

## Netzeigentumsübergreifendes Regelzonenmodell auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

von Prof. Dr. Christian Koenig und Winfried Rasbach\*

*Der Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) vom 31. August 2003 gelangt für die Erdgaswirtschaft zu dem Ergebnis, dass sich Wettbewerb noch nicht in hinreichender Breite entwickelt habe, und nennt als einen wesentlichen Grund das Fehlen eines funktionsfähigen Netzzugangsmodells. An Stelle des bislang im Rahmen der Verbändevereinbarung Erdgas II geltenden Kontraktpfadmodells zeigt das BMWA als Option die Einführung eines Regelzonenmodells als Basis des zukünftigen regulierten Netzzugangs bei Erdgas auf. Zugleich weist das BMWA allerdings explizit auf die Notwendigkeit hin, ein solches Modell bis zum Einbringen der Novelle zum Energiewirtschaftsrecht insbesondere auf eigentumsrechtliche Fragen hin zu überprüfen. Dieser Aufgabe stellt sich der folgende Beitrag, indem er das so genannte Regelzonenmodell am verfassungsrechtlichen Prüfstein der Eigentumsgarantie misst und hierbei insbesondere die Problematik der netzeigentumsübergreifenden Definition von Regelzonen in den Blick nimmt.*

### I. Ausgangslage: Netzzugangsmodelle bei Erdgas

Das in der bis zum 30. September 2003 gültigen VV Erdgas II<sup>1</sup> niedergelegte so genannte Kontraktpfadmodell<sup>2</sup> zur Regelung des Netzzugangs im Ferngasbereich hat für sich allein betrachtet einen diskriminierungsfreien Netzzugang in der Energiewirtschaft noch nicht sicherstellen können.<sup>3</sup> Nach dem Scheitern der Verhandlungen zur Verabschiedung einer VV Erdgas III sind daher von Seiten der Verbände verschiedene Netzzugangskonzepte in die Diskussion um die Gestalt eines zukünftigen regulierten Netzzugangs eingebracht worden. Diese Vorschläge reichen von einer Fortentwicklung des Kontraktpfadmodells über die Etablierung eines so genannten Exit-Modells<sup>4</sup> bis hin zur Einrichtung eines Entry-/Exit-Netzzugangsmodells.<sup>5</sup> Das BMWA geht im Monitoring-Bericht<sup>6</sup> noch über das letztgenannte Entry-/Exit-Konzept hinaus und zeigt als Option die Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen auf. Eine Regelzone definiert sich hiernach als ein hydraulisch zusammenhängendes Netzgebilde. Eine netzeigentumsübergreifende Regelzone bedarf daher notwendigerweise der Steuerung durch einen Regelzonenführer. Zentrale Steuerungsaufgabe ist dabei die Optimierung der Nominierungen der Einspeise- und Ausspeisepunkte durch die Transportkunden, die zu einem vereinbarten Zeitpunkt (zumeist am Vortag mit

Re-Nominierungsmöglichkeit) zu erfolgen haben. Der Regelzonenführer ist ferner zuständig für die Bereitstellung beziehungsweise Beschaffung von Ausgleichsenergie. Soweit dieses Konzept die netzeigentumsübergreifende Bildung von Regelzonen voraussetzt, stößt es allerdings auf Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie der Erdgasnetzbetreiber.

\* Dem Aufsatz liegt ein Rechtsgutachten zugrunde, welches die Autoren im Auftrag des Bundesverbandes der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft erstellt haben.

- 1 Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas in der Bundesrepublik Deutschland vom 3. Mai 2002 zwischen den Verbänden BDI, VIK, BGW und VKU, Bundesanzeiger Nr. 87b vom 14.5.2002.
- 2 Dieses Modell ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Netzbetreiber gegenüber den Transportkunden verpflichten, Kapazitäten entsprechend eines Kontraktpfads zwischen Einspeise- und Ausspeisepunkt bereitzuhalten. Das Netznutzungsentgelt berechnet sich transaktionsabhängig entsprechend dieses definierten Kontraktpfads zwischen Einspeise- und Ausspeisepunkt.
- 3 Siehe die insoweit skeptische Beurteilung im Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht), 2003, S. 43 f., abrufbar unter <<http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/monitoring-bericht,property=pdf.pdf>> (zuletzt abgerufen am 16.4.2004). Kritisch zur Eignung der VV Erdgas II, die Defizite beim Netzzugang zu beseitigen, auch Böge/Lange, WuW 2003, 870, 874, mit Verweis auf Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drs. 15/1226, 38, sowie de Wyl/Neveling, ZNER 2003, 182, 187 f.
- 4 Die technische Durchführbarkeit eines solchen Netzzugangskonzepts, das den Netzzugang hinsichtlich der Kapazität unabhängig von dem Ort der Einspeisung gestaltet und lediglich eine Definition der Ausspeisung erforderlich macht, ist allerdings in Teilen ungeklärt.
- 5 Dieses Modell beruht auf der separaten Buchung und Bepreisung von Entry- und Exit-Kapazitäten.
- 6 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3).

