

Beiträge

Grundkoordinaten der energiewirtschaftlichen Netznutzungsentgeltregulierung

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) und Winfried Rasbach, Bonn*

Nach Verabschiedung der EG-Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas sowie dem Scheitern der Verhandlungen zur Verabschiedung einer Verbändevereinbarung Erdgas III läuft das Haltbarkeitsdatum des verhandelten Netzzugangs in Deutschland in aller nächster Zukunft ab. Spätestens im Zuge der zum 1.7.2004 anstehenden, gemeinschaftsrechtlich determinierten Novellierung des nationalen Energiewirtschaftsrechts wird das System des verhandelten Netzzugangs durch den regulierten Netzzugang abgelöst werden. Jedenfalls in der Anfangsphase der Regulierung stellt sich dabei ein räumliches Vergleichsverfahren in Verbindung mit einem gegebenenfalls subsidiär heranzuziehenden Einzelkostennachweis als besonders geeignet dar. Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist allenfalls als besonders rechtfertigungsbedürftige ultima ratio heranzuziehen.

I. Gemeinschaftsrechtliche Rahmenvorgaben

Die EG-Beschleunigungsrichtlinien für Strom¹ (EltRL) und Gas² (GasRL) legen in Art. 23 II a) EltRL und Art. 25 II a) GasRL den nationalen Regulierungsbehörden die Pflicht auf, zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der Tarife für die Übertragung/Fernleitung und die Verteilung, ex ante festzulegen oder zu genehmigen. Hinsichtlich der anzuwendenden Entgeltberechnungsmaßstäbe sind die Richtlinien im Übrigen aber sehr offen. In den Erwägungsgründen Nr. 6 und 18 EltRL sowie Nr. 7 und 16 GasRL werden lediglich „angemessene Preise“ gefordert sowie die Sicherstellung, dass die Tarife für die Übertragung/Fernleitung und Verteilung nichtdiskriminierend und kostenorientiert sind und die langfristig durch dezentrale Elektrizitätserzeugung und Nachfragesteuerung vermiedenen Netzgrenzkosten berücksichtigen. Art. 23 IV EltRL und Art. 25 IV GasRL legen die Mitgliedstaaten auf die „Angemessenheit“ der Tarife fest. Dass diese Vorgaben keine Festlegung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Implementierung eines spezifischen Kostenmaßstabs enthalten, zeigt bereits ein Vergleich mit den fortentwickelten Fassungen der EG-Richtlinien im Telekommunikationssektor.

Die Verfahren und materiellen Maßstäbe der Entgeltregulierung haben sich im Telekommunikationsbereich erst stufenweise im Laufe der Liberalisierung entwickelt. Erst mit Beginn der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte wurden die Maßstäbe der Entgeltregulierung für einzelne Märkte durch Emp-

fehlungen der *Kommission* überhaupt weiter konkretisiert. Das hierbei angewandte Schema ist offensichtlich: Nur dort, wo ein etwaiger Spielraum bei der Bestimmung der Entgeltmaßstäbe von den mitgliedstaatlichen Regulierungsinstanzen nicht sinnvoll genutzt wurde, d. h. wo aus Sicht der *Kommission* nicht die erwartete Steigerung der Wettbewerbsintensität eintrat, wurde versucht, durch vereinheitlichte und meist strengere Maßstäbe nachzusteuern. Als bedeutsam erweist sich in diesem Zusammenhang auch die Frage des Informationsproblems der Regulierung. Bezeichnet ist damit das beim Regulierer im Vergleich zu den Marktteilnehmern stets vorhandene Wissensdefizit im Hinblick auf Marktdaten und betriebswirtschaftliche Daten. Erst wenn der Regulierer Erfahrungen mit einem neu liberalisierten Markt gesammelt und entsprechendes Wissen akkumuliert hat, wird er überhaupt in der Lage sein, komplexere Kostenmodelle zu entwickeln und anzuwenden³.

Im Hinblick auf die nicht-monolithische Netzstruktur in der Energiewirtschaft, die im Gegensatz zum bundesweit flächendeckenden Telekommunikationsnetz des Ex-Monopolisten *Deutsche Telekom AG*, auf zahlreichen, verschieden konfigurierten Einzelnetzen beruht, stellt sich im Übrigen die grundsätzliche Frage, ob ein einheitliches Kostenmodell den tatsächlich gebotenen Differenzierungen anhand der individuellen Netztopologien überhaupt gerecht werden kann.

