

ABHANDLUNGEN

Elektrizitätswirtschaftliche Methodenregulierung – ein Entwurf der Netzentgeltverordnung Strom auf dem Prüfstand

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) und Margret Schellberg*

Für die nach § 24 S. 2 Nr. 4 EnWG-E¹ in der Netzentgeltverordnung Strom (NEntgVO-E)² vorgesehene Methodenregulierung zeichnen sich nach dem Kabinettsentwurf klare Strukturen ab: Die in der Verordnung niedergelegten Vorgaben für die Entgeltbildung haben zum einen den Maßstab der Substanzerhaltung zu beachten. § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E gibt dafür eine Orientierung an dem Konzept der Nettosubstanzerhaltung vor. Andererseits sind die Entgelte nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E auf der Grundlage der Kosten einer »energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung« zu bilden. Rationelle und effiziente Betriebstechniken entwickeln sich vornehmlich im Wettbewerb. Bei fehlendem Leitungswettbewerb müssen daher Effizienzinduktionen, die regelmäßig im Wettbewerb entstehen, regulatorisch simuliert werden. Im EnWG-E ist dazu eine Anreizregulierung mit der Vorgabe angelegt, dass die Entgelte unter »Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« gebildet werden. Was diese Parameter im Einzelnen bedeuten und ob die in der NEntgVO-E vorgesehenen Regelungen diesen ausreichend Rechnung tragen, soll im Folgenden einer Prüfung unterzogen werden.

I. Das Prinzip der Substanzerhaltung im EnWG-E

Die Ermächtigungsnorm des § 24 S. 2 Nr. 4 EnWG-E fordert, die Ausgestaltung der Entgeltbildung auf dem Verordnungswege derart vorzunehmen, dass die notwendigen Investitionen in die Netze mit dem Ziel vorgenommen werden können, die Betriebs- und Versorgungssicherheit sowie die Funktionsfähigkeit der Netze (nicht der Netzbetreiber!) zu gewährleisten. Dies beschreibt eine Untergrenze für die Preisbildung, welche die Lebens-, Funktions- und Anpassungsfähigkeit der Netze gewährleistet. Zur Sicherung des derart umschriebenen Substanzerhalts der Netze ist es aber unerlässlich, die Entgelte so zu kalkulieren, dass am Ende der Nutzungsdauer des Anlagegegenstands für den eigenkapitalfinanzierten Anteil aus den Abschreibungen und dem erforderlichen Zinsbestandteil die zur Reinvestition ausreichenden Mittel zur Verfügung stehen.³ Um ein Entgelt zu bilden, das diesen Anforderungen gerecht wird und zugleich die inflationäre Lücke schließt, durch die der Substan-

zerhalt gefährdet wird, gibt § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E zur Entgeltkalkulation das Konzept der Nettosubstanzerhaltung vor.⁴ Die Nettosubstanzerhaltung fordert eine kapitalstrukturhaltende Kostenkalkulation: Für die zwei bedeutenden Faktoren, die Abschreibungen eigenfinanzierter Anlagen und die Eigenkapitalverzinsung, ist nach diesem Konzept vorgesehen, dass die Abschreibungen auf Wiederbeschaffungs- bzw. Tagesneuwertbasis erfolgen und die Zinskosten auf den mit Eigenkapital finanzierten Teil des betriebsnotwendigen Vermögens auf Tagesneuwertbasis und unter Verwendung eines Realzinssatzes zu ermitteln sind. Der Substanzerhalt und die Kalkulation auf der Basis der Nettosubstanzerhaltung gelten im EnWG-E jedoch nicht uneingeschränkt: § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E stellt das Prinzip unter den Vorbehalt, dass die Nettosubstanzerhaltung »unter Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« bei der Preisbildung beachtet werden muss. In § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E ist die Nettosubstanzer-

* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, die Autorin Schellberg ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

1 Der Kabinettsentwurf des Energiewirtschaftsgesetzes v. 28.7.2004 ist im Internet abrufbar unter <http://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/zweites-gesetz-zur-neuregelung-des-energiewirtschaftsrechts-kabinettt-property=pdf.pdf>.

2 Der Veröffentlichung liegt ein ressortabgestimmter BMWA-Entwurf der Netzentgeltverordnung Strom v. Oktober 2004 zugrunde.

3 Schmidt-Preuß, Substanzerhaltung und Eigentum, 2002, S. 51; Baur/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, S. 91 ff.