## II. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG

Das Eigentum der Erdgasnetzbetreiber an den Erdgasnetzen fällt unter den von Art. 14 Abs. 1 GG vermittelten Schutz eigentumsfähiger Positionen. Schutzzfähiges Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG sind alle eigentumsfähigen Verfügungspositionen in ihrem konkreten, gesetzlich ausgestalteten Bestand, wobei Innehabung, Nutzung und Verfügung geschützt werden.<sup>7</sup> Dabei ist der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff wesentlich gekennzeichnet durch umfassende Herrschafts- und Verfügungsbefugnisse.<sup>8</sup> Die Verfügungsbefugnis liegt der Eigentumsposition wesenstnotwendig zugrunde.<sup>9</sup> Dazu gehört insbesondere die Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern.<sup>10</sup> Zur Substanz des Eigentums zählt darüber hinaus – als eines der Kernelemente der Herrschaftsbefugnis des Eigentümers – die Freiheit, den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen.<sup>11</sup> Der Eigentümer ist demnach nicht darauf festzulegen, lediglich aus der Fremdnutzung eines Gegenstands finanziellen Ertrag zu erzielen.<sup>12</sup>

Eine netzeigentumsübergreifende Regelzone wird durch einen Regelzonenführer gesteuert, der insbesondere die Nominierungen der Einspeise- und Ausspeisepunkte durch die Transportkunden optimiert und für die Bereitstellung beziehungsweise Beschaffung von Ausgleichsenergie zuständig ist. Der Regelzonenführer übernimmt damit auch für die Netzbereiche, die im Eigentum eines anderen Netzbetreibers stehen, die wesentlichen Steuerungsaufgaben zum Betrieb und damit zur Funktionsfähigkeit des Netzes.

Die übrigen Netzbetreiber, die in der relevanten Zone nicht die Funktion eines Regelzonenführers wahrnehmen, können damit über die optimale Verwertung ihrer Kapazitäten nicht mehr frei entscheiden. Dies betrifft besonders solche Erdgasnetzbetreiber, die nicht nur über druckregelgesteuerte Netze verfügen und in die eigene Netzsteuerung investiert haben, um die eigenen Leistungspreise zu reduzieren (zum Beispiel mittels [Röhren-]Speicher). Diese können aus solchen Investitionen keinen unmittelbaren Nutzen mehr ziehen, wenn nun ein Dritter (Regelzonenführer) das bisher eigene Netz steuert, denn diese Steuerung muss nicht zwangsläufig in gleicher Weise erfolgen wie die eigene (unterstellte) Steuerung bei Planung der Investitionen.

Zudem ist zu befürchten, dass ein Regelzonenführer, der zugleich auch Netzbetreiber in der Regelzone ist, bei Entscheidungen etwa hinsichtlich notwendiger Kapazitätserweiterungen die übrigen Netzbetreiber in der Regelzone benachteiligt und – soweit verschiedene Optionen bestehen – primär sein eigenes Netz optimiert. Entsprechendes gilt für die Transportplanung im Falle von alternativen Transportmöglichkeiten, sofern der Regelzonenführer, der gleichzeitig Netzbetreiber ist, die Transportplanung unter Betrachtung seines Netzes kostenoptimiert vornimmt.

Die Einrichtung netzeigentumsübergreifender Regelzonen bedeutet letztlich für die Netzbetreiber, die in der relevanten Zone nicht die Funktion eines Regelzonenführers wahrnehmen, den Verlust maßgeblicher Planungs-, Steuerungs- und – juristisch formuliert – Verfügungsbefugnisse über ihr Netz. Im Fall der Wahrnehmung der Aufgaben des Regelzonenführers durch eine staatliche Institution, etwa durch die zukünftige Regulierungsbehörde, betrifft dieser Verlust der maßgeblichen Planungs-, Steuerungs- und Verfügungsbefugnisse alle Erdgasnetzbetreiber ausnahmslos. Die Rolle der Netzbetreiber, die nicht die Funktion eines Regelzonenführers wahrnehmen, beschränkt sich dann auf den möglichen Ausbau beziehungsweise Umbau sowie die Wartung und Erhaltung ihres Netzeigentums.

Die Planungs- und Steuerungsbefugnisse hingegen – Kernbereiche der geschützten Eigentümerposition – werden ihnen weitgehend entzogen und auf den jeweiligen Regelzonenführer übertragen. Die Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen stellt damit einen Eingriff in das geschützte Netzeigentum der Erdgasnetzbetreiber dar.

## III. Rechtfertigung des Eingriffs in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum der Erdgasnetzbetreiber

### 1. Netzzugangsregelung als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG

Für die Frage der Anforderungen an eine Rechtfertigung des Eingriffs in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum der Erdgasnetzbetreiber kann zunächst eine Enteignung ausgeschlossen werden. Für eine solche ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Eingriff erforderlich, der „auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet ist“.<sup>13</sup> Die Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen weist keine Finalität hinsichtlich einer Entziehung des Eigentums an den Erdgasnetzen auf. Diese Regelung enthält vielmehr eine abstrakt-generelle Festlegung von Rechten und Pflichten hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum zu verstehen sind, für die Zukunft<sup>14</sup> und stellt damit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar.

