes Konfliktlösungsinstrument auch für die Elektrizitätswirtschaft*, in: *ET* 2004, S. 324-327
- Neumann, Manfred*, *Wettbewerbspolitik – Geschichte, Theorie und Praxis*, Wiesbaden, 2000
- Neveling, Stefanie*, *Die Bundesnetzagentur – Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweisen*, in: *ZNER* 2005, S. 263-270
- Neveling, Stefanie/Theobald, Christian*, *Aktuelle Entwicklungen des europäischen Energiehandels: Die Vorschläge zur Anpassung der Strom- und Gasrichtlinie*, in: *EuZW* 2002, S. 106-112
- Newbery, David M.*, *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge (Mass.), 2001
- Newbery, David M.*, *Privatising Network Industries*, München, 2003
- Niskanen, William A.*, *The Peculiar Economics of Bureaucracy*, in: *AER, Papers and Proceedings* 1968, S. 293-305
- Nowell, Clifford/Tschirhart, John*, *Testing Theories of economic Behaviour*, in: *Review of Industrial Organisation*, Vol. 8, 1993, S. 653-668
- o. V.*, *Deutsche Stromerzeuger in Schwierigkeiten*, in: *FAZ* v. 10. 10. 2000, S. 19
- o. V.*, *Böge: Ein Kartell steht kurz vor dem Auffliegen*, in: *SZ* v. 6. 7. 2001, S. 22
- o. V.*, *Bundesregierung beschließt Regulierungsbehörde für Strom und Gas*, in: *WuW* 2003, S. 453
- o. V.*, *Eckpunkte zur Ausrichtung des energierechtlichen Ordnungsrahmens auf Wettbewerb im Bereich der leitungsgebundenen Energieträger*, in: *ZNER* 2003, S. 225-231
- o. V.*, *Position der Länder zur Regulierung im Elektrizitäts- und Gasbereich*, in: *ZNER* 2003, S. 225-231
- o. V.*, *Wenn das Licht ausgeht*, in: *ET* 2004, S. 836
- OFGEM (Hg.)*, *Annual Report 2003/2004*,
<http://www.ofgem.gov.uk/ofgem/about/planning-finance.jsp> (29. 8. 2005)
- Olson, Wayne P.*, *Efficient Electric Restructuring: Balancing Efficiency and Market Power Considerations*, in: *Electricity Journal* 2000, S. 19-27
- Palast, Gregory/Oppenheim, Jerrold/McGregor, Theo*, *Democracy and Regulation – How the Public Can Govern Essential Services*, London and Sterling VA, 2003
- Panzar, John C./Willig, Robert D.*, *Economies of Scope*, in: *AER* 1981, S. 268-277
- Papier, Hans-Jürgen*, *Durchleitungen und Eigentum*, in: *BB* 1997, S. 1213-1220
- Papier, Hans-Jürgen*, *Verfassungsfragen der Durchleitung*, in: *Büdenbender, Ulrich/Kühne, Günter (Hg.)*, *Das neue Energierecht in der Bewährung – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Baden-Baden, 2002, S. 209-223
- Peltzman, Sam*, *Toward a More General Theory of Regulation*, in: *JLE*, 1976, S. 211-240
- Perner, Jens/Riechmann, Christoph*, *Netzzugangsregimes im nationalen Strommarkt – Lehren aus dem europäischen Ausland?* In: *ZfE* 1999, S. 209-233
- Pfaffenberger, Wolfgang/Scheele, Ulrich/Salge, Katrin*, *Energieversorgung nach der Deregulierung*, Berlin, 1999
- Pielow, Johann-Christian*, *Wie "unabhängig" ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor? Anmerkungen zum neuen Energiewirtschaftsgesetz*, in: *DÖV* 2005, S. 1017 1025

