

Eberhard Bohne / Sabine Frenzel

Formale und informale Ordnung
des Zugangs zum Strommarkt



FÖV

2

Discussion Papers

Eberhard Bohne / Sabine Frenzel

Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt

FÖV 2
Discussion Papers

Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung
bei der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

2003

Der Beitrag erscheint im Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003,
Erich Schmidt Verlag

Nicht im Buchhandel erhältlich

Schutzgebühr: € 5,-

Bezug: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung
bei der Deutschen Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer
Postfach 14 09
67324 Speyer

<http://www.foev-speyer.de>

Universitätsprofessor Dr. jur. Eberhard Bohne, M.A.

Ordentliches Mitglied des
Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung

Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Politik
und Recht im Bereich von Umwelt und Energie
an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Assessorin iur. Sabine Frenzel

Forschungsreferentin im Projekt „Stromhandel und staatliche Ordnungs-
politik“ am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung

Inhaltsverzeichnis

I.	Problemstellung	1
II.	Wettbewerbsintensität	4
	1. Vergleichsmarktkonzept	6
	2. Strompreise	8
	3. Netznutzungsentgelte	9
	4. Versorgerwechsel	11
	5. Ergebnis	12
III.	Wettbewerbsfunktion und Bereiche des Stromhandels	13
	1. Allgemeine Wettbewerbsfunktion des Handels	13
	2. Wettbewerbsfunktion des Stromhandels	14
	3. Bilateraler Stromhandel und Börsenhandel	18
	a) Bilateraler Stromhandel	18
	b) Strombörsenhandel	20
	c) Verhältnis von Strombörse und bilateralem Stromhandel	22
	aa) Spotmarkt	23
	bb) Terminmarkt	24
	cc) Verhältnis von Spot- und Terminmarkt	26
IV.	Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Netznutzungshindernisse	28
	1. Netzzugangsregime	28
	a) Verhandelter Netzzugang nach § 6 EnWG	28
	b) Verbändevereinbarungen	29
	c) Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 EnWG .	31
	2. Nutzungshindernisse	33
	a) Ablehnung des Netzzugangs	37
	b) Behinderung der Netznutzung	37
	c) Asymmetrien zwischen Netzbetreibern und Netznutzern	39
	d) Vollzugsmängel	40

VI

3. Handelshemmnisse	41
4. Ergebnis	42
V. Netznutzung zwischen privatwirtschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Regulierung	43
1. Meinungsstand	43
a) Begründungen für den verhandelten Netzzugang	44
b) Begründungen für den regulierten Netzzugang	47
2. Steuerungsprämissen	50
a) Marktwirtschaft, Eigenverantwortung, Selbstregulierung	50
b) Tauschdominanz	52
c) Hierarchiedominanz	54
3. Theoretische Grundlagen	55
a) Kausalitätsfragen	55
b) Regulierungstheoretische Ansätze	56
c) Theoriedefizite	58
VI. Netzzugangsmodelle aus der Sicht des organisations- und systemtheoretischen Rechtsstaatskonzepts	62
1. Ausgangslage	62
2. Formale und informale Merkmale der Netzzugangsmodelle	65
a) Begriffsbestimmung „formal – informal“	65
b) Modellmerkmale	68
3. Rechtlich strukturierte Interaktionssysteme	70
a) Grundgedanke	70
b) Rechtsstaat	73
c) Netzverbundsystem	75
4. Vergleich von Effektivität und Funktionalität der Netzzugangsmodelle	77
a) Effektivität der Zielerreichung	78
b) Bestandserhaltung	79
c) Integration	80
d) Umweltanpassung	81

e) Ressourceneffizienz	83
f) Ergebnis	83
5. Folgerungen für die Fortentwicklung des verhandelten Netzzugangs	84
a) Aufgabe	84
b) Fortentwicklung der Verbändevereinbarung	85
c) Gesetzliche Grundlagen für Ex-ante-Regulierungen ...	87
d) Beleihung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens mit der Aufgabe der Ex-ante-Regulierung	87
aa) Vorbild DAU	88
bb) GmbH für Netzregulierungen	89