### 2. Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung

Gelten somit nicht die strengen Enteignungsvoraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG, so ist doch der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung durch die Normierung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nicht frei. Er hat Zweck und Funktion der Eigentumsgarantie sowie ihrer Bedeutung im Gesamtgefüge der Verfassung Rechnung zu tragen. Dabei hat er die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.<sup>15</sup> Zum Dreh- und Angelpunkt einer Rechtfertigung des Eingriffs in geschützte Eigentumspositionen der Erdgasnetzbetreiber wird damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

<sup>7</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. A., 2002, Art. 14 Rn. 6.

<sup>8</sup> BVerfGE 52, 1, 30.

<sup>9</sup> Pointiert insoweit Deppenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 4. A., 1999, Art. 14 Rn. 65: „Ohne freie Verfügungsbefugnis kein Eigentum im Sinne des Art. 14“.

<sup>10</sup> BVerfGE 79, 292, 304.

<sup>11</sup> BVerfGE 79, 292, 304; 81, 29, 33.

<sup>12</sup> BVerfGE 52, 1, 36 f.; 79, 292, 304.

<sup>13</sup> BVerfGE 70, 191, 199 f.; grundlegend der Nassauskiesungsbeschluss: BVerfGE 58, 300, 330 f.

<sup>14</sup> Vgl. die Definition der Inhalts- und Schrankenbestimmung in BVerfGE 7, 66, 76; 58, 137, 144 f.

<sup>15</sup> BVerfGE 21, 150, 155; 87, 114, 139.

a) *Legitimer Zweck*

Als legitimer Zweck dieses Eingriffs in geschützte Eigentumspositionen der Erdgasnetzbetreiber kommt die Förderung des Wettbewerbs und seiner freiheitlichen, sozialen und allokativen Funktionen („funktionsfähiger Wettbewerb“) in Betracht. Dies betrifft den gesamten Erdgassektor und damit auch die Förderung des Wettbewerbs auf den dem Netzbetrieb vor- und nachgelagerten Märkten, also der vorgelagerten Produktion und dem nachgelagerten Vertrieb von und Handel mit Erdgas. Dabei hat sich der legitime Zweck einer in Rechte des Netzeigentümers eingreifenden Netzzugangsregelung in seiner konkreten Umschreibung an den EG-rechtlichen Harmonisierungsgeboten auszurichten. Die neue Erdgasbinnenmarkttrichtlinie<sup>16</sup> (GasRL) zielt auf „die Schaffung eines voll funktionierenden Erdgasbinnenmarkts, auf dem fairer Wettbewerb herrscht“<sup>17</sup>, beziehungsweise auf die Herstellung eines „voll funktionsfähigen und wettbewerbsorientierten Binnenmarkt[s]“.<sup>18</sup>

Angesprochen ist hiermit das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, wie es auch der Telekommunikationsregulierung zugrunde liegt.<sup>19</sup> Nur ein (gegebenenfalls regulatorisch induzierter) funktionsfähiger Wettbewerb schafft einen verfassungsrechtlich angemessenen Ausgleich zwischen der kollidierenden Grundrechtsausübung von Infrastruktureigentümern einerseits und (unternehmerisch tätigen) Netzzugangspetenten andererseits. Funktionsfähiger Wettbewerb wird als ein Wettbewerb verstanden, der bestimmte Funktionen (regelmäßig: Angebotszusammensetzung, Einkommensverteilung, Marktmarktkontrolle, Freiheit, Produktionssteuerung, Anpassungsflexibilität, technischer Fortschritt) erfüllt und dabei strukturell so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht.<sup>20</sup> Dies zielt auf die Schaffung von wettbewerblichen Marktstrukturen, die langfristig mit einem Mindestmaß von Regulierung auskommen.

Eine derart verstandene Herstellung eines sich dauerhaft selbsttragenden, funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Erdgasmarkt ist legitimer Zweck eines Eingriffs in die geschützten Eigentumspositionen der Erdgasnetzbetreiber. Darüber hinaus sind die Grundrechte der Netzzugangspetenten als abwägungsrelevante Positionen in die Betrachtung einzubeziehen. Die Wahrnehmung der Berufsfreiheit auf den vor- und nachgelagerten Märkten ist den Netzzugangspetenten nur bei der Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs möglich.<sup>21</sup>

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die im Monitoring-Bericht des BMWA genannten Ziele als verfassungsrechtlich legitim und sind als solche nicht zu beanstanden. Die möglichst genaue Abbildung der tatsächlichen physischen Gegebenheiten,<sup>22</sup> die Schaffung eines Marktplatzes für Energie und andere energiebezogene Dienstleistungen durch ein Netzzugangssystem, die ausreichende Liquidität eines Marktplatzes, in dem handelbare Produkte ohne wesentliche Einschränkungen ausgetauscht werden können<sup>23</sup> sowie eine für die Kunden günstige Kostenüberwälzung vom vorgelagerten Netz an die nachgelagerten Netze<sup>24</sup> sind – bei isolierter Zweckbetrachtung – legitime Ziele zur Förderung des Wettbewerbs und seiner Funktionen. Erweist sich die Formulierung der *Ziele* als verfassungsrechtlich legitim, ist damit aber noch keine Aussage getroffen über die Verfassungskonformität des vorgeschlagenen *Wegs zur Zielerreichung*. Die Frage der Auswahl eines verfassungsrechtlich zulässigen Wegs zur Erreichung der genannten Ziele bleibt im Monitoring-Bericht unbeleuchtet. Insoweit bekennt sich der Bericht dazu, mit der vorgeschlagenen Einführung eines Regelzonenmodells eine Option zur Zielerreichung aufzuzeigen, die