4 Damit hat der Gesetzgeber sich gegen die Realkapitalerhaltung entschieden. Hier wird die Inflation durch die Nominalverzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals in der Berechnung berücksichtigt. Letztlich führen Nettosubstanzerhaltung und Realkapitalerhaltung zu dem gleichen Ergebnis. Im laufenden Gesetzgebungsverfahren wird teilweise die Ansicht vertreten, die Zugrundelegung der Realkapitalerhaltung sei vor dem Hintergrund zu bevorzugen, dass das Abstellen auf Anschaffungswerte zu einer höheren Transparenz und Nachvollziehbarkeit führt. Überdies werden bei der Realkapitalerhaltung Daten zugrunde gelegt, die im Rahmen der Buchhaltung ohnehin vorliegen. Bei der Nettosubstanzerhaltung hingegen fürchten Kritiker die Möglichkeit des Erzielens verdeckter Gewinne.

haltung zudem im engen Zusammenhang mit dem Kostenmaßstab »eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers« zu sehen. Beide Parameter stellen die Nettosubstanzerhaltung unter den Vorbehalt der Effizienz: Die Substanz ist nur soweit schützenswert, wie sie sich auch im (hypothetisch unterstellten) funktionsfähigen Wettbewerb behaupten könnte und auch dort Bestand hätte. Geschützt wird also jene im fingierten Wettbewerb »effiziente« Substanz. Diese Netzsubstanz soll sich ständig dem technischen Fortschritt stellen und flexibel anpassen können. Ineffiziente Strukturen können nicht durch den Schutz der Nettosubstanzerhaltung künstlich am Leben gehalten werden. Die in § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E niedergelegte Nettosubstanzerhaltung gewährleistet, dass sich die Netze an die regulatorisch simulierten Bedingungen des Wettbewerbs anpassen können. Zum einen bedeutet dies, dass nicht jede Investition durch das Prinzip der Nettosubstanzerhaltung abgesichert sein kann. Zum anderen ist eine Regulierungsbehörde gefordert, die nicht statisch normativ, sondern vielmehr den aktuellen Problemen entsprechend flexibel und dynamisch reagiert.

Kapitalstrukturertend wird nur für die notwendigen, zu verstehen i.S.v. »anpassungsfähigen«, Investitionen kalkuliert. Selbstverständlich sind auch unter dem Effizienzparadigma all jene Investitionen als notwendig anzuerkennen, die auf Grund der imperativen Vorgaben von EEG und KWKG vorgenommen werden, obwohl kein effizienter Netzbetreiber sie freiwillig getätigt hätte. Keinesfalls soll der Substanzerhalt aber dazu führen, unternehmerische Fehlleistungen zu honorieren.⁵

II. Effizienzkostenansatz des EnWG-E

Die Preisfindung in der NEntgVO-E hat sich im Übrigen nach den Vorgaben des EnWG-E an dem Prinzip der Kostenorientierung auszurichten, das heißt die Kosten müssen Grundlage der Entgeltberechnung sein. § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E konkretisiert dieses Prinzip dahingehend, dass die Entgelte auf der Grundlage der Kosten der »energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung« gebildet werden. In der Anwendung der Verbändevereinbarung Strom II plus erlaubt dieser Begriff faktisch noch, dass quasi *alle* Kosten, die bei der Führung eines elektrizitätswirtschaftlichen Betriebes verursacht wurden, in den Netznutzungsentgelten kalkuliert wurden. Nunmehr wird die Basis der anzuerkennenden Kosten jedoch grundlegend beschnitten: Die Kosten haben nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E denen eines »effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers« zu entsprechen. Dies sind solche Kosten, die selbst bei effizienter Leistungserbringung eines Netzbetreibers unvermeidbar entstehen. Damit enthält dieser Nebensatz eine maßgebliche Auslegungsdirektive für den Terminus der rationellen Betriebsführung. Der Maßstab der »Effizienz« wird durch die Kosten strukturell vergleichbarer Unternehmen qualitativ und quantitativ näher bestimmt. Nach § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG-E dürfen bei einer kostenorientierten Bildung der Entgelte »nur solche Kosten Beachtung finden, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb einstellen würden«.

