

Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug

Von Universitätsprofessor Dr. Christian Koenig, LL.M. (London), und Winfried Rasbach, Bonn *

In den Netzwirtschaften ist die „Besonderheitenlehre“ weit verbreitet: Immer wieder wird von Vertretern der Telekommunikations-, Strom-, Gas-, Eisenbahn- und Postwirtschaft geäußert, ihr jeweiliger Wirtschaftszweig sei so besonders und unterscheide sich derart fundamental von allen anderen Netzwirtschaften, daß sich jeder Vergleich regulatorischer Erkenntnisse zwischen der einen Netzwirtschaft und der anderen von vornherein verbiete. Die folgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, netzwirtschaftliche Denkverbote zu überwinden. Netzwirtschaftsübergreifende Prinzipien der Regulierung und die damit verbundene Möglichkeit, die aus der Regulierung einer Netzwirtschaft resultierenden Erkenntnisse für die Regulierung anderer Netzwirtschaften differenziert heranzuziehen, sollen dabei exemplarisch am Beispiel des Zusammenwirkens der drei komplementären Regulierungsinstrumente Netzzugang, Unbundling und Sofortvollzug aufgezeigt werden.

I. Einleitung

Unbestreitbar gibt es eine Vielzahl technischer und physikalischer Gegebenheiten, hinsichtlich deren sich die verschiedenen Netzwirtschaften voneinander unterscheiden: Im Gegensatz zur Telekommunikations-, Energie- oder (Eisenbahn-)Transportwirtschaft ist etwa die Postwirtschaft weniger durch ein leitungsgebundenes, festes

Netz zwischen den Posteinrichtungen gekennzeichnet¹. Eine regulatorische Differenzierung zwischen Infrastruktur und Transportdiensten ist daher in der Postwirtschaft sicherlich weniger sinnvoll als in den erstgenannten Netzwirtschaften². Die Wasserwirtschaft wiederum ist dadurch gekennzeichnet, daß einzelne Teilnetze nicht miteinander verbunden sind. Während die Informationsübermittlung in der Telekommunikation und auch die Übertragung elektrischen Stroms in allerhöchster Geschwindigkeit erfolgen (nämlich annähernd mit Lichtgeschwindigkeit), fließt Erdgas nur mit etwa 36 km/h durch das Leitungsnetz und benötigt damit beispielsweise für die Strecke Hamburg–München knappe 22 Stunden. Derartige physikalische Gesetzmäßigkeiten hat eine sektorspezifische Regulierung selbstredend zu berücksichtigen. So ist – als Konsequenz aus der unterschiedlichen Fließgeschwindigkeit – eine kurzfristige Bekanntgabe von Ein- und Ausspeisestellen im Rahmen der Gewährung des Netzzugangs im Elektrizitätssektor eher möglich als im Gasbereich. Ein weiterer, physikalisch bedingter und regulatorisch zu berücksichtigender Unterschied zwischen den Elektrizitäts- und den Erdgasmärkten besteht schließlich in der gegenüber Erdgas grundsätzlich fehlenden Speicherbarkeit elektrischer Energie.

Trotz derartiger technischer und physikalischer Spezifika folgt aber die Regulierung in allen Netzwirtschaften

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, der Autor Rasbach ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 Dies gilt ebenso für die Entsorgungswirtschaft; s. hierzu und zur Einordnung der Post- und Entsorgungswirtschaft als Netzwirtschaft Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2003, 1. Kapitel, B. I., sowie 2. Kapitel, B.

2 Siehe hierzu ausführlich Kühling (Anm. 1), 2. Kapitel, A. II.

gemeinsamen Grundprinzipien. Insoweit besteht ein hohes Lernpotential zwischen den Netzwirtschaften, das bislang nur unzureichend ausgeschöpft worden ist. Die Existenz netzwirtschaftsübergreifender Prinzipien der Regulierung und die hieraus resultierende Möglichkeit, Erkenntnisse aus der Regulierung einer Netzwirtschaft für die Regulierung anderer Netzwirtschaften differenziert heranzuziehen, sollen im folgenden exemplarisch am netzwirtschaftsübergreifenden Prinzip der „Komplementarität der Regulierungsinstrumente“ aufgezeigt werden.

II. Netzzugangsregulierung und Unbundling-Regulierung als Enden kommunizierender Röhren

Netzzugangsregulierung und Unbundling-Regulierung sind – und dies gilt für alle Netzwirtschaften – nicht isoliert voneinander zu betrachten. Das Regulierungsinstrument des Unbundling flankiert eben jene Zielvorgaben, die auch der Netzzugangsregulierung zugrunde liegen: *Unbundling* soll durch eine virtuelle oder strukturelle Trennung der Netzbereiche von den übrigen Geschäftsbereichen eines integrierten Unternehmens die notwendige Transparenz herstellen, die einen tatsächlich diskriminierungsfreien Netzzugang erst ermöglicht. Die Unbundling-Regulierung bezweckt, Quersubventionierungen und damit Wettbewerbsverzerrungen auf den vor- und nachgelagerten Märkten sowie Marktmachtthebel zwischen diesen (Leverage) soweit wie möglich auszuschließen³. Die Unbundling-Vorschriften stellen damit ein die Netzzugangsregeln flankierendes Instrument dar zur Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den netzgebundenen Märkten⁴.