einer verfassungsrechtlichen Überprüfung erst noch bedarf.<sup>25</sup> Im Übrigen indiziert auch die verwendete Terminologie, dass eine verfassungsrechtliche Überprüfung des vorgeschlagenen Regelzonenmodells einschließlich einer Auseinandersetzung mit der Frage, wie die Plan- und Steuerbarkeit der Gasflüsse und Netzfunktionen eigentumsrechtskonform aufrechterhalten werden kann, bislang nicht erfolgt ist. Soweit von netzübergreifenden gaswirtschaftlichen Regelzonen die Rede ist,<sup>26</sup> blendet dies bereits terminologisch die verfassungsrechtlich entscheidende Frage aus, inwieweit die Bildung von *netzeigentumsübergreifenden* Regelzonen mit dem durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsrecht der Erdgasnetzbetreiber in Einklang zu bringen ist.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob hinsichtlich des legitimen Zwecks der Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und unter Beachtung der übrigen abwägungsrelevanten Parameter sich die Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen als geeignete, erforderliche und zumutbare Maßnahme darstellt. Dabei sind die Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit als grundrechtliche Optimierungsgebote, also bezogen auf die tatsächlichen Möglichkeiten einer Optimierung der Wettbewerbsfunktionen, zu verstehen.<sup>27</sup>

Dementsprechend ist ein sektorspezifisches Regulierungsinstrument dann unverhältnismäßig, wenn es – gemessen an den bezweckten Wettbewerbsfunktionen – die Möglichkeiten von zumindest ebenso geeigneten, die Adressaten der Regulierung weniger beschränkenden Mechanismen offensichtlich nicht nutzt.<sup>28</sup>

b) *Eignung*

Eine sektorspezifische Regulierung, die in ein Grundrecht eingreift, ist „geeignet“, wenn der dadurch geschaffene Zustand mit jenem Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht gilt,

<sup>16</sup> Erdgasbinnenmarkttrichtlinie 2003/55/EG v. 26.6.2003, ABl. EG 2003 L 176, 57.

<sup>17</sup> Erwägungsgrund Nr. 30 GasRL.

<sup>18</sup> Erwägungsgrund Nr. 6 GasRL.

<sup>19</sup> Umfassend zum funktionsfähigen Wettbewerb und auch zu dessen Verhältnis zum wirksamen Wettbewerb: Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002.

<sup>20</sup> Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, K&R 2003, 8, 13.

<sup>21</sup> So auch Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 489; a.A. Papier, Die Regelung von Durchleitungsrechten, 1997, S. 28.

<sup>22</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3), S. 50.

<sup>23</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3), S. 51.

<sup>24</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3), S. 52 f.

<sup>25</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3), S. 50.

<sup>26</sup> Vgl. etwa Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Monitoring-Bericht (Fn. 3), S. 51.

<sup>27</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 101.

<sup>28</sup> Allgemein Grabitz, AöR 98 (1973), 586: „Begreift man das den Freiheitsrechten zugrundeliegende Prinzip positiv als die von Verfassungen wegen dem Einzelnen gewährleistete größtmögliche Chance der Persönlichkeitsentfaltung, so vereitelt jede ‚übermäßige‘ Regelung die Chancenmaximierung und ist deshalb verfassungswidrig.“

in einem aufgrund bewährter Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.<sup>29</sup>

Die Einführung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen verfolgt den Zweck, möglichst große, einheitliche Marktgebiete zu schaffen, in denen der Gasaustausch nicht durch Netzeigentumsrestriktionen eingeschränkt ist. Hierdurch soll der Handel innerhalb der Regelzonen erleichtert werden. Die Einführung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen soll der vereinfachten Abwicklung von Erdgastransaktionen dienen und den Netzzugang für den Industriekunden wesentlich einfacher gestalten. Er braucht Kapazität in einer bestimmten Höhe nur für eine Regelzone zu buchen und kann sie dann an verschiedenen Stellen der Regelzone entnehmen. Ob die Einführung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen allerdings geeignet ist, tatsächlich zur Vereinfachung der Abwicklung für den Industriekunden beizutragen, kann bereits mit guten Gründen bezweifelt werden. Ein negatives Beispiel stellt insoweit die Etablierung eines Regelzonenmodells in Österreich dar. Dort hat die Einführung des Modells gezeigt, dass die Kostenwälzung nur mit außerordentlichem Verwaltungsaufwand zu verwirklichen ist und sich die genaue Zuordnung der Kosten zu den verschiedenen Netzbetreibern sowie dem jeweiligen Regelzonenführer als derart schwierig erweist, dass die Abrechnung einer gaswirtschaftlichen Leistung im Schnitt anderthalb Jahre in Anspruch nimmt. Die Verhältnisse in Deutschland stellen sich zudem gegenüber der österreichischen Ausgangssituation wesentlich komplexer dar, so dass sich die administrativen Schwierigkeiten in Deutschland noch potenzieren dürften. Schließlich verlängert der notwendige Austausch von Informationen zwischen Netzzugangspetent, Erdgasversorger, Netzbetreiber und Regelzonenführer die Fristen, in denen ein Versorgerwechsel möglich ist. Die wettbewerbsfördernden Effekte sind daher bislang marginal geblieben.