Die Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas verharren insoweit (noch) auf der ersten Stufe und überlassen den Mitgliedstaaten die konkrete Ausgestaltung der Kostenmaßstäbe. Bei der Ausfüllung des von den Richtlinien eingeräumten Gestaltungsspielraums finden die Maßstäbe des nationalen Rechts Anwendung. Insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt dabei die Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, einen gesetzlichen Regulierungsrahmen zu schaffen, der angemessene Tarife durch möglichst milde Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen der Marktteilnehmer gewährleistet.

II. Vorrang eines räumlichen Vergleichsverfahrens

Insoweit stellt sich ein Vergleichsverfahren insbesondere in der Anfangsphase der Regulierung als besonders geeignet dar. Das räumliche Vergleichsver-

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn; der Zweitautor ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABIEG Nr. L 176, 37.

2 Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABIEG Nr. L 176, 57.

3 Vgl. bspw. *Vogelsang*, Die Zukunft der Entgeltregulierung im deutschen Telekommunikationssektor, 2002, S. 109 ff.

konzept, das auf der Verwertung von außerhalb der Unternehmensangaben generierten Daten basiert, indem der auf einem räumlich relevanten Markt erzielte Preis eines Unternehmens mit den auf anderen räumlichen Märkten erzielten Preisen für dieselben Waren/Leistungen verglichen wird, stammt aus der kartellrechtlichen Regulierungspraxis. Durch unterschiedliche Gebietsstrukturen bedingte, von Unternehmensseite nicht beeinflussbare Faktoren, die sich kostenerhöhend oder -senkend auswirken, werden dabei durch Korrekturzu- und -abschläge ausgeglichen und umfassend berücksichtigt⁴. Dieses Verfahren wird bei der Ermittlung von Preishöhenmissbräuchen nach § 19 IV Nr. 2 GWB angewendet und ist grundsätzlich auf die Kontrolle der Netzzugangsentgelte in der Energiewirtschaft anwendbar. Hier werden die regionalen und lokalen Verteilermärkte von unterschiedlichen Unternehmen beherrscht, so dass ein Vergleich der von den verschiedenen Netzbetreibern erhobenen Netznutzungsentgelte grundsätzlich möglich ist. Im Erdgassektor besteht zudem auf der Fernleitungsebene in weiten Teilen ein Leitungswettbewerb. Ferner können in der Energiewirtschaft ausländische Märkte als Vergleichsmärkte herangezogen werden, soweit in ihnen der Liberalisierungsprozess bereits weiter fortgeschritten ist. Von Vorteil ist insoweit, dass in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft bereits seit geraumer Zeit sektorspezifische Regulierungsbehörden bestehen, auf deren Marktdaten zurückgegriffen werden kann⁵. Aus der Anwendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt sich damit zumindest für die Anfangsphase der Regulierung ein grundsätzlicher Vorrang des Vergleichsmarktverfahrens.

III. Einzelkostennachweisverfahren als subsidiär zum Vergleichsmarktverfahren heranzuziehender Kostenmaßstab

Ein Einzelkostennachweisverfahren ist demgegenüber grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich seiner Eignung unterworfen: In Deutschland existieren Hundertschaften von Netzbetreibern. Dies macht bei Einführung des Einzelkostennachweisverfahrens die Spiegelung von mehreren hundert Kostenaufstellungen am Kostenmodell notwendig. Insoweit bestehen Grenzen der Durchführbarkeit, zumindest aber der wirksamen Kontrollierbarkeit eines Einzelkostennachweisverfahrens. Dieses ist daher lediglich geeignet, subsidiär zu einem Vergleichsmarktverfahren zur Ermittlung angemessener Tarife beizutragen, wo Letzteres in spezifischen Ausnahmefällen versagt. Ein Versagen des Vergleichsmarktkonzepts ist dann anzunehmen, wenn die Strukturmerkmale der zu vergleichenden Gebiete derartige

Unterschiede aufweisen, dass die ermittelten Vergleichspreise letztlich nicht mehr auf konkreten Vergleichszahlen, sondern im Wesentlichen nur noch auf den (geschätzten) Korrekturzu- und -abschlägen beruhen. In diesen Ausnahmefällen ist die subsidiäre Anwendung des Einzelkostennachweisverfahrens nicht nur geeignet, sondern auch geboten, um die Schwächen des Vergleichsmarktverfahrens im Einzelfall auszugleichen.