Als Maßstab gilt die Hypothese von Kostenstrukturen in einem fiktiven funktionsfähigen Wettbewerb. Unter funktionsfähigem Wettbewerb versteht man einen solchen, in dem die erwünschten Wechselwirkungen wie z.B. Angebotszusammensetzung, Einkommensverteilung, Marktmachtkontrolle, Produktionssteuerung, Anpassungsflexibilität und technischer Fortschritt stattfinden, die Versorgung flächenübergreifend angemessen und zu erträglichen Angebotsbedingungen gesichert ist und der dabei strukturell so entwickelt ist, dass es eines regulatorischen Eingriffs nicht (mehr) bedarf.⁶ Im funktionsfähigen Wettbewerb könnte der Netzbetreiber bei der Preisbildung regelmäßig nur solche Kosten auf die Entgelte abwälzen, die auch ein strukturell vergleichbarer, an Effizienzsteigerung orientierter Wettbewerber an seine Kunden weitergäbe, und die somit – wettbewerbsinduziert – notwendig für die Leistungserbringung wären. Hier wird die Methode der Kostenzuschlüsselung zum Dreh- und Angelpunkt des Effizienzmaßstabs. Denn insbesondere eine überhöhte Zuschlüsselung der Gemeinkosten an den Netzbetrieb führt zu einer Berücksichtigung nicht »energiewirtschaftlich rationeller« Kostenbestandteile.⁷ Inbegriffen sind in den Kosten einer energiewirtschaftlich rationeller Betriebsführung hingegen solche Kosten, die gesetzlich vorgeschriebenen Investitionen zuzurechnen sind. Denn auch ein effizienter Netzbetreiber müsste diese Kosten im funktionierenden Wettbewerb auf die Entgelte abwälzen. Mit § 21 Abs. 2 S. 2 EnWG-E legt der Gesetzgeber die Netzbetreiber auf diesen »wettbewerbsanalogen« Kostenmaßstab fest. Dies entspricht dem in § 20 Abs. 1 PostG und § 29 Abs. 2 TKG vorgesehenen Effizienzkostenmaßstab, der die notwendigen Produktionskosten zugrundelegt und solche Kosten unberücksichtigt lässt, die nicht vorhanden wären, wenn das Unternehmen wirksamem Wettbewerb ausgesetzt wäre.⁸ Der Gesetzgeber normiert im Kabinettsentwurf des EnWG somit erstmals einen Effizienz-

5 Schmidt-Preuß, Fn. 3, S. 58; Wegmann, Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation, 2001, S. 275; Sieben/Maltry, Gutachten zu den Grundsätzen der Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie auf der Basis einer Kostenermittlung unter besonderer Beachtung der Unternehmenserhaltung, April 2002, S. 63.

6 Vgl. zum Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, K&R 2003, 8 ff. (13); Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation, 2002; Koenig/Rasbach, Rechtsfragen der regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 5.

7 Das Problem der Gemeinkostenzuschlüsselung bleibt dabei funktional auch erhalten unter den neuen Rahmenbedingungen des im EnWG-E eingeführten gesellschaftsrechtlichen Unbundling. Insoweit sind die von der Netzgesellschaft mit anderen Konzerngesellschaften vertraglich vereinbarten Dienstleistungsentgelte über die Nutzung von »shared services« (Immobilien, IT-Systeme usw.) als funktionales Äquivalent der Gemeinkosten in der nicht »unbündelten« Welt zu begreifen und dementsprechend auf ihre Höhe hin zu kontrollieren, um subtil kaschierte Quersubventionierungen auszuschließen.

8 Vgl. dazu Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern, Beck'scher Post-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 20 Rn. 32 ff.

kostenmaßstab, was insbesondere vor dem Hintergrund der dem Wettbewerbsansatz folgenden EltRL⁹ zu begrüßen ist. Ein interpretatorischer Rückgriff auf das historische Verständnis des Begriffs »rationelle Betriebsführung« i.S.d. Verbändevereinbarung Strom II plus als »Quasi-Vollkostenansatz« verbietet sich unter Zugrundelegung des Wortlautes, der Systematik, der Teleologie und nicht zuletzt der EG-richtlinienkonformen Auslegung von § 21 Abs. 2 EnWG-E.¹⁰

III. Methodenregulierung nach der NEntgVO-E

Mit der Methodenregulierung sieht der Gesetzgeber eine Regulierungsform vor, die sich auf das Preisbildungssystem beschränkt und somit ein bestimmtes Vorgehen, einen Rechenweg, einen Maßstab oder Kalkulationsgrundsätze vorgibt.¹¹ Insofern entsprechen die Vorgaben einem »verbindlichen Leitfaden« für die Berechnung der Tarife.¹² Damit soll weitestgehend verhindert werden, dass sich letztlich diskriminierende Netznutzungsentgelte auf Grund unterschiedlicher Preisbildungsmethoden ergeben. Die in der NEntgVO-E festgelegte Preisbildung muss sich an den Vorgaben des EnWG-E messen lassen, sich also in dem Korridor zwischen Nettosubstanzerhaltung und Effizienzkostenansatz befinden. Nach dem Kabinettsentwurf sind insbesondere hinsichtlich der Anreize zur Förderung der Effizienz die Weichen neu gestellt, da sich aus § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E ergibt, dass die Entgelte unter »Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« zu bilden sind.¹³

1. Nettosubstanzerhaltung nach der NEntgVO-E

Nach dem EnWG-E ist die Nettosubstanzerhaltung »unter Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« als Kostenkalkulationsprinzip vorgesehen. Die Regelungen zur Kostenrechnung befinden sich in §§ 4 ff. NEntgVO-E. § 4 Abs. 1 S. 2 NEntgVO-E sieht vor, dass die Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungsbeträge und der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung nach der Nettosubstanzerhaltung erfolgt.