Mit guten Gründen kann somit bereits die Eignung des netzeigentumsübergreifenden Regelzonenmodells in Zweifel gezogen werden. Für die nachfolgende weitere Untersuchung soll dennoch eine grundsätzliche Eignung unterstellt werden.

### c) *Erforderlichkeit*

Maßgeblicher Prüfstein für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen ist der Grundsatz der Erforderlichkeit. Dem Gebot der Erforderlichkeit wird eine Maßnahme gerecht, wenn es keinen anderen erreichbaren Zustand gibt, der für die Betroffenen weniger belastend ist und der mit dem bezweckten Zustand ebenfalls in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.<sup>30</sup>

#### aa) *Vorüberlegung: grundsätzliche Erforderlichkeit einer Zugangsregulierung*

Für die Frage der Erforderlichkeit einer Regulierung des Zugangs zu den Erdgasnetzen ist vorab festzustellen: Sind die Erdgasnetze als „wesentliche Einrichtungen“ im Sinne der in den Vereinigten Staaten im Verkehrssektor entwickelten Essential-Facilities-Doktrin zu qualifizieren, so ist die Erforderlichkeit einer Zugangsregulierung zur Öffnung der vor- und nachgelagerten Märkte grundsätzlich gegeben; diesem Grundsatz liegen die regulatorischen Erfahrungen auch aus anderen Netzwirtschaften, wie insbesondere der Telekommunikation, zugrunde.<sup>31</sup> Im US-amerikanischen Kartellrecht erfasst die Essential-Facilities-Doktrin Konstellationen, in denen die wesentliche Einrich-

tung, die aus tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht duplizierbar ist, von einem Monopolisten kontrolliert wird, der einem Wettbewerber die Nutzung der Einrichtung nicht gestattet, obwohl ihm die Gewährung des Zugangs möglich und zumutbar wäre.<sup>32</sup> Damit sind Fälle umschrieben, bei denen der (potentielle) Wettbewerber auf einem monopolisierten Markt (Primärmarkt) eine mittels der Einrichtung erbrachte Dienstleistung oder ein Produkt nachfragt, welches wesentliche Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt (Sekundärmarkt) ist.<sup>33</sup>

Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, dass, soweit ein Netz nicht als wesentliche Einrichtung einzuordnen ist, eine Netzzugangsregulierung zur Herstellung eines vom EG-Sekundärrecht geforderten funktionsfähigen Wettbewerbs nicht erforderlich wäre. In diesem Fall verstärkt sich allerdings die Darlegungslast des Gesetzgebers beziehungsweise des Regulierers, dass die wettbewerbsfördernden Effekte nur durch eine in die Grundrechte der Netzbetreiber eingreifende Netzzugangsregulierung zu erreichen sind. Für die Erdgasnetze lässt sich feststellen: Die Gasendverteilungsinfrastruktur stellt als natürliches Monopol eine wesentliche Einrichtung dar. Im Ferngasnetzbereich besteht potentieller Leitungswettbewerb. Regelmäßig hat ein Gashändler die Wahl zwischen zwei Erdgasnetzbetreibern. Die Ferngasnetze sind daher nicht pauschal als wesentliche Einrichtungen zu qualifizieren; vielmehr müssen monopolistische und nicht monopolistische Leitungsabschnitte im Rahmen einer relevanten Marktabgrenzung jeweils differenziert betrachtet werden. Insgesamt ergibt sich damit für den Erdgasnetzbereich für den abstrakt-generell normierenden Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Zugangsregulierung. Soweit Teile des Ferngasnetzes keine wesentlichen Einrichtungen im Sinne der Essential-Facilities-Doktrin darstellen, unterliegt der Gesetzgeber hierbei einer erhöhten Darlegungslast.

#### bb) *Erforderlichkeit der Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen zur Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs*

Netzeigentumsübergreifende Regelzonen zielen maßgeblich darauf ab, die Abwicklung des Netzzugangs für die Netzzugangskunden zu vereinfachen und den Gashandel zu erleichtern. Darüber hinaus soll die Steuerung einer Regelzone durch einen netzeigentumsübergreifenden Regelzonenführer die Reduzierung von Diskriminierungsanreizen der Netzbetreiber gegenüber nicht mit ihnen verbundenen Erdgasversorgern bewirken.

Im Hinblick auf den legitimen Zweck der Maßnahme, die

<sup>29</sup> Piroth/Schlink, Grundrechte, 19. A., 2003, Rn. 283.

<sup>30</sup> Piroth/Schlink (Fn. 29), Rn. 285; grundlegend zur Funktion und Wirkungsweise des Gebots der Erforderlichkeit im Einzelnen Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1999, S. 162 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, K&R 2003, 8, 10 ff.