- Popper, Karl R.*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bern 1957; zuerst erschienen unter dem Titel: *The Open Society and Its Enemies*, London, 1945
- Posner, Richard A.*, Theories of Economic Regulation, in: BJ 1974, S. 335-358
- Preuss, Ralf*, Die gelben Jahre sind vorbei, in: FTD v. 17. 2. 2005, S. 27
- Prosi, Gerhard*, Staatliche Monopole oder Wettbewerb privater Unternehmen – eine ökonomische Betrachtung, in: WuW 1996, S. 973-980
- Püttner, Günter*, Das neue Energiewirtschaftsrecht. Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: ZögU 2005, S. 394-398
- Quack, Ulrich*, Rechtlicher Rahmen des Strom- und Gashandels in Deutschland – Einzelfragen des Netzzugangs, in: *Immenga, Ulrich/Schwintowski, Hans-Peter/Quack, Ulrich/Velte, Rainer (Hg.)*, Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, Baden-Baden, 2003, S. 67-78
- Rasbach, Winfried/Schreiber, Kristina*, Legal Unbundling – Damoklesschwert oder Hoffnungsschimmer? Energiegespräche in Bonn, 21. 5. 2003, Tagungsbericht in: ZNER 2003, S. 124-126
- Rawls, John*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1975
- Reichert-Clauß, Andrea*, Durchleitung von Strom – Regulierungstheorie im deutsch-englischen Vergleich, Heidelberg, 2002
- Riechmann, Christoph*, Price-Cap Regulierung, in: ZfE 1995, S. 157-167
- Ristau, Oliver*, Europameister der Strompreise, in: FR v. 25. 9. 2004
- Rodgarkia-Dara, Aria/Wirl, Franz*, Auswirkungen der Liberalisierung des österreichischen Elektrizitätsmarktes, in: ZögU 2004, S. 34-54
- Rosin, Peter/Krause, Markus* Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinie an eine ex-ante-Regulierung, in: ET-Special 9/2003, S. 17-24
- Ruhle, Ernst-Olav/Schuster, Fabian*, Lehren für die EnWG-Novelle – Parallelen und Erfahrungen aus der Regulierung der Telekommunikation, in: ZfE 2004, S. 121-127
- Ruland, Franz/Maydell, Bernd v./Papier, Hans-Jürgen*, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaates, Heidelberg, 1998
- Sachs, Lothar*, Angewandte Statistik, Berlin u. a., 1997
- Säcker, Franz Jürgen*, Dokumentation: Die Genehmigung von Entgelten für Zugangsleistungen nach der Konzeption des Regierungsentwurfs zum TKG (TKG-E) – ein Leitbild für die Regulierung der Energieversorgungsnetze? In: ZNER 2003, S. 214-220
- Säcker, Franz Jürgen*, Ex-Ante-Methodenregulierung und Ex-Post-Beschwerderecht. Zum Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, in: RdE 2003, S. 300-307
- Säcker, Franz Jürgen*, Entflechtung von Netzgeschäft und Vertrieb bei den Energieversorgungsunternehmen: Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung des sog. Legal Unbundling, in: DB, 2004, S. 691-695
- Säcker, Franz Jürgen*, Freiheit durch Wettbewerb. Wettbewerb durch Regulierung, in: ZNER 2004, S. 98-113
- Säcker, Franz Jürgen*, Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: AG 2004, S. 180-186
- Säcker, Franz Jürgen*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht, in: AöR 2005, S. 180-224
- Säcker, Franz Jürgen/Boesche, Katharina Vera*, Vertikale Fusionen im Energiesektor gefährden wirksamen Wettbewerb, in: BB 2001, S. 2329-2337
- Säcker, Franz Jürgen/Jaecks, Jörg*, Die Netzübertragungspflicht im Energiewirtschaftsgesetz: Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung, in: BB 2001, S. 997-1005