a) Kalkulatorische Abschreibungen

Der Verordnungsentwurf sieht in § 6 Abs. 2 Nr. 1 kalkulatorische Abschreibungen für den eigenfinanzierten Anteil auf der Basis von Tagesneuwerten vor. Die Abschreibungen sind nach der linearen Abschreibungsmethode zu ermitteln. § 6 Abs. 2 NEntgVO-E entspricht der betriebswirtschaftlichen Konzeption der Nettosubstanzerhaltung, wonach Abschreibungen eigenfinanzierter Anlagen regelmäßig auf Wiederbeschaffungs- bzw. Tagesneuwertbasis kalkuliert werden. Der Tagesneuwert ist der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert zum Zeitpunkt der jeweiligen Bewertung.¹⁴ Er wird am Kalkulationsstichtag ermittelt, indem die Anschaffungs- und Herstellungskosten mit einem spezifischen Preisindex hochgerechnet werden. Tagesneuwertbasierte Abschreibungen geben den tatsächlichen ökonomischen Wertverlust aus

der Sicht des Unternehmens wieder und erhalten die Leistungsfähigkeit der Unternehmen auch in Zeiten steigender Preise. Die NEntgVO-E sieht Indizes in § 6 Abs. 3 S. 2 NEntgVO-E vor, mit deren Hilfe der Tagesneuwert berechnet wird. Damit ist die Kalkulation der einzelnen Unternehmen einheitlich, objektiv und transparent. Ohne die Festlegung derartiger Indizes wäre die Ermittlung der Tagesneuwerte dagegen auf der Basis selbsterstellter Kostenvorschläge möglich. Dann bestünden bei der Ermittlung der Tagesneuwerte erhebliche Freiheitsgrade, die zu einer systematischen Überhöhung der Kapitalbasis genutzt werden könnten. § 6 Abs. 3 S. 2 NEntgVO-E wirkt dem – im Sinne einer transparenten Verwirklichung der im EnWG-E geforderten Nettosubstanzerhaltung – entgegen. Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 NEntgVO-E Festlegungen zur Gewährleistung einer sachgerechten Ermittlung der Tagesneuwerte treffen.

b) Eigenkapitalverzinsung und Wagniszuschlag

Die NEntgVO-E gewährt in § 7 Abs. 1 eine kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung auf der Basis des betriebsnotwendigen Eigenkapitals, die auch einen Zuschlag zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse beinhaltet. Die Verordnung sieht in § 7 NEntgVO-E allgemeine Kriterien für die Bestimmung dieser Werte vor. Bis zum 1. 1. 2006 gilt jedoch der in § 7 Abs. 5 S. 2 NEntgVO-E erstmalig festgelegte Wert.

aa) »Allgemeine Spielregeln« zur Eigenkapitalverzinsung und zum Wagniszuschlag

Der Verordnungsentwurf sieht vor, dass der Eigenkapitalzinssatz gem. § 7 Abs. 5 S. 1 NEntgVO-E von der Regulierungsbehörde unter Berücksichtigung der maßgeblichen Entwicklung alle zwei Jahre, erstmals zum 1. 1. 2006, festgelegt wird. § 7 Abs. 1, 2 NEntgVO-E definiert das zu verzinsende betriebsnotwendige Eigenkapital. § 7 Abs. 4 Nr. 1 NEntgVO-E schreibt der Regulierungsbehörde vor, dass

⁹ Vgl. dazu *Kühling*, N&R 2004, 12 ff.

¹⁰ Der Referentenentwurf des EnWG-E v. 28. 2. 2004, abrufbar im WWW unter <http://www.bmwa.bund.de/bmwa/generator/Navigation/technologie-und-energie,did=29662.html>, ließ angesichts der fehlenden Erläuterung des Begriffs der »energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung« dagegen noch Raum für ein an der historischen Bedeutung orientiertes Verständnis. Vgl. dazu *Säcker*, ZNER 2004, 98 (103 f.).

¹¹ *Büdenbender/Rosin*, ET 2003, 746 (747); *de Wyl/Neveling*, ZNER 2003, 182 (182).

¹² *Theobald/Hummel*, ZNER 2003, 176 ff.

¹³ Der Referentenentwurf des EnWG-E v. 28. 2. 2004, abrufbar im WWW unter <http://www.bmwa.bund.de/bmwa/generator/Navigation/technologie-und-energie,did=29662.html>, sah ein solches Anreizkriterium nicht in dieser Deutlichkeit vor. Dort hieß es lediglich in § 20 Abs. 6 S. 3, es sollen »Anreize zur Effizienzverbesserung« gegeben werden. Andererseits betonte der Referentenentwurf die »Lebensfähigkeit der Netze«, die gewährleistet sein soll. Dieses Kriterium, das die Bedeutung des Substanzerhalts wesentlich unterstrich, ist in dem Kabinettsentwurf nicht mehr vorzufinden.