<sup>32</sup> Zur Rezeption im US-amerikanischen Telekommunikationsrecht vgl. Huber/Kellogg/Thorne, Federal Telecommunications Law, 2. A., 1999, S. 327 ff., die auch die Grenzen der Essential-Facilities-Doktrin benennen: Eine auf die Essential-Facilities-Doktrin gestützte Entscheidung vermag Marktzutrittsschranken zu beseitigen, nicht aber den Wettbewerb „künstlich“ zu fördern, *ebenda*, S. 328 Fn. 14.

<sup>33</sup> Vgl. Müller, EuZW 1998, 232, 235. Zur Bedeutung der Essential-Facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht vgl. Koenig/Loetz, EWS 2000, 377, 377 ff.

Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, ist insoweit zu beachten: Funktionsfähiger Wettbewerb bedeutet nicht nur Herstellung bestmöglicher Bedingungen für die Kunden, sondern insgesamt einen Wettbewerb, der langfristig auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht und dabei die anerkannten Wettbewerbsfunktionen erfüllt (Angebotszusammensetzung, Einkommensverteilung, Marktmachtkontrolle, Freiheit, Produktionssteuerung, Anpassungsflexibilität, technischer Fortschritt). Die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs impliziert daher nicht einseitig günstige Kundenbedingungen und niedrige Preise, sondern vor allem auch die langfristige Sicherung des technischen Fortschritts durch fortlaufende Investitionstätigkeiten. Eine dem Ziel der Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs dienende Regulierung hat sich neben der Kundengünstigkeit auch an der Erhaltung von Investitionsanreizen für die Erdgasnetzbetreiber zu orientieren. Denn langfristig sich selbst tragender Wettbewerb kann nur erreicht werden, wenn auch die Wettbewerbsfunktion des technischen Fortschritts durch geeignete Marktbedingungen sichergestellt ist. Eine Regulierung, welche nur einseitig die Kundengünstigkeit fördert, ist daher im Hinblick auf die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs (im Sinne oben genannter Funktionen) weder geeignet noch erforderlich, wenn sie gleichzeitig auf der Infrastrukturebene zu negativen Effekten führt und sich somit auf weitere, neben der Kundengünstigkeit bestehende Wettbewerbsfunktionen, wie zum Beispiel die Sicherstellung des technischen Fortschritts, schädlich auswirkt.

Eine nationale Regelung des Netzzugangs bei Erdgas, die einseitig nur die Kundengünstigkeit fördert, würde zur Sicherstellung des technischen Fortschritts einen zusätzlichen Ausbau des Regulierungsinstrumentariums um das Instrument der Ausbaupflichtung erforderlich machen. Die Einführung einer effektiven Ausbaupflichtung in den nationalen energierechtlichen Ordnungsrahmen<sup>34</sup> macht aber die Normierung umfassender, wirksam durchsetzbarer staatlicher Befugnisse notwendig, Erdgasnetzbetreiber anzuweisen, ihr Netz in spezifischer, vorgegebener Art und Weise zu verändern. Eine solche – äußerst regulierungsintensive – Sicherstellung des technischen Fortschritts konterkariert indes die Zielvorgabe der Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Einer Netzzugangsregulierung, die als Konsequenz zusätzliche Regulierung erforderlich macht, wohnt die Gefahr inne, eine Regulierungsspirale auszulösen, bei der das Ziel, langfristig die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfunktionen mit möglichst geringer Regulierung sicherzustellen, in immer weitere Ferne rückt.

Vor diesem Hintergrund ist eine Netzzugangsregulierung, welche nur die Kundengünstigkeit einseitig fördert, insbesondere auch dann im Hinblick auf die Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs weder geeignet noch erforderlich, wenn es eine andere Regulierungsmöglichkeit gibt, welche zugleich Investitionsanreize zur Sicherstellung des technischen Fortschritts aufrechterhält und damit verhindert, dass der technische Fortschritt noch durch zusätzliche eingriffsintensivere Regulierungsinstrumente, wie etwa eine effektiv ausgestaltete Ausbaupflichtung der Erdgasnetzbetreiber, sichergestellt werden muss. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet ein Regulierungsinstrumentarium, das keine Regulierungsspirale auslöst.

Die Einführung großer, netzeigentumsübergreifender Regelzonen bezweckt kurzfristig eine optimale Kundengünstigkeit der Erdgasdurchleitung. Industriekunden brauchen Kapazität in einer bestimmten Höhe nur für eine Regelzone zu buchen und

können sie kurzfristig an unterschiedlichen Stellen der Regelzone entnehmen. Der Erdgashandel soll hierdurch erleichtert werden. Jedoch verlieren die Netzbetreiber, die nicht die Funktion eines Regelzonenführers wahrnehmen, Steuerungs- und Planungsbefugnisse über ihr Netz und damit einen wesentlichen Teil ihrer Verfügungsbefugnis. Der Einrichtung möglichst großer Regelzonen liegt die Vorstellung zugrunde, zur bestmöglichen Vereinfachung der Transaktionsbedingungen für die Kunden sei letztlich die Schaffung eines einheitlichen, standardisierten Erdgasnetzes erstrebenswert. Ein solches bietet aber keine Anreize für einen Netzeigentümer, allein in den Ausbau und den technischen Fortschritt seines (Teil-)Netzes zu investieren.