Netzzugangsregulierung und Unbundling-Regulierung sind somit gleichsam als zwei Enden kommunizierender Röhren zu begreifen. Das heißt, je strenger und damit belastender bereits die Netzzugangsregulierung ausgestaltet ist, desto weniger erfordern die Regulierungsziele beim Unbundling eine entsprechend scharfe Regulierung und umgekehrt. Diese umgekehrt proportionale Interdependenz beider Regulierungsinstrumente gilt in allen Netzwirtschaften gleichermaßen. Dies zeigt sich gerade an der unterschiedlichen Genese der Regulierungssysteme in der Telekommunikations- und Energiewirtschaft.

1. Ansatz in der Telekommunikationswirtschaft: Intensive Netzzugangsregulierung

In der Telekommunikationswirtschaft ist im Zuge der Liberalisierung dieses Sektors eine intensive Netzzu-

gangs- und Entgeltregulierung installiert worden. So legten §§ 24 Abs. 1, 39 TKG a. F. für die Regulierung der Netzzugangsentgelte in der Telekommunikationswirtschaft den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde. Dies wird nunmehr in § 31 Abs. 1 TKG n. F. für die Ex-ante- und (der Sache nach) in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG n. F. für die Ex-post-Entgeltregulierung fortgeschrieben, bei letzterer jetzt allerdings beschränkt auf die Definition der Schwelle zum Dumping⁵.

Gemäß §§ 25 Abs. 1, 39 TKG a. F. unterlagen die Netzzugangsentgelte des Marktbeherrschers zudem der Ex-ante-Genehmigung durch die Regulierungsbehörde, was auch zukünftig für solche Zugangsleistungen gelten wird, die per Regulierungsverfügung auferlegt wurden (§ 30 Abs. 1 S. 1 TKG n. F.)⁶. Den Umfang der Kostennachweise sowie die Maßstäbe zur Ermittlung genehmigungsfähiger Entgelte legte bislang im einzelnen die Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) fest⁷. So definierte § 3 Abs. 2 TEntgV etwa die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als die langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung, ergänzt um einen angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Im neuen Telekommunikationsrecht wird auf eine verordnungsrechtliche Unterfütterung verzichtet. Statt dessen werden der Umfang der vorzulegenden Kostenunterlagen sowie der (unveränderte) Maßstab zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung direkt in § 33 bzw. in § 31 Abs. 2 TKG n. F. normiert. Zudem hat der Gesetzgeber für diesen Wirtschaftszweig einen mit vergleichsweise effektiven Instrumenten ausgestatteten Regulierer eingesetzt, nämlich die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP). Dies hat dazu geführt, daß allein durch die Netzzugangs- und Entgeltregulierung ein diskriminierungsfreier Netzzugang bereits sehr weitgehend verwirklicht worden ist. Der Installierung eines gleichfalls auf den Ausschluß von Diskriminierungen beim Netzzugang abzielenden intensiven Unbundling-Regimes bedurfte es mithin in der Telekommunikationswirtschaft nicht. So hat sich der Gesetzgeber denn auch bei der Regulierung dieses Sektors im wesentlichen auf ein buchhalterisches Unbundling beschränkt, das bislang gesetzsunmittelbar vorgegeben war⁸, nunmehr jedoch lediglich als regulatorische Option ausgestaltet ist⁹. Die im nationalen Telekommunikationsrecht einzige Vorschrift zum gesellschaftsrechtlichen Unbundling richtet sich lediglich an Unternehmen, die auf anderen Märkten als der Telekommunikation über eine marktbeherrschende Stellung respektive über besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten verfügen. Sie verpflichtet diese dazu, die

3 Siehe auch die in Art. 13 Abs. 3 Erdgasbinnenmarkttrichtlinie 98/30/EG (RL 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22. 6. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Gasbinnenmarkt, ABl. EG Nr. L 204 v. 24. 7. 1998, S. 1) niedergelegte gesetzgeberische Motivation für die Einführung des buchhalterischen Unbundling, wonach die integrierten Versorgungsunternehmen getrennte Konten „zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionierungen und Wettbewerbsverzerrungen“ zu führen haben; zur Legitimation der Unbundling-Vorschriften s. auch *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, S. 221 (222).

4 *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, S. 221 (222); zum Zusammenhang zwischen einem diskriminierungsfreien Netzzugang und der Unbundling-Regulierung s. bereits *Theobald*, WuW 2000, S. 231 (241 ff.); zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs s. grundlegend *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, K&R 2003, S. 8 (8 ff.).

5 Zu den Anforderungen an die Novellierung des TKG im Hinblick auf die Entgeltregulierung s. *Geppert/Ruhle*, MMR 2003, S. 319 (319 ff.), zur TKG-Novelle allgemein *Klotz*, MMR 2003, S. 495 (495 ff.); die ökonomischen Aspekte beleuchtend *Vogelsang*, MMR 2003, S. 509 (509 ff.).

6 Zu den Details und Ausnahmen von sowie Erweiterungen zu diesem Grundsatz s. § 30 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ff. TKG n. F.