¹⁴ *Busse v. Colbe*, in *W. Delfmann* (Hrsg.), *Der Integrationsgedanke in der Betriebswirtschaftslehre*, 1989, S. 75 (76).

der in Anwendung zu bringende Eigenkapitalzinssatz den auf die letzten zehn Jahre bezogenen Durchschnitt der veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere nicht überschreiten darf. Davon wird der auf die letzten zehn Jahre bezogene Preisänderungsratendurchschnitt nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 NEntgVO-E abgezogen. Zuzüglich kann nach § 7 Abs. 4 Nr. 3 NEntgVO-E ein angemessener Wagniszuschlag gewährt werden. Die Ermittlung der Höhe des Wagniszuschlags hat nach spezifischen in § 7 Abs. 5 NEntgVO-E dargelegten Kriterien zu erfolgen. Abgesehen davon, dass die Notwendigkeit eines Wagniszuschlags teilweise generell bestritten wird¹⁵, ist bei der Bemessung der Höhe des Wagniszuschlags jedenfalls die Regelung des § 11 NEntgVO-E nicht außer Acht zu lassen. Mit § 11 NEntgVO-E verfolgt der Ordnungsgeber das Ziel, dass am Ende einer Kalkulationsperiode die Differenz zwischen den tatsächlichen Erlösen und den gem. § 4 NEntgVO-E ermittelten Netzkosten dieser Periode möglichst gering ist. Damit schließt § 11 NEntgVO-E nicht nur »Zufallsgewinne« aus, die durch Fehleinschätzungen der Netzbetreiber hinsichtlich der durchgeleiteten Menge Strom entstehen können. Vielmehr wird der Differenzbetrag im Falle einer Kostenunterdeckung in den folgenden Perioden kostenerhöhend angerechnet. Im Zusammenspiel mit § 11 NEntgVO-E wird das Risiko einer Kostenunterdeckung kompensiert, indem Kostenunterdeckungen auf die folgenden Perioden vorgetragen werden können. Diese Regelung vermindert Risiken und ist bei der Festsetzung der Höhe des Wagniszuschlags durch die Regulierungsbehörde – zusätzlich zu den Kriterien des § 7 Abs. 4 NEntgVO-E – zwingend zu beachten. Mit Blick auf die im EnWG-E vorgesehene Nettosubstanzerhaltung erscheint das Unternehmen jedenfalls in der Kombination von Wagniszuschlag und der Regelung des § 11 NEntgVO-E nicht »untersichert«. Insoweit besteht jedenfalls kein Raum für eine Berufung auf Art. 14 GG. Dieser dürfte erst bei Annäherung an eine quasi »erdrosselnde« Regulierung gegeben sein.¹⁶ Eine solche liegt nach der Sonderabgabenrechtsprechung des BVerfG aber erst dann vor, wenn »regelmäßig die Fortführung einzelner Unternehmen auf Grund ihrer besonderen Lage unmöglich ist«.

bb) Festsetzung einer Gesamtverzinsung durch die Verordnung bis zum 1. Januar 2006

Die Verordnung schreibt den Eigenkapitalzinssatz bis zum 1. 1. 2006 gem. § 7 Abs. 5 S. 2 NEntgVO-E in der Höhe von 6,5 % fest. Damit entspricht dieser Wert exakt dem Eigenkapitalzinssatz der Verbändevereinbarung Strom II plus. Dort ergibt sich dieser Wert auf der Grundlage eines durchschnittlichen Realzinssatzes von 4,8 % der vergangenen 40 Jahre. Dementsprechend wäre der in der Gesamtverzinsung enthaltene Wagniszuschlag in Höhe von 1,7 % festgesetzt. Dies entspricht jedoch nicht der Anwendung der materiellen Kriterien für die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung und des Wagniszuschlags, welche die Verordnung in § 7 Abs. 3, Abs. 4 NEntgVO-E aufstellt und an welche die Regulierungsbehörde ihrerseits bei Festsetzung der Gesamtverzinsung gebunden ist. Würde man die Kriterien der § 7 Abs. 3, Abs. 4 NEntgVO-E heranziehen, ergäbe sich derzeit vielmehr eine Eigenkapitalverzinsung, die niedriger anzusetzen