- Salje, Peter, Grundversorgung und Regulierung, in: ET 2005, S. 32-34
- Sappington, David E./Stiglitz, Joseph E., Privatization, Information and incentives, Journal of Policy Analysis and Management 1987, S. 567-582
- Scarpa, Carlo, Regulation as a Bargaining Process: Negotiation Over Price and Cost-reducing Investments, in: Oxford Economic Papers 1994, S. 357-365
- Schader-Stiftung (Hg.), Die Zukunft der Daseinsvorsorge, Darmstadt, 2001
- Scharpf, Fritz W., Positive und Negative Koordination in Verhandlungssystemen, in: Héritier, Adrienne (Hg.), Policy-Analyse – Kritik und Neuorientierung, Politische Vierteljahresschrift, 34. Jg., 1993, S. 57-83
- Schebstadt, Arnd, Sektorspezifische Regulierung – Im Grenzgebiet zwischen Marktaufsicht und Marktgestaltung, in: WuW 2005, S. 6-15
- Scheele, Ulrich, Neue Spielregeln auf neuen Spielfeldern, in: MB 2000, S. 22-24
- Schmidt, Thorsten Ingo, Die Entscheidung trotz Stimmengleichheit, in: JZ 2003, S. 133-138
- Schmidt-Preuß, Matthias, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, in: DVBl. 1993, S. 236-247
- Schmidt-Preuß, Matthias, Verfassungskonflikt um die Durchleitung? – Zum Streitstand nach dem VNG-Beschluß des BGH, in: RdE 1996, S. 1-9
- Schmidt-Preuß, Matthias, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Energiepolitik, in: Hender, Reinhard/Marburger, Peter/Reinhard, Michael/Schröder, Meinhard (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, Bd. 61, Berlin, 2002, S. 27-69
- Schmidt-Preuß, Matthias, Selbstregulative Verantwortung oder staatliche Steuerung – Zur Verrechtlichung der Verbändevereinbarung, in: ZNER 2002, S. 262-266
- Schmidt-Preuß, Matthias, Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz – Kernfragen zur staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, in: ET 2003, S. 758-764
- Schneider, Jens-Peter/Prater, Janine, Das europäische Energierecht im Wandel. Die Vorgaben der EG für die Reform des EnWG, in: RdE 2004, S. 57-64
- Schöler, Meike, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Regulierung der Energiewirtschaft durch eine privatrechtliche Stelle, in: ZNER 2003, S. 201-204
- Scholtka, Boris, Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW 2005, S. 2421-2426
- Scholtka, Boris/Baumbach, Antje, Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2002 und 2003, in: NJW 2004, S. 723-727
- Scholz, Rupert, Freiheitlicher Binnenmarkt oder diktierte Marktstruktur? In: ET 2001, S. 678-682
- Schroeder-Czaja, Hanna, Integration Mittelosteuropas in den Elektrizitätsbinnenmarkt, Baden-Baden, 2003
- Schröter, Hellmuth/Jakob, Thinam/Mederer, Wolfgang (Hg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2003
- Schuler, Benedikt/Hammerstein, Christoph v., Vorschlag eines Netzzugangsmodells für die deutsche Gaswirtschaft, in: ZfE 2004, S. 93-106
- Schultz, Klaus Peter, Die Taskforce Netzzugang, in: ET 2002, S. 216-219
- Schwalbach, Joachim, Effizienz des Aufsichtsrats, in: AG 2004, S. 186-190
- Schwarze, Jürgen (Hg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2001
- Schwarze Jürgen (Hg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden, 2004

- Schwarze, Raimund*, Yardstick-Regulierung oder kartellrechtliches Vergleichsmarktkonzept – ein Vergleich am Beispiel der Wasserwirtschaft, in: WuW 2003, S. 241-246
- Schwintowski, Hans-Peter*, Kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht über Energie- und Durchleitungsentgelte nach Wegfall der §§ 103, 103 a GWB, in: ZNER 2/1998, S. 9-16
- Schwintowski, Hans-Peter (Hg.)*, Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf Energiemärkten, Baden-Baden, 2003
- Schwintowski, Hans-Peter*, Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, in: ZögU 2003, S. 283-310
- Seiferth, Thorsten/Weidel, Andreas*, Vorrang für Betriebswirtschaftliche Unbundling-Umsetzung, in: ET 2004, S. 18-21
- Shleifer, Andrei*, A Theory of Yardstick Competition, in: RJE 1985, S. 319-327
- Smith, Adam*, Der Wohlstand der Nationen, London 1789, dt. Ausgabe: München, 1993
- Spreer, Frithjof*, Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: ZNER 2003, S. 190-195
- Staebe Erik*, Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), in: DVBl. 2004, S. 853-862
- Steunenberg, Bernard*, Agent Discretion , Regulatory Policymaking, and Different Institutional Arrangements, in: Public Choice 1996, S. 309-339
- Steunenberg, Bernard*, Regulatory Policymaking in an Parliamentary Setting, in: Jahrbuch für neue politische Ökonomie, 1994, S. 36-57
- Stigler, George W.*, The Theory of Economic Regulation, in: BJ 1971, S. 3-21
- Stumpf, Cordula/Gabler, Andreas*, Netzzugang, Netznutzungsentgelte und Regulierung in Energienetzen nach der Energierechtsnovelle, in: NJW 2005, S. 3174-3179
- Swoboda, Peter*, Zur Anschaffungswertorientierung administrierter Preise, in: BFuP 1996, S. 364-381
- Taylor, Jerry*, Electric Utility Reform: Shock Therapy or Managed Competition? In: Regulation 1996, S. 63-76
- Temle-Lang, John*, Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to supply Competitors and Access to Essential Facilities, in: FILJ Vol. 18, No. 2, 1994, S. 437-524
- Tettinger, Peter J./Pielow, Johann-Christian*, Zum neuen Regulator für den Netzzugang in der Energiewirtschaft aus Sicht des öffentlichen Rechts, in: RdE 2003, S. 289-299
- Theobald Christian/Zenke, Ines*, Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: eine Rechtsprechungsübersicht, in: WuW 2001, S. 19-36
- Theobald, Christian*, Bewertung der sogenannten Braunkohleschutzklausel vor dem Hintergrund ihrer Genehmigung durch die Europäische Kommission am 8. Juli 1999, in: ZNER 1999, S. 84
- Theobald, Christian/Hummel, Konrad*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2003, S. 176-182
- Tschischwitz, H.*, Netzzugang und Netznutzung: Die Probleme aus Sicht eines Energiehändlers, in: *Schwintowski, Hans-Peter (Hg.)*, Strategische Allianzen – Netznutzung – Vergaberecht auf Energiemärkten, Baden-Baden, 2003, S. 79-87
- Umbach Dieter C./Clemens Thomas (Hg.)*, Grundgesetz, Heidelberg 2002
- VDEW (Hg.), Jahresbericht 2003, <http://www.strom.de> (10. 11. 2005)
- VDEW (Hg.), Länderbericht England, o. J., <http://www.strom.de> (10. 11. 2005)