7 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung v. 1. 10. 1996, BGBl. 1996 I S. 1492.

8 Vgl. § 14 Abs. 2 TKG a. F.

9 Vgl. § 24 Abs. 1 TKG n. F.

Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen strukturell ausgliedern¹⁰.

2. Ansatz in der Energiewirtschaft: Intensive Unbundling-Regulierung ab 1. Juli 2004

In der Energiewirtschaft dagegen hat der deutsche Gesetzgeber auf die Installierung eines regulierten Netzzugangs verzichtet und statt dessen auf das System des verhandelten Netzzugangs und der Verbändevereinbarungen gesetzt. §§ 6, 6a EnWG schreiben lediglich vor, daß die Betreiber von Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung stellen, die guter fachlicher Praxis entsprechen und nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. Die Kriterien zur Bestimmung der Durchleitungsentgelte sowie die wirtschaftlichen und technischen Bedingungen des Zugangs waren bislang in den Verbändevereinbarungen enthalten; für den Bereich Elektrizität in der „Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. 12. 2001“ (VV Strom II plus)¹¹, für den Bereich Erdgas in der „Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas vom 3. 5. 2002“ (VV Erdgas II)¹². Beide Verbändevereinbarungen sind durch das Erste Gesetz „zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“¹³ „verrechtlicht“ worden, indem § 6 Abs. 1 S. 4 und § 6a Abs. 2 S. 4 EnWG bei Einhaltung der Kriterien der Verbändevereinbarung eine Vermutung für die Erfüllung der Bedingungen guter fachlicher Praxis normieren¹⁴. Letztlich stellte sich diese „Verrechtlichung“ aber nur als vorübergehend dar, da die Vermutungsregelungen jeweils nur bis zum 31. Dezember 2003 galten. Nach der Verabschiedung der EG-Beschleunigungsrichtlinien für Strom (EltRL)¹⁵ und Gas (GasRL)¹⁶

dürfte das System der Verbändevereinbarungen ohnehin keine Zukunft mehr haben, wengleich die Richtlinien einen gewissen Spielraum für eine „Verwertung“ der Verbändevereinbarungen belassen¹⁷. Eine Ex-ante-Genehmigung der Netzzugangsentgelte findet in der Energiewirtschaft bislang nicht statt¹⁸. Als einziger Mitgliedstaat hatte Deutschland zudem auf die Einrichtung einer Regulierungsbehörde für die Energiewirtschaft verzichtet¹⁹. Für sich allein betrachtet hat die bisherige Netzzugangsregulierung einen diskriminierungsfreien Netzzugang in der Energiewirtschaft daher nicht sicherstellen können²⁰.

Im Gegenzug sehen die EG-Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas nunmehr eine deutliche Intensivierung der Unbundling-Regulierung und insbesondere die Einführung des Legal Unbundling vor. Beschränkte sich der geltende nationale energierechtliche Ordnungsrahmen bislang auf einzelne Anordnungen eines Informations-, Rechnungslegungs- und Verwaltungsunbundling, machen die Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas eine deutliche Verschärfung des nationalen Unbundling-Regimes zwingend und zeitnah erforderlich. Im Übertragungs-/Fernleitungsnetzbereich sehen die Richtlinien nunmehr für die Netzbetreiber eine Unabhängigkeit „zumindest in Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt“ zum 1. Juli 2004 vor, ergänzt durch die Pflicht zur Einhaltung spezifischer organisationsrechtlicher Mindestanforderungen²¹. Auf der Verteilernetzebene räumen die Richtlinien den Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit ein, die Einführung des Legal Unbundling bis zum 1. Juli 2007 zurückzustellen²². Den

17 Siehe hierzu *Schütz/Tüngler*, RdE 2003, S. 98 (103).

18 Art. 20 Abs. 1 EltRL, Art. 18 Abs. 1 GasRL verpflichten die Mitgliedstaaten nunmehr mit Wirkung v. 1. 7. 2004 zur Einführung einer ex ante durchzuführenden Genehmigung der Berechnungsmethode der Netznutzungstarife durch eine Regulierungsbehörde. Siehe auch Art. 1 § 20 Abs. 6 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts. Der Entwurf ist abrufbar unter http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/referentenentwurf-EnWG_property=pdf.pdf.

19 Art. 23 EltRL, Art. 25 GasRL schreiben nun die Einrichtung einer Regulierungsbehörde für die Energie zwingend vor. Diese Regelung stellt damit im Ergebnis eine „lex germania“ dar. Der Bericht des *Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit* an den Dt. Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), 2003, S. 58, schlägt vor, der RegTP die Regulierungsaufgaben auch für den Strom- und Gassektor zu übertragen. Der Monitoring-Bericht ist im Internet abrufbar (Stand: 17. 2. 2004) unter http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/monitoring-bericht_property=pdf.pdf; Art. 1 § 54 Abs. 1 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts sieht die Übertragung der Aufgaben auf die RegTP vor.

20 Siehe auch die skeptische Beurteilung insbes. hinsichtlich des Netzzugangs bei Erdgas im Monitoring-Bericht (Anm. 19), S. 43 f.; kritisch zur Eignung der Verbändevereinbarungen im Gasbereich, die Defizite beim Netzzugang zu beseitigen, auch *Böge/Lange*, WuW 2003, S. 870 (874) mit Verweis auf *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drs. 15/1226, S. 38.