Eine andere Regulierungsmöglichkeit, welche die Kundengünstigkeit fördert und gleichzeitig Investitionsanreize für die Erdgasnetzbetreiber zur Gewährleistung angemessener Verteilung und des technischen Fortschritts aufrechterhält, liegt in der regulatorischen Implementierung eines Entry-/Exit-Netzzugangsmodells. Ein solches Modell basiert auf der separaten Buchung und Bepreisung von Entry- und Exit-Kapazitäten und ermöglicht somit den Netzzugangskunden, Kapazität an beliebigen Ein- und Ausspeisepunkten des Netzes eines Netzbetreibers gesondert zu buchen. Eine Buchung von Kapazität ist nach diesem Modell durch unterschiedliche Netzzugangskunden zu unterschiedlichen Zeitpunkten möglich. Nach erfolgter Zuordnung von Ein- und Ausspeisekapazität sind die Netzzugangskunden berechtigt, die gebuchte Kapazität ganz oder teilweise zu einem späteren Zeitpunkt einem anderen Ein- oder Ausspeisepunkt innerhalb eines Netzes zuzuordnen. Schließlich erlaubt das Modell grundsätzlich die Weiterveräußerung von gebuchten Entry- und Exit-Kapazitäten. Eine flexible Nutzung der Transportkapazität durch die Industriekunden kann somit auch ohne die Einrichtung netzeigentumsübergreifender Regelzonen gewährleistet werden.

Im Rahmen eines Entry-/Exit-Netzzugangsmodells kann zusätzlich ein „Transport aus einer Hand“ dadurch sichergestellt werden, dass Unternehmen die Dienstleistung des Transportmanagements anbieten. Der Transaktionsaufwand für die Netzzugangskunden wird hierdurch maßgeblich verringert. Hierfür müssten diese Unternehmen auf Wunsch der Transportkunden die Organisation und Abwicklung des Netzzugangs in Drittnetzen übernehmen, so dass einem Transportkunden für die Organisation und Abwicklung des Netzzugangs stets ein einziger Ansprechpartner zur Verfügung stünde und die Netzzugangskunden im Ergebnis so gestellt würden, als ob der Transport nur ein einzelnes Netz beträfe.

Die Einführung eines Entry-/Exit-Netzzugangsmodells, verbunden mit der unternehmerischen Gewährleistung eines „Transports aus einer Hand“, belässt den Erdgasnetzbetreibern wesentliche Verfügungsbefugnisse über ihr Netzeigentum. Investitionsanreize werden durch eine solche Regelung aufrechterhalten. Die Förderung der Wettbewerbsfunktionen Allokation (Kundengünstigkeit) und Anreize zu technischem Fortschritt werden hierdurch zu einem Ausgleich gebracht. Der andernfalls

<sup>34</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. a, Art. 12 Abs. 1 GasRL enthalten zwar eine Verpflichtung der Betreiber von Fernleitungs- und Versorgungsnetzen, Speicher- und/oder LNG-Anlagen, diese zu warten und auszubauen. Spezifische Vorgaben zur Durchsetzung dieses Gebots sind der Richtlinie allerdings nicht zu entnehmen. Vgl. hierzu *Salje*, RdE 2003, 205, 206; zur Herleitung von Veränderungspflichten auf Grundlage der sektorspezifischen Netzzugangsrechte in den Netzwirtschaften vgl. *Koenig/Kühling/Winkler*, WuW 2003, 228, 228 ff.

notwendige Ausbau des Regulierungsinstrumentariums um das Instrument der effektiv durchsetzbaren Ausbauverpflichtung wird vermieden.

Hinsichtlich des mit der Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen zusätzlich verfolgten Ziels der Reduzierung von Diskriminierungsanreizen sind zudem die zu antizipierenden Effekte der gemeinschaftsrechtlich determinierten Verschärfung der Unbundling-Regulierung<sup>35</sup> sowie die Effekte der geänderten prozessualen Lage gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. beim gesetzlichen Sofortvollzug von Untersagungsverfügungen<sup>36</sup> zu berücksichtigen. Denn das Regulierungsinstrument des Unbundling bezweckt, durch eine virtuelle oder strukturelle Trennung der Fernleitungs- und Verteilernetzbereiche von den übrigen Geschäftsbereichen eines integrierten Erdgasversorgungsunternehmens die notwendige Transparenz herzustellen, die einen tatsächlich diskriminierungsfreien Netzzugang erst ermöglicht, und flankiert damit eben jene Zielvorgaben, die auch der Verschärfung einer Netzzugangsregulierung zugrunde liegen.<sup>37</sup> Als Instrument, das den Missbrauch der Netzzugangsverweigerung ausschließt und Diskriminierungspotentiale prozedural verringert, ergänzt auch der gesetzliche Sofortvollzug die Netzzugangsregulierung.<sup>38</sup> Diese Komplementarität der Regulierungsinstrumente bedeutet für den grundrechtlichen Erforderlichkeitsmaßstab, an dem eine Netzzugangsregelung zu messen ist: Je strenger und damit belastender bereits die Unbundling-Regulierung ausgestaltet ist, desto weniger erfordern die Regulierungsziele auf der Netzzugangsseite eine entsprechend belastende Regulierung. Verschärft der Gesetzgeber daher – aufgrund gemeinschaftsrechtlich zwingender Vorgaben – die Unbundling-Regulierung durch die Ergänzung eines vormals auf ein buchhalterisches Unbundling beschränkten Instrumentariums um die Instrumente des organisatorischen und des Legal Unbundling, unterliegt er umso höheren Verhältnismäßigkeitsanforderungen bei der Einführung einer Netzzugangsregulierung und umgekehrt. Auch das Zusammenwirken der materiellen Netzzugangsregulierung mit der veränderten prozessualen Lage beim gesetzlichen Sofortvollzug schärft im Ergebnis die Anforderungen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die zu antizipierenden Effekte der Unbundling-Regulierung, der gesetzliche Sofortvollzug von Untersagungsverfügungen sowie eine regulatorische Implementierung eines Entry-/Exit-Netzzugangsmodells stellen damit sicher, dass es einen erreichbaren Zustand gibt, der für die Betroffenen weniger belastend ist und der mit dem bezweckten Zustand – der Herstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs in der Erdgaswirtschaft – ebenfalls in einem durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang steht.