wäre¹⁷, wollte man nicht einen höheren Wagniszuschlag anlegen. Ein solcher dürfte aber – zumindest im Hinblick auf das Zusammenspiel von § 7 Abs. 4 und § 11 NEntgVO-E – kaum gerechtfertigt sein. Der Ordnungsgeber legt mithin die Eigenkapitalverzinsung – gemessen an den eigens von ihm festgelegten Kriterien – in überhöhter Weise fest. Dies ist umso bedenklicher, als er diesen Wert für den Zeitraum bis zum 1. 1. 2006 zementiert. Erst dann ermächtigt die Verordnung die Regulierungsbehörde, die Gesamtverzinsung – nunmehr unter Zugrundelegung der Kriterien der § 7 Abs. 3, Abs. 4 NEntgVO-E – erneut festzulegen. Der Wagniszuschlag ergibt sich in dieser Zeit fiktiv aus der Differenz des in § 7 Abs. 5 NEntgVO-E festgelegten Zinssatzes von 6,5 % und dem jeweiligen Durchschnitt des Realzinssatzes der letzten zehn Jahre. Damit unterliegt der Wagniszuschlag »unkontrollierbaren« Schwankungen, bevor die Regulierungsbehörde erstmals die Möglichkeit erhält, ihn wieder »einzufangen«. Mit der Fixierung der Eigenkapitalverzinsung auf 6,5 % bis zum 1. 1. 2006 hat letztlich der Ordnungsgeber, also das BMWA (nicht die Regulierungsbehörde), die Rolle des Regulierers funktional übernommen und gesteht der Regulierungsbehörde insoweit lediglich eine »Restregulierungsfunktion« zu.¹⁸ Das Grundsatzproblem der Schwankungen des Wagniszuschlags bleibt dabei auch nach 2006 bei Festlegung der Gesamtverzinsung durch die Regulierungsbehörde bestehen. Ratsam wäre es daher, diesen Wert nicht direkt für zwei Jahre zu fixieren, sondern eine flexiblere Gestaltung durch die Regulierungsbehörde auf Grund der Verordnung zu ermöglichen.

c) Berücksichtigung von Anreizkriterien

Mit den Regelungen zu den kalkulatorischen Abschreibungen, der Eigenkapitalverzinsung und dem Wagniszuschlag setzt der NEntgVO-E bis zum 1. 1. 2006 auf die Nettosubstanzerhaltung in der klassischen Form, wie sie auch in der

15 Kritisch äußert sich *Zimmermann*, Die kalkulatorischen Kosten bei der Kalkulation von Netznutzungsentgelten, Oktober 2003, S. 48 zum Wagniszuschlag; abgelehnt hat dies auch das *BKartA*, Beschluss v. 14. 2. 2003, TEAG, S. 24 f. des Umdrucks. *Säcker*, Freiheit durch Wettbewerb, Wettbewerb durch Regulierung, Diskussionsbeiträge zum Energie- und Telekommunikationsrecht, 2004, S. 28 ff., dagegen begründet den Wagniszuschlag mit dem Risiko des Unternehmers, dass sich nur die notwendigen Investitionen in den Entgelten niederschlagen. Hinsichtlich der Auslegung dieses Erforderlichkeitskriteriums ergibt sich danach ein Risiko des Unternehmers, das einen Wagniszuschlag rechtfertigt.

16 S. zu Frage, wann regulatorische Maßnahmen eine derartige Wirkung haben *Koenig/Rasbach/Schreiber*, Die Methodenregulierung der Netznutzungsentgelte Gas. Die Nettosubstanzerhaltung auf dem rechtlichen Prüfstand, in Vorbereitung.

17 Nach § 7 Abs. 3 NEntgVO-E darf der in Anwendung zu bringende Eigenkapitalzinssatz den auf die letzten zehn Jahre bezogenen Durchschnitt der veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere nicht überschreiten. Nach unter dem Link http://www.neue-energieanbieter.de/uploads/04_05_24_NetznutzerSynopseNEVO.doc zu findenden Informationen sinkt der Realzins bei der Betrachtungsdauer von zehn Jahren (Betrachtungsjahr 2003) auf ca. 3,5 %.

18 Vgl. zur Rolle der Regulierungsbehörde *Koenig/Rasbach*, et 2004, 702 ff.

Anlage 3 der Verbändevereinbarung zu finden war. In dieser sind Elemente einer Anreizregulierung nicht enthalten. Die von § 21 Abs. 2 EnWG-E geforderte »Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« findet in der NEntgVO-E noch nicht ausreichend Ausdruck. Denkbar wäre insoweit beispielsweise, die Höhe der Eigenkapitalverzinsung mit dem Effizienzgrad des Netzbetreibers zu verknüpfen. Je effizienter der Netzbetreiber im Vergleich mit anderen, strukturell vergleichbaren Netzbetreibern arbeitet, desto höher könnte die Eigenkapitalverzinsung sein. Anreize könnten über diese Verknüpfung sinnvoll erreicht werden.