21 Siehe Art. 10, 30 Abs. 1 EltRL, Art. 9, 33 Abs. 1 GasRL.

22 Siehe Art. 15 Abs. 1, 30 Abs. 2 EltRL, Art. 13 Abs. 1, 33 Abs. 2 GasRL. Darüber hinaus sehen die Art. 27, 28 Abs. 3 EltRL und die Art. 29, 31 Abs. 3 GasRL ein jeweils dreistufiges Verfahren zur Überprüfung der Fortschritte bei der Schaffung des Elektrizitäts- bzw. Erdgasbinnenmarkts vor, an dessen Ende einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet werden

10 § 14 Abs. 1 TKG a. F. bzw. § 7 TKG n. F.

11 BAnz. Nr. 85 b v. 8. 5. 2002. Ausgelaufen zum 31. 12. 2003.

12 BAnz. Nr. 87 b v. 14. 5. 2002; die VV Erdgas II ist allerdings mit Ablauf des 30. 9. 2003 außer Kraft getreten; die Verhandlungen zur Verabschiedung einer die VV Erdgas II ablösenden Verbändevereinbarung Erdgas III sind seit Anfang April 2003 auf Eis gelegt bzw. gescheitert.

13 BGBl. 2003 I S. 686.

14 Siehe hierzu *Säcker/Boesche*, Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER) 2002, S. 183 (183 ff.), und *von Hammerstein/Hertel*, ZNER 2002, S. 193 (193 ff.). Für eine Widerlegung der Vermutung „guter fachlicher Praxis“ bedarf es nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 17. 7. 2003, Kart 18/03 (V), der Glaubhaftmachung von Seiten des Bundeskartellamts, daß die Anwendung der Verbändevereinbarung Strom II plus insgesamt oder die Anwendung einzelner Regelungen zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte ungeeignet ist, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.

15 RL 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABl. EG Nr. L 176 v. 15. 7. 2003, S. 37.

16 RL 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 98/30/EG, ABl. EG Nr. L 176 v. 15. 7. 2003, S. 57.

Mitgliedstaaten verbleibt aber auch dann die Pflicht, die weitreichenden – in ihren Auswirkungen dem Legal Unbundling sehr nahekommenden²³ – organisationsrechtlichen Mindestanforderungen des Art. 15 Abs. 2 EltRL und des Art. 13 Abs. 2 GasRL bis zum 1. Juli 2004 auf der Verteilernetzstufe einzuführen²⁴. Überdies gilt die in den Richtlinien vorgesehene Ausweitung des Informationsunbundling zum 1. Juli 2004 für Übertragungs-/Fernleitungs- und Verteilernetzbereich gleichermaßen²⁵. Dieses verlangt von den Unternehmen ein aktives Tätigwerden im Hinblick auf die Errichtung einer effektiven Informationssperre, etwa durch die Errichtung von „chinese walls“, und hat damit ebenfalls erhebliche Auswirkungen auf die Binnenorganisation dieser Unternehmen. Dabei legt die Europäische Kommission das in den Beschleunigungsrichtlinien niedergelegte Unbundling-Regime äußerst extensiv aus, wie die von ihr erlassene „Interpreting note“ zur Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Unbundling-Regimes²⁶ deutlich macht. Hierin fordert die Europäische Kommission von den Mitgliedstaaten u. a. eine nationale Regelung zur Umsetzung des organisatorischen Unbundling, die es dem gehobenen Management der Netzgesellschaft untersagt, nach Auslaufen des Vertrags in andere Geschäftsbereiche eines vertikal integrierten Unternehmens zu wechseln²⁷. Auch die hierin geäußerte Auffassung der Europäischen Kommission, die zentralen Funktionen eines integrierten Unternehmens, wie etwa die Personalverwaltung, seien ebenfalls grundsätzlich zwischen Netzbetrieb und Kernverwaltung aufzuspalten²⁸, ist – an Wortlaut und Telos der einschlägigen Richtlinienbestimmungen gemessen – sehr weitgehend. Das Erfordernis eines organisatori-

schen Unbundling auch hinsichtlich nichtdiskriminierungsrelevanter Bereiche dürfte den Art. 10, 15 EltRL und den Art. 9, 13 GasRL kaum zu entnehmen sein. So zeigt denn schließlich die – eindeutig über die Richtlinienbestimmungen hinausgehende – Aufforderung an die Mitgliedstaaten, die Einführung eines eigenen Markennamens für den Netzbetrieb anzuordnen, daß die Europäische Kommission auch das strenge Unbundling-Regime der Beschleunigungsrichtlinien noch als Minimalstandard begreift²⁹. Die gemeinschaftsrechtlich vorangetriebene Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor hat daher auch mit der Verabschiedung der Beschleunigungsrichtlinien nicht notwendig ihren Abschluß gefunden. Die interpretatorischen Verschärfungen durch die „Interpreting note“ machen vielmehr deutlich, daß für den Fall, daß die Kommission in ihrem spätestens zum 1. Januar 2006 dem Europäischen Parlament und dem Rat vorzulegenden Bericht über die Fortschritte des Energiebinnenmarkts zu keiner positiven Einschätzung gelangt, durchaus das Damoklesschwert des vom Europäischen Parlaments bereits im Verfahren zur Verabschiedung der Beschleunigungsrichtlinien propagierten Ownership Unbundling wieder am regulatorischen Horizont der Energiewirtschaft aufzutauchen vermag³⁰.