I. Problemstellung

Seit der Liberalisierung der monopolistisch geprägten Stromwirtschaft in Deutschland im Jahr 1998 sind fünf Jahre vergangen. In diesem Zeitraum hat es einen dynamischen Veränderungsprozess gegeben. Die Erwartungen an die Liberalisierung des Strommarktes gingen dahin, dass die Energieversorgungsunternehmen (EVU) unter dem Druck des Wettbewerbs kosteneffizienter arbeiten und zur Senkung der Strompreise gezwungen würden. Die Umsetzung der Stromrichtlinie¹ im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)² sowie die Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)³ führten rechtlich zu einer vollständigen Marktöffnung. Industrie- und Haushaltskunden haben seit diesem Zeitpunkt die rechtliche Möglichkeit, ihren Stromlieferanten frei zu wählen. Die Netzbetreiber sind verpflichtet, den Zugang Dritter zu den Stromnetzen diskriminierungsfrei zu gewährleisten. Regelungen zum „Ob“ der Netznutzung wurden in § 6 EnWG getroffen. Hier entschied sich Deutschland als einziger EU-Mitgliedsstaat für den verhandelten Netzzugang. Die Ausgestaltung der Netznutzung, insbesondere technische, wirtschaftliche und rechtliche Voraussetzungen sowie die Höhe der Netznutzungsentgelte bzw. Preisfindungsprinzipien, erfolgte nicht mittels einer Rechtsverordnung, sondern durch eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung der betroffenen Wirtschaftsverbände. Energieversorgungsunternehmen, die oftmals vertikal oder in einem Querverbund integriert waren, haben sich umstrukturieren müssen, Fusionen oder Kooperationen der EVU sind seitdem an der Tagesordnung. Darüber hinaus traten neue Marktteilnehmer, insbe-

-
- 1 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 27/20 vom 30. Januar 1997.
 - 2 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730) in der Fassung der Änderung vom 10. November 2001 (BGBl. I S. 2992).
 - 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, neugefasst durch Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert am 2. September 2002 (BGBl. I S. 3448, 3670).

sondere Stromhändler, auf den Strommarkt. Diese Entwicklung wurde auch durch die Einrichtung einer Strombörse in Leipzig begünstigt.⁴

Die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts von 1998 hat zweifelsohne Bewegung in den Strommarkt gebracht. Umstritten ist jedoch, ob diese Bewegung Ausdruck eines wirksamen brancheninternen Wettbewerbs im Strommarkt ist oder nur ein kurzes Strohfeuer war, das vor allem die Marktmacht einiger großer EVU gestärkt und regionale monopolistische durch überregionale oligopolistische Strukturen ersetzt hat, während für private Haushalte und gewerbliche Kleinkunden weitgehend alles beim Alten bleibt.

Vertreter der Energiewirtschaft sind der Auffassung, dass „der deutsche Weg der Selbstregulierung mit den periodisch angepassten Verbändevereinbarungen und der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht“ im Strommarkt europaweit „die höchste Wettbewerbsintensität“ ausgelöst habe⁵ und eine „Erfolgsstory“⁶ darstelle. Etwas zurückhaltender, aber gleichfalls überzeugt von der Richtigkeit des eingeschlagenen Weges meinte der frühere Bundeswirtschaftsminister, man arbeite daran, dass die Liberalisierung des Strommarktes „eine Erfolgsgeschichte mit Happy End“ werde.⁷

Demgegenüber betrachtet die Monopolkommission⁸ im 14. Hauptgutachten 2000/2001 „die Entwicklung der Energiemärkte mit großer Sorge. Sie sieht ein erhebliches Risiko darin, dass die Anfangserfolge der Liberalisierung durch aktuelle Entwicklungen zunichte gemacht werden.“ Die Monopolkommission kommt zu der Einschätzung: „Undurchsichtigkeit der Märkte, das Fehlen der für die Durchsetzung von Wettbewerbspreisen erforderlichen Information und Regulierungsge-

4 Die gleichzeitig in Frankfurt errichtete Strombörse hat inzwischen mit der Leipziger Strombörse fusioniert.

5 So der Hauptgeschäftsführer des VDEW *Eberhard Meller*, Was hat die Liberalisierung bisher gebracht?, ew 2001, S. 26-29, 28/29.

6 *Rüdiger Winkler*, Verbändevereinbarung II plus – der bessere Weg, ew 2002, S. 28 (ehemaliger Bereichsleiter Netze beim VDEW).

7 *Werner Müller*, Gegenwärtige energiepolitische Situation und Strategien für die Zukunft, Rede am 11.10.2001 in Augsburg, <http://www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Reden%20%26%20Statements/2001/1A11rede1.jsp>.