- Vogl, Reiner J./Gössl, Manfred M./Feldmeier Gerhard M., Die Elektrizitätswirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland: Wettbewerbsstruktur im Kontext europäischer Energiepolitik, Egelsbach, 1997
- Vossiek, Peter/Ketzler, Thomas, Ergänzung der Verbändevereinbarung als Beitrag für eine schlanke Regulierungsinstanz, in: EW 1-2/2004, S. 30-33
- Wachinger, Lorenz, Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen und Europäisches Wettbewerbsrecht, in: ZögU 2004, S. 56-77
- Weare, Christopher, The California electricity crisis: causes and policy options, San Francisco, 2003
- Weingast, Barry R., The Congressional-Bureaucratic System: A Principal Agent Perspective, in: Public Choice 1984, S. 147-191
- Weingast, Barry R./Moran, Mark J, Bureaucratic Discretion or Congressional Control? Regulatory policymaking by the Federal Trade Commission, in: JPE 1983, S. 765-800
- Weise, P. et al., Neue Mikroökonomie, 5. A., Heidelberg u. a., 2005
- Weiß, Wolfgang, Öffentliche Unternehmen und EGV, in: EuR 2003, S. 165-190
- Weitzman, Martin L., Comment to: Baumol, William J./ Panzar, John C./Willig, Robert D., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, in: AER 1983, Vol. 73, S. 486 f.
- Weizsäcker, Carl Christian v., Mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft, Wirtschaftspolitisches Forum in: ZfW 1997, S. 117-122
- Weizsäcker, Carl Christian v., Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 572-579
- Wesche, Steffen, Die obligatorische Schlichtung für kleine Streitwerte – Eine kritische Zwischenbilanz, in: MDR 2003, S. 1029-1035
- White, Matthew W., Power Struggles: Explaining Deregulatory Reforms in Electricity Markets, in: Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics), 1996 S. 201-250
- Wiedemann, Gerhard (Hg.), Handbuch des Kartellrechts, München, 1999
- Wiedmann, Klaus-Peter/Langerfeldt, Michael, Verschärftes Unbundling in der deutschen Energiewirtschaft, in: ET 2004, S. 158-165 u. 248-254
- Wilmowsky, Philipp v., Durchleitung von Elektrizität im deutschen, europäischen und amerikanischen Recht, Saarbrücken, 1998
- Wimmer, Raimund, Friedenswahlen in der Sozialversicherung – undemokratisch und verfassungswidrig, in: NJW 2004, S. 3369-3374
- Winkler, Rüdiger, Verbändevereinbarung II plus – der bessere Weg, in: EW 4/2002, S. 28-35
- Wissmann, Martin, Zugangs- und Entgeltregulierung im Telekommunikationssektor – ein Modell für die Energiewirtschaft?, in: ET-Special 9/2003, S. 25-28
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf (Hg.), Verwaltungsrecht, Bd. 3, München, 2004
- Yermack, David, Higher Market Evaluation of Companies with a Small Board of Directors, in: JFE 1996, S. 185-211
- Ysendyck, Anne v./Zühlke, Susanne, Staatliche Beihilfen und Ausgleich für Leistungen der Daseinsvorsorge, in: EWS 2004, S. 16-19
- Zenke, Ines/Thomale, Hans-Christoph, Die Kalkulation von Netznutzungsentgelten Strom sowie Mess- und Verrechnungspreisen, in: WuW 2005, S. 28-43
- Zimmermann, Horst/Henke, Klaus-Dirk, Finanzwissenschaft, 8. Aufl, München 2001
- Zimmermann, Klaus F. (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft, Heidelberg, 2002