III. Zusammenwirken der komplementären Regulierungsinstrumente Netzzugang und Sofortvollzug

Nicht nur die Instrumente Netzzugangsregulierung und Unbundling sind in ihrer regulatorischen Wirkung integral zu betrachten. Entsprechendes gilt auch für das Zusammenwirken der materiellen Netzzugangsregulierung mit dem gesetzlichen Sofortvollzug.

Kommt der Beschwerde eines Netzbetreibers gegen die Untersagung einer Netzzugangsverweigerung durch die Regulierungsbehörde aufschiebende Wirkung zu, braucht der Netzbetreiber diese Verfügung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache nicht zu befolgen. Wird dagegen der Sofortvollzug dieser Verfügung angeordnet, hat der Netzbetreiber dem Petenten den Zugang zu seinem Netz vorläufig zu gewähren, bis eine anderslautende Entscheidung ergeht. Dem Netzbetreiber wird folglich durch den gesetzlich verankerten Sofortvollzug derartiger Behördenentscheidungen die Möglichkeit genommen, dem Netzzugangspetenten unter Ausnutzung langwieriger

kann, im Verteilernetzbereich von der Einführung des Legal Unbundling gänzlich abzusehen. Die Erfolgsaussichten eines solchen Verfahrens erscheinen aufgrund der aufgestellten Hürden allerdings als äußerst gering. Zum Verfahren im einzelnen s. *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, S. 221 (226).

- 23 So stellt sich etwa die Frage, wie die in Art. 15 Abs. 2 EltRL, Art. 13 Abs. 2 GasRL geforderten unabhängigen Entscheidungsbefugnisse der Netzbetreiber im Hinblick auf die Vermögenswerte, die zur Wartung und zum Ausbau des Netzes nötig sind, ohne eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung des Netzbetriebs wirkungsvoll sichergestellt werden können.
- 24 Zu den organisatorischen Mindestanforderungen des Art. 15 Abs. 2 EltRL und des Art. 13 Abs. 2 GasRL im einzelnen s. *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, S. 221 (227 f.).
- 25 Siehe Art. 12, 16 EltRL, Art. 10 Abs. 1, 14 Abs. 1 GasRL.
- 26 Interpreting note of Commission Services on the electricity and natural gas internal market, directives 2003/54 and 2003/55 – The unbundling regime of the new electricity and gas directives; Version vom November 2003. Siehe nachfolgend den Vermerk des *GD Energie und Verkehr* zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, Die Entflechtungsregelung, v. 16. 1. 2004, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/energy/electricity/legislation/notes_for_implementation_en.htm. Siehe hierzu im einzelnen *Koenig/Haratsch/Rasbach*, ZNER 2004, S. 10 (11). Zum Rechtscharakter solcher Vermerke der Kommission s. auch *Ehricke*, EuZW 2004, S. 359 (359 ff.).
- 27 Siehe Interpreting note of Commission Services (Anm. 26), B. I. 4.2.1: „For senior management, it shall be made impossible to return to other branches of the same sector of the vertically integrated company after expiry of their contract.“ Abgeschwächt in *GD Energie und Verkehr*, Vermerk (Anm. 26), S. 7 f.
- 28 Vgl. Interpreting note of Commission Services (Anm. 26), B. I. 4.2.2: „As a general rule, however, such services should normally be provided independently.“ Abgeschwächt in *GD Energie und Verkehr*, Vermerk (Anm. 26), S. 9.

29 So ausdrücklich Interpreting note of Commission Services (Anm. 26), B. I. 4.5: „It should be noted that the functional unbundling measures contained in the directives are „minimum criteria“; sowie *GD Energie und Verkehr*, Vermerk (Anm. 26), S. 15.

30 Vgl. hierzu die Begründung der Kommission zum geänderten Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt“, KOM(2002) 304 endg., S. 14, in der die Kommission den weiter gehenden Vorschlag des Europäischen Parlaments, für den Bereich des Übertragungs-/Fernleitungsnetzbetriebs das eigentumsrechtliche Unbundling vorzuschreiben, zwar ablehnt, aber eine fortlaufende Überwachung der von ihr vorgesehenen Unbundling-Regelungen ankündigt und sich vorbehält, „gegebenenfalls weitere Maßnahmen vorzuschlagen“.

ger Rechtsstreitigkeiten den Zugang zu seinem Netz zu verweigern³¹. Als Instrument, das den Mißbrauch der Netzzugangsverweigerung ausschließt und Diskriminierungspotentiale prozedural verringert, flankiert daher auch der gesetzliche Sofortvollzug die Netzzugangsregulierung. Ebenso wie die Unbundling-Regulierung dient er zur Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den netzgebundenen Märkten. Eine an der Verwirklichung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ausgerichtete Netzzugangsregulierung hat daher die bereits durch den gesetzlichen Sofortvollzug eintretenden Effekte der prozeduralen Verringerung von Diskriminierungs- und Mißbrauchspotentialen beim Netzzugang zu berücksichtigen und umgekehrt.