2. Effizienzkostenansatz

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 NEntgVO-E sind bilanzielle und kalkulatorische Kosten des Netzbetriebs auf der Grundlage einer elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung anzusetzen, soweit sie den Kosten eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Damit ist – entsprechend dem Auftrag des § 21 Abs. 2 EnWG-E – ein Effizienzkostenmaßstab als Grundlage der Entgeltkalkulation vorgesehen und eine deutliche Ablösung von einem Vollkostenansatz gelungen.¹⁹ Dennoch sollte der Begriff der »elektrizitätswirtschaftlich rationellen Betriebsführung« in der Verordnung hinsichtlich der Kosten näher dargelegt werden, um eine inhaltliche Ablösung von dem Verständnis der Verbändevereinbarung Strom II plus vollständig zu vollziehen. Der Kabinettsentwurf sieht in § 21 Abs. 3 EnWG-E darüber hinaus vor, ein Vergleichsverfahren durchzuführen, dessen Ergebnisse bei der kostenorientierten Entgeltbildung zu berücksichtigen sind. Flankiert wird der Effizienzkostenansatz von Veröffentlichungspflichten, die sich aus § 20 Abs. 1 EnWG-E ergeben.

a) Das Vergleichsverfahren nach § 22 NEntgVO-E

Der NEntgVO-E kombiniert die Kostenrechnung mit einem Vergleichsverfahren nach § 22 NEntgVO-E. Bei dem hier vorgesehenen Vergleichsverfahren wird der von Energieversorgungsnetzbetreibern erzielte Preis, die Erlöse oder die einzelnen Kosten mit denen anderer Betreiber verglichen. Das Vergleichsverfahren kann die Regulierungsbehörde nach § 25 S. 1 NEntgVO-E auch auf die Frage ausweiten, ob das Verhältnis zwischen dem auf die Netzsparte entfallenden Anteil der Gemeinkosten und dem Anteil an Einzelkosten angemessen ist. Dies ist von Bedeutung vor dem Hintergrund, dass die Zuschlüsselung der Gemeinkosten weitestgehend dem Unternehmen überlassen wird.²⁰ Insoweit gibt die Verordnung in § 4 Abs. 4 NEntgVO-E lediglich die Einhaltung des Verursachungsprinzip vor und fordert die Nachvollziehbarkeit und Stetigkeit der Zuschlüsselung. Mit dem auf die Angemessenheit des Anteils »Gemein- und Einzelkosten« bezogenen Vergleichsverfahren wird der Regulierungsbehörde ein Mittel an die Hand gegeben, in einem ersten Schritt die besonders auffälligen »schwarzen Schafe« herauszufiltern, deren angewandte Schlüssel sie nach § 25 S. 2 NEntgVO-E auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen berechtigt ist. Insoweit sind die Unternehmen nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 NEntgVO-E verpflichtet, diese

Schlüssel mitzuteilen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. In einem dritten Schritt kann die Regulierungsbehörde gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 NEntgVO-E im Rahmen der Durchführung des Vergleichsverfahrens Entscheidungen über eine möglichst einheitliche Handhabung von Gemeinkostenzuschlüsselungen nach § 25 NEntgVO-E treffen. Unabhängig davon stellt sich in der Elektrizitätswirtschaft grundsätzlich die Frage, ob die Anwendung eines Vergleichsverfahrens überhaupt Aussagekraft hat, wenn auf Grund der Zersplitterungen in viele kleine Netzmonopole nur ein Vergleich monopolistischer Anbieter möglich ist. § 22 NEntgVO-E sieht ein Vergleichsverfahren vor, das auf dem Vergleich von Netzbetreibern basiert, die alle nicht dem Wettbewerb ausgesetzt waren und damit regelmäßig keine effiziente Strukturen verwirklichen. Der Monopolvergleich begründet keine »effiziente« Kontrolle. Soll eine wettbewerbsanaloge Kontrolle erfolgen, dürfen europäische Verhältnisse als Korrektiv nicht außen vor gelassen werden. Effizienzfördernd könnte es sich ebenfalls auswirken, wenn die Strukturmerkmale nicht in § 22 ff. NEntgVO-E festgelegt würden. Es besteht die Gefahr, dass Strukturmerkmale in der Verordnung festgeschrieben werden, die auf Grund interessenpolitischer Einflussnahme möglicherweise keine wettbewerbsanaloge belastbaren Kostentreiber hervorrufen. Die Strukturmerkmale sollten daher nicht dauerhaft in der Verordnung fixiert werden. Effizienzinduzierende Marktdynamik lässt sich nicht in starren Konditionalschaltungen von Tatbestand und Rechtsfolge einfangen; hier ist auf administrativer Ebene der Regulierer gefordert. Angesichts ihres Know-Hows und der regulatorischen Erfahrungen wäre es vielmehr Aufgabe der Regulierungsbehörde, das Vergleichskonzept flexibel anzupassen und auszuarbeiten. Vorbild ist diesbezüglich der neue Telekommunikationsrechtsrahmen, mit dem es gelungen ist, die Regulierung auf die jeweils konkret auftretenden wettbewerblichen Probleme des regulierten Marktes abzustimmen und zu aktualisieren.²¹ Eine Vorabfixierung durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber findet dort nicht mehr statt. Statt dessen wird die institutionelle Ausgestaltung durch die Regulierungsbehörde in den Vordergrund gerückt. Das Regulierungsverfahren ist danach kein bloßer Verwaltungsvollzug von Gesetzen mehr, sondern ein komplexer Prozess, der Elemente der Normkonkretisierung mit solchen der Normsetzung verbindet.