IV. Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als ultima ratio

Ein streng an Effizienzmaßstäben ausgerichteter Kostenansatz stellt einen erheblichen Eingriff in die Planungsfreiheit der Netzbetreiber dar und löst daher als besonders strenger Regulierungsansatz eine erhöhte Darlegungslast der regulierenden Körperschaft hinsichtlich seiner Verhältnismäßigkeit aus. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung begründen ein analytisches Entgeltregulierungsmodell, indem sie als exogene Effizienzanforderung seitens der Regulierungsbehörde an das Unternehmen herangetragen werden. Dagegen gründet der in den Verbändevereinbarungen verwendete Begriff einer „elektrizitäts- bzw. gaswirtschaftlich rationalen Betriebsführung“ auf einem endogenen Selbstregulierungskonzept, d. h. die Branche entwickelt ihre Rationalisierungsmaßstäbe selbst⁶.

Die Übertragung des in der Telekommunikationswirtschaft angewendeten Kostenmaßstabs, der auf die hypothetischen Kosten eines idealen und als effizient betrachteten Betreibers abstellt, auf die Energiewirtschaft wäre zwar – angesichts der bereits hervorgehobenen Offenheit der Richtlinien Texte in Bezug auf die Implementierung eines spezifischen Kostenmodells – vom Wortlaut der Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas noch gedeckt. Gegen die Zugrundelegung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in der Energiewirtschaft spricht allerdings die ratio dieses Kostenmaßstabs. Er soll verhindern, dass Ineffizienzen des Netzes, die als Folge eines langjährigen Netzaufbaus durch einen Monopolisten entstanden sind, auf die Netzzugangspetenten abgewälzt werden, und soll anreizökonomisch zu einem effizienten Netzaufbau beitragen und damit dem technologischen Wandel gerecht werden.

Verständlich ist diese Entwicklung der Regulierung der Telekommunikationsindustrie zunächst nur vor dem Hintergrund des rapiden technologischen Wandels und insbesondere der rasanten Innovationssprünge der digitalen Datenübermittlungstechnologie, die kontinuierliche Effizienzsteigerungen erwarten lässt und durch stete Produktinnovation die Nutzungsmöglichkeiten bereits vorhandener Netzinfrastruktur diversifiziert. Bedingt durch den schnellen technologischen Wandel findet eine andauernde Modernisierung der Netzinfrastruktur statt, die sich in zukunftsgerichteten Kostenbetrachtungsmodellen des Regulierers widerspiegelt. Hierin unterscheidet sich die Telekommunikationswirtschaft aber deutlich von der technischen Netzentwicklung im Energiebereich.

4 Engelsing, RdE 2003, 249 (250 ff.).

5 Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 348 ff.

6 A.A. Engelsing, RdE 2003, 249 (254), der beide Konzepte gleichsetzt.

Bedeutsam erscheint in diesem Zusammenhang auch der Aspekt der Datenbeschaffung. Die technischen Daten beispielsweise zur Kapazitätsberechnung und Netzauslastung fallen in digitalisierten Kommunikationsnetzen im normalen Betrieb als Abrechnungs- und Administrationsdaten an, müssen also nicht eigens erhoben werden. Auch wenn deren Aufbereitung für Regulierungsmodelle eine komplexe Aufgabe darstellt, liegt das benötigte Rohmaterial – im Gegensatz zu Elektrizitäts- und Erdgasnetzen – schon in entsprechendem Detaillierungsgrad vor. Insoweit stellt sich aber bereits die Ausgangslage in der Energiewirtschaft grundlegend anders dar.