Beispiele für ein Zusammenwirken der komplementären Regulierungsinstrumente Netzzugang und gesetzlicher Sofortvollzug finden sich wiederum in der Telekommunikations- und der Energiewirtschaft. Für die Telekommunikationswirtschaft statuiert § 80 Abs. 2 TKG a. F. den Grundsatz, daß Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 137 Abs. 1 TKG n. F.), und flankiert damit die Netzzugangsregulierung. In der Energiewirtschaft hingegen kam vor Inkrafttreten des „Erste[n] Gesetz[es] zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“³² am 24. Mai 2003 der Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung gemäß § 64 Abs. 1 Ziff. 2 GWB a. F. aufschiebende Wirkung zu. Ein Netzbetreiber, der gegen die Untersagung einer Netzzugangsverweigerung Beschwerde einlegte, brauchte diese Verfügung bis zu einer Entscheidung in der Sache nicht zu befolgen. Nunmehr ordnet § 64 Abs. 1 Ziff. 2 GWB n. F. für den Fall der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bei Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen den gesetzlichen Sofortvollzug der Verfügung an. Die Beschwerde eines Netzbetreibers gegen die Untersagung einer Netzzugangsverweigerung hat damit fortan – parallel zur Rechtslage in der Telekommunikationswirtschaft – keine aufschiebende Wirkung mehr. Der Netzbetreiber hat in diesem Fall dem Petenten vorläufig den Zugang zu seinem Strom- bzw. Gasnetz zu gewähren.

Das Prinzip des Zusammenwirkens der materiellen Netzzugangsregulierung mit dem gesetzlichen Sofortvollzug gilt dabei wiederum in allen Netzwirtschaften gleichermaßen. Eine Besonderheit ist indes sektorspezifisch zu beachten: Die Folgen des gesetzlichen Sofortvollzugs können in den Sektoren, in welchen Kapazitäten aufgrund physikalischer Gegebenheiten eng begrenzt sind, wesentlich einschneidender sein als in anderen Sektoren. Dies zeigt insbesondere das Beispiel der Erdgaswirtschaft: Hier haben gemäß der neuen prozeduralen Lage die Netzbetreiber die Untersagung einer Netzzugangsverweigerung gemäß § 32 GWB zunächst zu dulden, auch wenn sich im nachhinein herausstellt, daß die Verweigerung zu Recht erfolgte. Dies kann für den Netzbetreiber erhebliche Folgen haben. Verfügt dieser etwa im Zeitpunkt der Verweigerung des Netzzugangs tatsächlich

nicht über ausreichende Kapazität³³ – wie dies auch die Entscheidung des Gerichts im Hauptsacheverfahren bestätigt –, so verpflichtet der gesetzliche Sofortvollzug den Netzbetreiber dennoch dazu, dem Netzzugangsbegehren des Petenten vorläufig zu entsprechen. Der Netzbetreiber steht dann vor der nahezu unlösbaren Aufgabe, den Gastransport für den Petenten bei objektiv fehlender Kapazität durchzuführen, ohne gleichzeitig etwaige Vertragsverpflichtungen Dritten gegenüber zu verletzen.

Soweit es sich bei dem betreffenden Netzbetreiber um ein integriertes Erdgasversorgungsunternehmen handelt, bleibt ihm derzeit (noch) die Option, die für die eigene Vertriebsabteilung reservierten Durchleitungskapazitäten zu verringern und hierdurch frei werdende Kapazitäten dem Netzzugangspetenten zur Verfügung zu stellen. Bereits ein solches Vorgehen ist den Netzbetreibern nur schwerlich zuzumuten. Doch selbst diese Möglichkeit besteht in naher Zukunft nicht mehr. Bei Etablierung des Legal Unbundling tritt die Vertriebsabteilung des integrierten Erdgasunternehmens der Netzgesellschaft gegenüber wie jeder andere Netzkunde. Soweit der Erdgasnetzbetreiber auch nicht über die Möglichkeit verfügt, als Folge des Abschlusses unterbrechbarer Transportverträge Kapazitäten frei zu machen, verbleibt ihm bei objektiv fehlender Kapazität im äußersten Fall nur noch die Wahl zwischen Vertragsbruch und Nichtbefolgung des gesetzlichen Sofortvollzugs. Will der Netzbetreiber in einem solchen Fall die Aussetzung des Sofortvollzugs erreichen, bürdet ihm der Mechanismus der §§ 64 Abs. 1, 65 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 GWB nunmehr die Darlegungslast auf. Der Netzbetreiber hat hiernach glaubhaft zu machen, daß ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung bestehen oder daß der Sofortvollzug für ihn eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Derartige sektorspezifisch besonders einschneidende Wirkungen eines Regulierungsinstrumentes sind in der Netzwirtschaft gesondert zu berücksichtigen. Gleichwohl gilt netzwirtschaftsübergreifend grundsätzlich das Prinzip der Komplementarität der Regulierungsinstrumente Netzzugang und gesetzlicher Sofortvollzug.