Quellenverzeichnis

- Bundesgesetz über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitäts- und Erdgasbereich und die Errichtung der Energie-Control GmbH und der Energie-Control Kommission (E-RBG), [österreich.] BGBl. I Nr. 121/2000, i. d. F. [österreich.] BGBl. I Nr. 148/2002
- Bundesgesetz, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu geregelt wird (EIWOG), [österreich.] BGBl. I Nr. 143/1998; i. d. F. BGBl. I Nr. 44/2005
- Bundestarifordnung Elektrizität (BTO Elt) v. 18. 12. 1989, BGBl. I 1989, S. 2255-2259, i. d. F. v. 29. 10. 2001 BGBl. I, S. 2785, 2858
- Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) [der Republik Österreich], [österreich.] BGBl.Nr. 1/1930 zuletzt geändert d. Gesetz v. 21. 12. 1994, [österreich.] BGBl. Nr. 1013/1994
- Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (EGZPO) v. 30. 1. 1877, RGBl. 1877, S. 244-250, zuletzt geändert d. Gesetz v. 3. 12. 1976, BGBl. I, S. 3301
- Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 686-689
- FERC, Order No. 888 v. 24. 4. 1996, Docket Nos. RM95-8-000 and RM94-7-001, <http://www.ferc.gov/legal/maj-ord-reg/land-docs/order888.asp> (10. 11. 2005)
- FERC, Order No. 889 v. 24. 4. 1996, Docket No. RM95-9-000, <http://www.ferc.gov/legal/maj-ord-reg/land-docs/order889.asp> (10. 11. 2005)
- Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) Neufassung v. 21. 7. 2004, BGBl. I, 2004 S. 1918-1930; zuletzt geändert d. Gesetz v. 7. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 1970-2018
- Gesetz für die Erhaltung, Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (KWKG) v. 19. 3. 2002, BGBl. I, 2002, S. 1092-1096; zuletzt geändert d. Gesetz v. 7. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 1970-2018
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 26. 8. 1998, BGBl. I 1998, 2546-2575, in der Neufassung v. 15. 7. 2005, BGBl. I 2005, S. 2114-2147; zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetz v. 1. 9. 2005, BGBl. I 2005, S. 2676-2681
- Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG 1998) v. 24. 4. 1998, BGBl. I, 1998, S. 730-734
- Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG 2003) v. 24. 4. 1998, BGBl. I, 1998, S. 730-734 i. d. F. des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20. 5. 2003, BGBl. I 2003, S. 686-689
- Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG 2005) v. 7. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 1970-2009
- Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (MontanMitbestG) v. 21. 5. 1951, BGBl. I 1951, S. 347-350, i. d. F. v. 18. 5. 2004, BGBl. I 2004, S. 974-979
- Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz, EnWG 1935) v. 13. 12. 1935, RGBl. I 1935, 1451-1456, i. d. F. v. 19. 12. 1977, BGBl. I 1977, S. 2750.
- Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (EnWRNregG) v. 24. 4. 1998, BGBl. I, 1998, S. 730-736
- Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG v. 26. 6. 2003, ABIEU L 176/2003 v. 15. 7. 2003, S. 37-55

- Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG v. 26. 6. 2003, ABIEU L 176/2003 v. 15. 7. 2003, S. 57-78.
- Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt v. 19. 12. 1996, ABIEG L 27 v. 30. 1. 1997, S. 20-29
- Schlussakte der Amsterdamer Konferenz zum Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABIEG C 340/1997, S. 115-308
- Telekommunikationsgesetz (TKG) v. 22. 6. 2004, BGBl. I, 2004, S. 1190-1243, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. 7. 2005, BGBl. I 2005, S. 1970-2018
- Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten (VV I) v. 22. 5. 1998, in: RdE 1998, XXI-XXIV
- Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie (VV II) v. 13. 12. 1999, in: RdE 2000, S. I-X
- Verbändevereinbarung über die Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung (VV II+) v. 13. 12. 2001, BAnz. Nr. 85b v. 8. 5. 2002
- Verordnung Nr. 1/2003/EG des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln v. 16. 12. 2002, ABIEG L 1 v. 4. 1. 2003, S. 1-25
- Verordnung Nr. 1228/2003/EG des Europäischen Parlaments und Europäischen Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel v. 26. 3. 2003, ABIEU L 176 v. 15. 7. 2003, S. 1-10
- Verordnung Nr. 139/2004/EG des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO) v. 20. 1. 2004, ABIEU L 24 v. 29. 1. 2004, S. 1-29
- Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2243-2251
- Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNZV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2210-2224
- Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2225-2242
- Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) v. 25. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 2197-2209
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) i. d. F. des Vertrages v. Nizza v. 26. 2. 2002, konsolidierte Fassung, ABIEG C 325 v. 24. 12. 2002, S. 33-184
- Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) v. 21. 1. 1960, BGBl. I 1960, S. 17-43, i. d. F. der Änderung v. 22. 8. 2005, BGBl. I 2005, S. 2482, 2483
- Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) v. 25. 5. 1976, BGBl. I 1976, S. 1253-1277, i. d. F. der Änderung v. 5. 5. 2004 BGBl. I 2004, S. 718, 833
- Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes v. 7. 7. 2005, BGBl. I, 2005, S. 1970-2018
- Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes, Entwurf m. Begründung v. 14. 10. 2004, BT-Drs. 15/3917

Entscheidungsverzeichnis

- BGH, B. v. 5. 2. 1968, KVR !/67 = WuW 1968, S. 455-463 (= WuW/E BGH S. 907-915) – Fensterglas IV
- BGH, U. v. 28. 2. 1980, III ZR 131/77, BGHZ 76, S. 387-397
- BGH, U. v. 10. 2. 2004, KZR 7/02 = WuW 2004, S. 638-643 (= WuW/E DE-R, S. 1254-1259) – Verbindung von Telefonnetzen
- BGH, U. v. 26. 1. 2005, VIII ZR 1/04 = ZNER 2005, S. 63-66.
- BGH, U. v. 28. 6. 2005, KVR 17/04 – Stadtwerke Mainz,
<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2005-6&Seite=1&client=12&nr=33515&pos=51&anz=316> (10. 11. 2005)
- BKartA, B. v. 30. 8. 1999, B8-40100-T-99/99 – Bewag,
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B8_99_99.pdf (10. 11. 2005)
- BKartA, B. v. 3. 7. 2000, B8-40000-U-309/99, – RWE/VEW,
http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion99/B8_309_99.pdf (10. 11. 2005)
- BKartA, B. v. 14. 2. 2003, B11-40100-T45/01 = ZNER 2003, S. 145-155 – TEAG
- BKartA, B. v. 17. 4. 2003, B11-40100-T-38/01 = ZNER 2003, S. 263-277
- BVerfG, U. v. 11. 6. 1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377-444
- BVerfG, U. v. 27. 4. 1959, 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, S. 268-291
- BVerfG, U. v. 29. 7. 1959, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, S. 89-118 – Erftverband
- BVerfG, U. v. 21. 2. 1962, 1 BvR 198/57, BVerfGE 14, S. 19-25
- BVerfG, B. v. 19. 12. 1962, 1 BvR 541/57, BVerfGE 15, 235-244 – IHK-Pflichtzugehörigkeit
- BVerfG, B. v. 14. 2. 1967, 1 BvL 17/63, BVerfGE 21, S. 150-160 – Weinwirtschaftsgesetz
- BVerfG, B. v. 15. 2. 1967, 1 BvR 569 u. 589/62, BVerfGE 21, S. 173-184
- BVerfG, B. v. 2. 5. 1967, 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, S. 362-378
- BVerfG, B. v. 20. 6. 1967, 2 BvL 10/64, BVerfGE 22, S. 106-114
- BVerfG, B. v. 18. 12. 1968, 1 BvL 5, 14/64 u. 5, 11 u. 12/65, BVerfGE 25, S. 1-24 – Kapazitätsbeschränkungen für Mühlen
- BVerfG, B. v. 16. 3. 1971, 1 BvR 52, 665, 667 u. 754/66, BVerfGE 30, S. 292-336 – Mineralölbevorratung
- BVerfG, B. v. 7. 7. 1971, 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, S. 229-248
- BVerfG, B. v. 28. 7. 1971, 1 BvR 40, 47, 155, 159 u. 175/69, BVerfGE 32, S. 1-39
- BVerfG, B. v. 8. 2. 1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, S. 311-319
- BVerfG, B. v. 1. 2. 1973, 1 BvR 426, 430, 434, 443, 452, 453, 479, 505 u. 573/72, BVerfGE 34, S. 252-257
- BVerfG, B. v. 2. 10. 1973, 1 BvR 459 u. 477/72, BVerfGE 36, S. 47-65
- BVerfG, B. v. 5. 3. 1974, 1 BvL 27/72, BVerfGE 37, S. 1-37 – Stabilisierungsfonds für Wein
- BVerfG, B. v. 7. 6. 1977, 1 BvR 108 u. 424/73, BVerfGE 45, S. 63-81
- BVerfG, U. v. 1. 3. 1979, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 u. 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, S. 290-381 – Mitbestimmungsgesetz 1976
- BVerfG, B. v. 12. 6. 1979, 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, S. 1-42 – Kleingarten