b) Veröffentlichungspflichten

Der NEntgVO-E sieht in § 27 Abs. 1 NEntgVO-E eine Veröffentlichung sämtlicher geltender Netznutzungsentgelte im

19 Ein Arbeitsentwurf der NEntgVO in der Fassung v. 20. 4. 2004 erläuterte den Begriff »energiewirtschaftlich rationelle Betriebsführung« überhaupt nicht. Allerdings enthielt diese Fassung den Hinweis, dass »Kosten nur in einem Umfang geltend gemacht werden können, der sich im Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit einstellen würde«. Diese Formulierung entsprach exakt der Verbändevereinbarung.

20 S. zu der Problematik der Gemeinkostenzuschlüsselung und der Entstehung von Quersubventionierungspotenzialen Fn. 6.

21 Vgl. dazu Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 77.

Internet vor. Zusätzlich sollen diese Informationen jedermann auf Anfrage mitzuteilen sein. Aus § 27 Abs. 2 NEntgVO-E ergibt sich die Pflicht der Versorgungsnetzbetreiber, jeweils zum 1. April des Jahres die aufgeführten Strukturmerkmale im Internet zu veröffentlichen. Damit legt die Verordnung dem Netzbetreiber weitgehende Veröffentlichungspflichten auf. Der Effekt dieser Pflichten erschöpft sich jedoch nicht in der Transparenz der Kalkulation.²² Vielmehr stellt die Veröffentlichung dieser Informationen ein bedeutendes Anreizhilfsmittel zu effizientem Wirtschaften dar. Auch die Dokumentation, vorgesehen in § 28 NEntgVO-E, stellt eine solche Maßnahme mit diesem wichtigen Nebeneffekt dar. Der Bericht gem. § 28 NEntgVO-E umfasst neben der Darstellung, wie die Netznutzungsentgelte ermittelt werden, eine Offenlegung der Kosten- und Erlöslage und eine vollständige Darstellung der Entgeltermittlung. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang auch die Dokumentation der Methode der Zuschlüsselung der Gemeinkosten nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 4 S. 3 NEntgVO-E, insbesondere um subtile Quersubventionseffekte aufzudecken. Dieser Bericht muss 40 Jahre lang aufbewahrt werden. Aus dem Wortlaut der Norm geht nicht eindeutig hervor, wem der Bericht außer der Regulierungsbehörde zur Vorlage dient. Zu einem wesentlichen Fortschritt käme es nämlich erst bei einer Dokumentation über die Preisbildung, die auch einer breiteren Öffentlichkeit, beispielsweise dem VIK oder den Verbraucherverbänden zugänglich gemacht würde. Doch die heilige Kuh der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse steht dem wohl dauerhaft entgegen.

V. Fazit

Der Ordnungsgeber behandelt den Effizienzkostenansatz trotz des (entwurfs-) gesetzgeberischen Auftrags im EnWG-E stiefmütterlich: In § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG-E heißt es vielversprechend, die Entgelte seien »unter Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung« zu bilden. Der NEntgVO-E bleibt weit dahinter zurück, indem er »nur« die kostenorientierte Preisbildungsmethode mit der klassischen Umsetzung der Nettosubstanzerhaltung vorsieht. Auch das Vergleichsverfahren stellt eine zu wenig wirksame Anreizinduktion dar, solange die Einbeziehung europäischer Marktverhältnisse als wettbewerbsanaloges Korrektiv nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Europäische Standards und Methoden werden jedoch auch für die deutsche Regulierung wesentliche Bedeutung haben. Um die Entgelte nachhaltig auf ein angemessenes Niveau zu bringen, ist eine dynamische Anreizregulierung von Beginn an unverzichtbar. Dabei kann auch auf eingriffsintensivere Hilfsmittel zurückgegriffen werden. Das Prinzip der Substanzerhaltung sieht in der Hinsicht keine »Schonzeit« für die Netzbetreiber vor. Der Ordnungsgeber müsste noch tiefer in die Regulierungskiste greifen, will er den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in ihrem *effet utile* Rechnung tragen.

²² Schmidt-Preuß, N&R 2004, 90 (92), geht insofern von einem »Prangereffekt« aus.