IV. Folgerungen aus dem netzwirtschaftsübergreifend geltenden Prinzip der Komplementarität verschiedener Regulierungsinstrumente für die Ausgestaltung der Regulierungssysteme in den Netzwirtschaften

1. Der Blick zurück: Gemeinschaftsrechtlich vorgegebene intensive Unbundling-Regulierung als Folge einer unzureichenden nationalen Netzzugangsregulierung

In der Telekommunikationswirtschaft hat die frühzeitige Etablierung einer strengen Netzzugangsregulierung in Verbindung mit der Einsetzung eines mit effektiven Instrumenten (u. a. dem gesetzlichen Sofortvollzug nach § 80 Abs. 2 TKG a. F., § 135 Abs. 1 TKG n. F.) ausgestatteten Regulierers dazu geführt, daß eine strenge Un-

³¹ So am Beispiel der Energiewirtschaft auch *Salje*, RdE 2003, S. 205 (209).

³² Gesetz vom 20. 5. 2003, BGBl. I S. 686.

³³ Diesen Verweigerungsgrund erkennt Art. 21 Abs. 1 GasRL ausdrücklich an.

bundling-Regulierung nicht notwendig wurde. Für die Energiewirtschaft hat der Gesetzgeber aus dieser Erkenntnis bisher keinen allzu großen Nutzen gezogen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Energiesektor unter ausdrücklicher Betonung der Besonderheit dieses Wirtschaftszweigs so lange auf die Etablierung einer effektiven Netzzugangsregulierung verzichtet und auch die institutionelle Regulierung nur unzureichend ausgestaltet, bis sich der europäische Gesetzgeber als Folge eines sich nur sehr langsam entwickelnden Wettbewerbs dazu gezwungen sah, mit dem scharfen Schwert des Unbundling zu reagieren.

2. Der Blick nach vorn: Das Prinzip der Komplementarität der Regulierungsinstrumente als netzwirtschaftsübergreifender Leitfaden einer ausgewogenen Regulierung im gemeinschaftsrechtlich determinierten Rahmen

Zunächst ist für jede Branche gesondert zu prüfen, welches Regulierungsinstrument bereits mit welcher Intensität eingesetzt wird. Die Intensität der Ausgestaltung des einen Regulierungsinstruments ist dann bei der Ausgestaltung des jeweils anderen, komplementären Regulierungsinstruments zu berücksichtigen.

Dabei hat die nationale gesetzgeberische Entscheidung für bzw. gegen die intensivere Ausgestaltung eines der komplementären Regulierungsinstrumente allerdings unter Beachtung der zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im *jeweiligen Sektor* zu erfolgen. Für die Gewährleistung einer insgesamt ausgewogenen Regulierung des Sektors zur Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs verbleibt dem nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtskonform nur die Stellschraube desjenigen Regulierungsinstruments, bei dem ihm das Gemeinschaftsrecht noch Ausgestaltungsspielraum beläßt. Im Telekommunikationssektor haben sich die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Verfahren und zu den materiellen Maßstäben der Entgeltregulierung im Laufe der Liberalisierung immer weiter entwickelt³⁴. Umgekehrt hat die gemeinschaftsweite Etablierung einer strengen Netzzugangs- und Entgeltregulierung dazu geführt, daß die Ausgestaltung der Unbundling-Regulierung keinen strengen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterliegt und dem nationalen Gesetzgeber insoweit also Ausgestaltungsspielraum verbleibt.

34 Dabei wurden erst mit Beginn der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte die Maßstäbe der Entgeltregulierung für einzelne Märkte durch Empfehlungen der Kommission weiter konkretisiert, vgl. die Empfehlungen der Kommission 98/198/EG und 98/322/EG zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Empfehlung 98/195/EG der Kommission v. 8. 1. 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt [Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte], ABl. EG Nr. L 73 v. 12. 3. 1998, S. 42, und Empfehlung 98/322/EG der Kommission v. 8. 4. 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt [Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung], ABl. EG Nr. L 141 v. 13. 5. 1998, S. 6). 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.