BVerfG, U. v. 28. 2. 1980, 1 BvL 17/77, 7, 9, 14-16, 37, 64, 74, 78, 100/78, 5, 15/79 u. 1 BvR 807/78, BVerfGE 53, S. 257-313

BVerfG, B. v. 12. 3. 1980, 1 BvR 643 u. 644/77, BVerfGE 53, S. 336-362

BVerfG, B. v. 18. 6. 1980, 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, S. 301-333 (abw. Meinung S. 334-341)

BVerfG, B. v. 3. 12. 1980, 1 BvR 409/80, BVerfGE 55, S. 261-273

BVerfG, B. v. 14. 7. 1981, 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, S. 137-152

BVerfG, B. v. 15. 7. 1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, S. 300-353 – Nassauskiesung.

BVerfG, B. v. 27. 1. 1982, 1 BvR 807/80, BVerfGE 59, S. 302-329

BVerfG, B. v. 8. 7. 1982, 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, S. 82-118

BVerfG, U. v. 3. 11. 1982, 1 BvL 4/78, BVerfGE 61, S. 291-319

BVerfG, B. v. 31. 10. 1984, 1 BvR 35, 356 u. 794/82, BVerfGE 68, S. 193-226

BVerfG, B. v. 19. 6. 1985, 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, S. 191-214

BVerfG, B. v. 12. 3. 1986, 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, S. 66-83

BVerfG, B. v. 5. 5. 1987, 1 BvR 724, 1000 u. 1015/78, 1 BvL 16/82 u. 5/85, BVerfGE 75, S. 246-283

BVerfG, B. v. 6. 10. 1987, 1 BvR 1086, 1468 u. 1623/82, BVerfGE 77, S. 84-120 – Arbeitnehmerüberlassung

BVerfG, B. v. 10. 5. 1988, 1 BvR 482/84 u. 1166/85, BVerfGE 78, S. 179-200

BVerfG, B. v. 30. 11. 1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, S. 174-202

BVerfG, B. v. 14. 2. 1989, 1 BvR 308, 336 u. 356/88, BVerfGE 79, S. 292-310

BVerfG, U. v. 23. 1. 1990, 1 BvL 44/86 u. 48/87, BVerfGE 81, S. 156-207

BVerfG, B. v. 7. 2. 1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242-263 – Karenzentschädigung für Handelsvertreter

BVerfG, B. v. 16. 5. 1989, 1 BvR 705/88, in: NJW 1990, S. 1783

BVerfG, B. v. 17. 10. 1990, 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, S. 1-24

BVerfG, B. v. 31. 10. 1990, 1 BvF 3/89, BVerfGE 83, S. 60-81

BVerfG, B. v. 9. 1. 1991, 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, S. 201-216

BVerfG, U. v. 24. 4. 1991, 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, S. 133-160 – Warteschleifenurteil

BVerfG, B. v. 11. 2. 1992, 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, S. 248-264

BVerfG, B. v. 25. 3. 1992, 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, S. 28-45

BVerfG, B. v. 8. 7. 1992, 2 BvL 14, 15 u. 18/92, BVerfGE 87, S. 95-106

BVerfG, U. v. 10. 1. 1995, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342 u. 348/90, BVerfGE 92, S. 26-53

BVerfG, U. v. 8. 4. 1997, 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, S. 267-322

BVerfG, B. v. 14. 7. 1999, 1 BvR 995, 2288, 2711/95, BVerfGE 101, S. 54-105

BVerfG, B. v. 16. 2. 2000, 1 BvR 242/91, 315/99, BVerfGE 102, S. 1-25

BVerfG, B. v. 19. 7. 2000, 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, S. 197-224