Zudem ist in der Energiewirtschaft jedenfalls der Aufbau der Gasnetzinfrastruktur maßgeblich unter Wettbewerbsbedingungen erfolgt. Das Gasnetz wurde vor allem in den 1970er Jahren im wärmemarktübergreifenden Wettbewerb mit Heizöl aufgebaut. Der Aufbau der Infrastruktur hatte sich insoweit bereits an Effizienzmaßstäben auszurichten, um mit Heizöl in Konkurrenz treten zu können. Die Leitungskonfiguration hat sich daher maßgeblich aus dem Markt ergeben und nicht aus dem Monopol. Die Anwendung des Kostenmaßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung führt zur pro-aktiven Konfiguration eines idealen Marktes, wo ein solcher aufgrund des Bestehens nur eines Monopolunternehmens im Zeitpunkt des Aufbaus der Netzinfrastruktur nicht existierte. Wenn sich aber – wie in der Erdgaswirtschaft – eine Netzkonfiguration im Markt entwickelt hat, dann ist es nicht erforderlich, diese Netzkonfiguration bei der Kostenberechnung durch eine hypothetische Netzkonfiguration zu ersetzen. Der Netzaufbau unter Wettbewerbsbedingungen in der Gaswirtschaft hat zudem zwar zu Kosteneffizienz geführt, aber auch dazu, dass Netze nicht „aus einem Guss“ entstanden sind. Die Netzkonfiguration hat sich vielmehr primär orientiert an den jeweiligen Absatzmöglichkeiten im Lichte der vertikalen Marktmacht der Industriekunden, spezifische Anschlussbedingungen gegenüber dem Erdgaslieferanten durchzusetzen. Dies hat zur Folge, dass jedenfalls die Verteilernetze in ihrer Struktur nicht unbedingt dem idealen Netz entsprechen, wie es heute – in Kenntnis der erreichten Anschlussdichte – geplant und realisiert werden würde. Hier liegt ein entscheidender Unterschied jedenfalls zu den Telekommunikationsnetzen für Sprachtelefonie.

Ein Modell auf der Basis einer hypothetischen Netzkonfiguration erzielt in der Energiewirtschaft zudem anreizökonomisch nicht dieselben Effekte wie in der Telekommunikationswirtschaft. Zunächst besteht – wie bereits angesprochen – in der Telekommunikationswirtschaft durch den rapiden technologischen Wandel ein steter Anreiz zu Netzausbau und -modernisierung, so dass idealtypische Netzstrukturen mit weitaus größerer Wahrscheinlichkeit auch eine tatsächliche Entsprechung finden. Ein Hauptteil solcher Modernisierungsarbeiten ist dabei auf den Austausch oder Ausbau von nicht versenkter Vermittlungselektronik oder den Ausbau höherer, zentraler Netzebenen beschränkt. Telekommunikati-

onsnetze wurden darüber hinaus in den vergangenen Jahren immer mehr zu Multifunktionsnetzen ausgebaut, in denen die frühere Zuordnung von Dienst und Netz aufgehoben ist, die mithin vielfältigeren und schnell wechselnden Anforderungen entsprechen müssen. Hierdurch wird einerseits ein Modernisierungsdruck bewirkt. Andererseits vervielfältigen sich allerdings auch die Nutzungs- und Vermarktungsmöglichkeiten, so dass Netzmodernisierung mit Ertragssteigerung korreliert. Netze in der Energiewirtschaft haben demgegenüber eine vergleichsweise lange Lebensdauer: Leitungen im Elektrizitäts- und Erdgasbereich brauchen bei entsprechender Wartung und Unterhaltung mittelfristig nicht ausgetauscht zu werden. Infrastrukturausbau bedingt in der Energiewirtschaft hohen Investitionsaufwand, ohne zugleich notwendig modernisierend und ertragssteigernd zu wirken.

Die Einführung eines an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierten Maßstabs durch die regulierende Körperschaft ist daher – als ultima ratio – nur dann möglich, wenn diese zugleich ein „Kalkulationsversagen“ aller übrigen Kostenmaßstäbe substantiiert darlegt und darüber hinaus die Bedenken hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überzeugend widerlegt.

Der Emissionshandel: Gute Luft für alle?

Rechtsanwältin Dr. Ines Zenke, Rechtsanwalt Dr. Holger Brocke, LL.M., Berlin*

Am 1.1.2005 beginnt – initiiert durch die Richtlinie 2003/87/EG (sog. Emissionshandelsrichtlinie) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft¹ - der europaweite Handel mit Emissionszertifikaten². Die rechtzeitige Etablierung des hierfür erforderlichen nationalen Rechtsrahmens läuft auf Hochtouren. Dieser Beitrag setzt sich mit einigen ausgewählten Themen der nationalen Umsetzung auseinander. Vorab jedoch einige Worte zur Systematik des „emission trading“.

I. Aktueller Anlass

Bei der bevorstehenden Umsetzung in nationales Recht werden nicht nur die Vorgaben einer Rechtsnorm, son-

* Die Erstautorin ist Rechtsanwältin und Partner, der Zweitautor ist Rechtsanwalt der überörtlichen Sozietät Becker Büttner Held, Berlin.

1 Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABIEG Nr. L 275, 32.

2 Der Kreis der erfassten Teilnehmer repräsentiert ca. 46 % der gemeinschaftsweiten CO₂-Emissionen.