#### IV. Fazit

Eine Regelung des Netzzugangs bei Erdgas, welche die Einrichtung von netzeigentumsübergreifenden Regelzonen vorsieht, und die hiermit verbundene Etablierung eines Regelzonenführers, der über die Eigentumsgrenzen hinweg die Aufgabe des Kapazitätsmanagements sowie weitere Leistungs-/Koordinierungsfunktionen wie etwa des Qualitätsmanagements für das genannte Netz einer Regelzone wahrnimmt, steht nicht im Einklang mit dem Gebot der Erforderlichkeit und hält daher der vom BMWA eingeforderten verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Zwar unterfällt eine Regelung des Netzzugangs als wirtschaftsordnende und -lenkende Maßnahme

dem Bereich nur eingeschränkt justiziabler Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers. Doch verlaufen die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte gegenüber legislativen Gestaltungs- und Lenkungsakten und die vom grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgehenden materiellrechtlichen Optimierunggebote<sup>39</sup> an die Rechtsetzung nicht kongruent. Vom Gesetzgeber verlangt das Verfassungsrecht mehr, nämlich ein „grundrechtsschutzoptimierendes“ Vorgehen, als das Bundesverfassungsgericht zu überprüfen vermag. Die zuvor aufgestellten materiellen Erforderlichkeitsanforderungen für eine verfassungsgemäße Ausgestaltung einer Netzzugangsregulierung für Erdgas erfahren damit materiellrechtlich keine Relativierung durch einen möglicherweise sich in der Rechtsprechung zukünftig entwickelnden Judicial-Self-Restraint. Der Gesetzgeber sollte daher von der Einführung eines netzeigentumsübergreifenden Regelzonenmodells Abstand nehmen und stattdessen auf ein – durch die Effekte der zukünftigen Unbundling-Regulierung und des gesetzlichen Sofortvollzugs ergänztes – Entry-/Exit-Netzzugangsmodell setzen.

<sup>35</sup> Art. 9, 13, 33 Abs. 1 GasRL schreiben die Einführung des Legal Unbundling sowohl auf der Ferngas- als auch auf der Verteilernetzebene grundsätzlich zum 1.7.2004 vor. Zwar räumt die Richtlinie auf der Verteilernetzebene den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Einführung des Legal Unbundling bis zum 1.7.2007 zurückzustellen. Den Mitgliedstaaten verbleibt dann aber jedenfalls die Pflicht, bis zum 1.7.2004 auf der Verteilernetzstufe zumindest ein strenges – in seinen Auswirkungen dem Legal Unbundling sehr nahe kommendes – organisatorisches Unbundling einzuführen; zum neuen, in der GasRL vorgeschriebenen Unbundling-Regime siehe im Einzelnen Koenig/Kühling/Rasbach, RdE 2003, 221, 225 ff.; zum Auslegungsvermerk der Generaldirektion Energie und Verkehr zu den neuen Entbündelungsbestimmungen siehe Koenig/Haratsch/Rasbach, ZNER 2004, 11.

<sup>36</sup> Vor Geltung des „Erste[n] Gesetz[es] zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 20.5.2003, BGBl. 2003 I, 686, kam der Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 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 Nr. 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 keine aufschiebende Wirkung mehr. Der Netzbetreiber hat in diesem Fall dem Petenten den Zugang zu seinem Netz zu gewähren, bis eine anders lautende Entscheidung ergeht.

<sup>37</sup> Zur Legitimation der Unbundling-Vorschriften siehe auch Koenig/Kühling/Rasbach, RdE 2003, 221, 222. Die Regulierungsinstrumente Netzzugang und Unbundling stellen sich damit gleichsam als zwei Enden kommunizierender Röhren dar, vgl. Koenig/Rasbach, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente, DÖV 2004 (im Erscheinen).

<sup>38</sup> Netzzugang und gesetzlicher Sofortvollzug sind daher als komplementäre Regulierungsinstrumente zu begreifen, vgl. Koenig/Rasbach, Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente, DÖV 2004 (im Erscheinen).

<sup>39</sup> Alexy (Fn. 27), S. 101.