Im *Energiesektor* ist der Gemeinschaftsgesetzgeber dagegen unter dem Eindruck des sich nur langsam entwickelnden Wettbewerbs den entgegengesetzten Weg gegangen. Während er nunmehr die Einführung des Legal Unbundling zumindest im Übertragungs-/Fernleitungsnetzbereich ausdifferenziert und zwingend zum 1. Juli 2004 vorschreibt, verpflichten die Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas die Mitgliedstaaten auf der Netzzugangsseite lediglich zu einer ex ante durchzuführenden Genehmigung der Berechnungsmethode der Netznutzungstarife durch eine Regulierungsbehörde³⁵ und belassen im übrigen den Mitgliedstaaten auf der Netzzugangsseite einen weiten Ausgestaltungsspielraum. Daß der Gemeinschaftsgesetzgeber den „Wettkampf der Regulierungsinstrumente“ in der Energiewirtschaft zugunsten des Unbundling entschieden hat, zeigt nicht zuletzt die interpretatorische Verschärfung des gemeinschaftsrechtlichen Unbundling-Regimes durch die von der Europäischen Kommission erlassene „Interpreting note“³⁶. Für die Gewährleistung einer insgesamt ausgewogenen Regulierung des Energiesektors zur Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs verbleibt dem nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtskonform damit nur noch die Stellschraube der Netzzugangsregulierung, bei der ihm das Gemeinschaftsrecht noch maßgeblichen Ausgestaltungsspielraum beläßt. Insoweit hat er aber die Effekte der zwingend zum 1. Juli 2004 in das nationale Recht zu implementierenden Verschärfung der Unbundling-Regulierung antizipierend zu berücksichtigen³⁷. Der Gesetzgeber hat insbesondere zu beachten, daß er nicht durch den Ausbau der Netzzugangsregulierung allein die kommunizierenden Röhren quasi „zum Überlaufen“ bringt und durch eine allzu strenge Ausgestaltung der Netzzugangsregulierung gleichsam aufgrund ökonomischer Imperative die Effekte der strengsten Form des Unbundling, nämlich des Ownership Unbundling, hervorruft. Setzt nämlich der Gesetzgeber auf der Netzzugangsseite Daten, die den Netzbetrieb langfristig unrentabel erscheinen lassen, induziert dies ökonomische Effekte auf seiten der integrierten Energieversorgungsunternehmen, die letztlich dem von den Beschleunigungsrichtlinien nicht vorgesehenen Ownership Unbundling entsprechen.

3. Notwendige Berücksichtigung des Prinzips der Komplementarität der Regulierungsinstrumente im Rahmen der grundrechtlichen Überprüfung der verhältnismäßigen Ausgestaltung eines Regulierungsinstruments

Das Prinzip der Komplementarität der Regulierungsinstrumente hat der deutsche Gesetzgeber nicht nur als Leitfaden für eine ausgewogene netzwirtschaftliche Re-

35 Siehe Art. 20 Abs. 1 ElTRL, Art. 18 Abs. 1 GasRL, Art. 1 § 20 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts.

36 Interpreting note of Commission Services (Anm. 26).

37 Diesen Aspekt vernachlässigt im übrigen der Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (Anm. 19): Dieser beschränkt sich in seiner Betrachtung einzig auf die anstehende Netzzugangsregulierung. Die im Hinblick auf die formulierten Ziele zwingend (mit) zu berücksichtigenden Effekte einer Unbundling-Regulierung läßt er hingegen außer acht.

gulation heranzuziehen. Es schärft darüber hinaus auch die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Ausgestaltung der jeweiligen Regulierungsinstrumente.

Denn die aus der Komplementarität der Regulierungsinstrumente folgende Kumulation von Regulierungslasten bedeutet für den grundrechtlichen Erforderlichkeitsmaßstab, an dem jedes Regulierungsinstrument zu messen ist: Je stärker das eine Regulierungsinstrument bereits in die Grundrechte der Netzbetreiber eingreift, desto mehr steht die Ausgestaltung des anderen Regulierungsinstruments auf dem grundrechtlichen Prüfstand. So sind im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung einer Netzzugangsregulierung zwingend die Effekte zu berücksichtigen, die im Hinblick auf das angestrebte legitime Ziel bereits durch andere Regulierungsinstrumente flankiert werden. Dies gilt ebenso, wenn die Effekte des anderen, komplementären Regulierungsinstruments gemeinschaftsrechtlich determiniert unmittelbar bevorstehen. Verschärft der Gesetzgeber also etwa – aufgrund gemeinschaftsrechtlich zwingender Vorgaben – die Unbundling-Regulierung, unterliegt er um so höheren Verhältnismäßigkeitsanforderungen bei der Einführung einer Netzzugangsregulierung und umgekehrt. Auch das Zusammenwirken der materiellen Netzzugangsregulierung mit dem gesetzlichen Sofortvollzug schärft im Ergebnis die Anforderungen nach dem Verhältnismäßig-

keitsgrundsatz. Insoweit macht das Gemeinschaftsrecht, das maßgeblich die Verwirklichung von Regulierungszielen vorgibt, eine Grundrechtsprüfung erforderlich, die – über das klassische Verständnis einer Normenkontrolle hinausgehend – die Kumulation der Regulierungslasten integral berücksichtigt.

V. Fazit

Die Erkenntnis netzwirtschaftsübergreifender Regulierungsprinzipien zeitigt auch Konsequenzen für die Ausgestaltung einer institutionellen Regulierung. Insoweit ist der zu erwartende Ausbau der RegTP zu einer für die Netzwirtschaften Telekommunikation, Energie und Post umfassend zuständigen Regulierungsinstanz konsequent. Freilich verfügt auch das Bundeskartellamt mit seiner Fusions- und Mißbrauchskontrollpraxis in den Netzwirtschaften über diese Qualifikation³⁸. Eine Regulierungsbehörde, die sich in ihrer Konzeption an die Struktur der RegTP anlehnt, entspricht gleichwohl eher dem Bild, das die Beschleunigungsrichtlinien vor Augen haben, wenn sie den nationalen Regulierungsbehörden umfassende Prüf- und Berichtspflichten zuweisen.

³⁸ Siehe hierzu nur *Böge/Lange*, WuW 2003, S. 870 (878 f.).