BVerfG, U. v. 7. 11. 2000, 1 BvR 335/97, BVerfGE 103, S. 1-20

BVerfG, B. v. 26. 6. 2002, 1 BvR 558 u. 1428/96, BVerfGE 105, S. 252-279

BVerfG, B. v. 5. 12. 2002, 2 BvL 5 u. 6/98, BVerfGE 107, S. 59-103 – Lippeverband und Emschergenossenschaft

BVerwG, U. v. 23. 3. 1982, 1 C157.59, BVerwGE 65, S. 167-174

BVerwG, B. v. 15. 8. 2003 – 20 F 8.03, BVerwGE 118, S. 352-361 sowie ZNER 2004, S. 175-178 – Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen; Kalkulationsgrundlagen

Europäische Kommission, E. v. 16. 1. 1991, IV/32.732, ABIEG L 28/1991, S. 32-46 – Ijsselcentrale

Europäische Kommission, E. v. 21. 12. 1993, IV/34.689, ABIEG L 15/1994, S. 8-19 – *Stena-Sealink II*

Europäische Kommission, E. v. 13. 6. 2000, COMP/M. 1673 – *VEBA/VIAG*.
http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1673_de.pdf (10. 11. 2005)

EuGH, U. v. 27. 3. 1974, Rs. 127/73, *EuGH-Slg.* 1974, S. 313-320 – *BRT*

EuGH, U. v. 6. 7. 1982, Rs. 188-190/80, *EuGH-Slg.* 1982, S. 2545-2582 – *Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission*

EuGH, U. v. 22. 9. 1983, Rs. 271/82, *EuGH-Slg.* 1983, S. 2727-2746

EuGH, U. v. 11. 4. 1989, Rs. 66/86, *EuGH-Slg.* 1989, S. 803-857 – *Ahmed Saeed*.

EuGH, U. v. 22. 4. 1991, Rs. C-41/90, *EuGH-Slg.* I 1991, S. 1979-2022 – *Höfner*.

EuGH, U. v. 19. 5. 1993, Rs. C-320/91, *EuGH-Slg.* I 1993, S. 2533-2572 – *Corbeau*

EuGH, U. v. 27. 4. 1994, Rs. C-393/92, *EuGH-Slg.* I 1994, S. 1477-1524 – *Almelo*

EuGH, U. v. 24. 10. 1996, Rs. C-73/95 P, *EuGH-Slg.* I 1996, S. 5457-5499 – *Viho*

EuGH, U. v. 23. 10. 1997, Rs. C-159/94, *EuGH-Slg.* I 1997, S. 5815-5850 – *Import- und Exportmonopol Gas und Elektrizität*

EuGH, U. v. 11. 1. 2005, Rs. C-26/03 = *ZNER* 2005, S. 57-60 – *Halle/Leuna*

LG Hannover, U. v. 30. 8. 2002, 21 O 55/02 = *RdE* 2003, S. 22-27 – *Zumutbarkeit des Abschlusses eines Rahmenvertrages nach VV II+ für einen Stromlieferanten*

LG Köln, U. v. 20. 9. 2002, 89 O 46/02 = *RdE* 2003, S. 42-47

OLG Düsseldorf, B. v. 25. 7. 2002, Kart 25/02 (V) = *WuW DE-R*, S. 926-942 (= *WuW* 2002, S. 980-996) – *EON/Ruhrgas II*

OLG Düsseldorf, B. v. 30. 4. 2003, Kart 4/03 (V) = *ZNER* 2003, S. 129-132 – *TEAG*

OLG Düsseldorf, B. v. 17. 7. 2003, Kart 18/03 = *ZNER* 2003, S. 247-254 – *Stadtwerke Mainz*

OLG Düsseldorf, B. v. 17. 12. 2003, Kart. 5/03 (V) = *RdE* 2004, S. 75-77; *ZNER* 2004, S. 79-80; *WuW* 2004, S. 518-521 (= *DE-R*, S. 1236-1239) – *RWE-Net*

OLG Düsseldorf, B. v. 11. 2. 2004, VI-Kart 4/03 (V) = *RdE* 2004, S. 118-120; *ZNER* 2004, S. 76-79; *WuW* 2004, S. 521-528 (= *DE-R* S. 1239-1246) – *TEAG*

OLG Düsseldorf, B. v. 17. 3. 2004, VI-Kart 18/03 (V) = *ZNER* 2004, S. 187-193; *RdE* 2004, S. 141-147; *N&R* 2004, S. 117-122 – *Stadtwerke Mainz*

Österreichischer Verwaltungsgerichtshof, E. v. 7. 9. 2004, GZ 2003/05/0094 – *TIWAG*.