8 Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, 14. Hauptgutachten 2000/2001, 2002, BT-Drs. 14/9903, Rdnr. 77.

walt sowie horizontale und vertikale Integration können zurück zum alten deutschen Gleichgewicht führen – sicher, aber sehr teuer.“⁹ Daher hält sie ein Abgehen von dem gegenwärtig praktizierten Ansatz des verhandelten Netzzugangs für geboten und schlägt das Modell einer Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs vor.¹⁰ In dieselbe Richtung zielt der geänderte Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission vom 7.6.2002 zur Novellierung der Strom- und Gasrichtlinien,¹¹ bei dessen Inkrafttreten Deutschland sein bisheriges Modell des verhandelten Netzzugangs aufgeben müsste. Zur Begründung wird u. a. auf schwerwiegende Mängel und weitreichende Möglichkeiten zur Verbesserung der Funktionsweise der Märkte verwiesen, z. B. durch Sicherstellung nichtdiskriminierender Übertragungs- bzw. Fernleitungs- und Verteilungstarife, durch einen Netzzugang auf der Grundlage von Tarifen, die vor ihrem Inkrafttreten veröffentlicht werden.¹²

Streitig und Gegenstand der folgenden Untersuchung sind also die Wettbewerbssituation im Strommarkt sowie die Eignung des bestehenden verhandelten Netzzugangs nebst Verbändevereinbarung im Vergleich zum geregelten Netzzugang, einen wirksamen Wettbewerb im Strommarkt zu gewährleisten. Die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den Leitungsnetzen ist gleichbedeutend mit dem Zugang zum Strommarkt und damit der ungehinderten Teilnahme am Wettbewerb.¹³

Zur Beurteilung der ersten Frage soll die Wettbewerbsintensität im Strommarkt anhand der Indikatoren Strompreise, Netznutzungsentgelte und Wechselhäufigkeit der Stromkunden untersucht werden. Da es zur Bewertung der Wettbewerbsintensität keine allgemein anerkannten Maßstäbe gibt, insbesondere das üblicherweise herangezogene Vergleichsmarktkonzept bei natürlichen Monopolen wie den Leitungsnet-

9 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 78.

10 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 772.

11 Europäische Kommission, Geänderter 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 vom 7. Juni 2002, KOM (2002) 304 endg., ABl. 2002 C 227E/393, http://europa.eu.int/comm/energy/en/internal-market/2002-06-14/regl10_de.pdf.

12 Europäische Kommission, (Fn. 11), 2. Erwägungsgrund.

13 Dies ergibt sich aus der Leitungsgebundenheit und Nicht-Speicherbarkeit des Stroms.

zen umstritten ist, soll zur Beurteilung der Wettbewerbswirksamkeit im Strommarkt auch die Lage der Stromhändler untersucht werden. Der Stromhandel besitzt, wie noch darzulegen ist, im Strommarkt eine entscheidende Wettbewerbsfunktion. Händler können daher – um eine Metapher aus dem Umweltschutz heranzuziehen – als eine Art „Bioindikatoren“ des Wettbewerbs betrachtet werden. Ähnlich wie ein dichter Forellenbestand ein sauberes Gewässer anzeigt, deutet ein unbehinderter Stromhandel auf einen funktionierenden Wettbewerb hin. Oder umgekehrt: Funktioniert der Stromhandel nicht, dürfte es auch mit dem Wettbewerb im Strommarkt nicht weit her sein.

Abschließend werden die zentrale Streitfrage nach der Wettbewerbswirksamkeit des verhandelten und geregelten Netzzugangs aus organisationstheoretischer Sicht beurteilt und praktische Folgerungen aufgezeigt, die sich aus dieser Beurteilung ergeben. Grundlage hierfür ist ein Vergleich von Effektivität und Funktionalität der zur Debatte stehenden Netzzugangsmodelle anhand von Konzepten der Theorie der formalen und informalen Organisation. Denn es überrascht, dass die laufende Regulierungsdiskussion weitgehend ohne verwaltungswissenschaftliche Begründungen, insbesondere organisationstheoretischer Art, geführt wird. Immerhin geht es doch bei der Regulierungsproblematik in erster Linie um Organisationsfragen. Es überwiegen in der Diskussion Einzelimpressionen und appellative Argumentationen, die meist indirekt an die beruflichen Erfahrungen des jeweiligen Autors anknüpfen. Insgesamt sind die Begründungen für den verhandelten und geregelten Netzzugang eher instinkt- als theoriegeleitet.

II. Wettbewerbsintensität

Seit 1998 gibt es in Deutschland einen Strukturwandel in der Stromwirtschaft. Die Bemühungen der Stromwirtschaft, einen funktionsfähigen Wettbewerb im Strommarkt zu schaffen, haben allerdings nicht alle Erwartungen erfüllt. Die Europäische Kommission¹⁴ attestiert Deutschland Fortschritte in der Wettbewerbsintensität, jedoch funktionieren einige Bereiche nach Auffassung der Kommission noch nicht

14 Europäische Kommission, Zweiter Benchmarkingbericht über die Vollendung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes vom 1. Oktober 2002, http://europa.eu.int/comm/energy/en/gas_single_market/2benchmarking/sec_2002_1038_de.pdf .

zufriedenstellend. Dies zeige sich vor allem an überdurchschnittlich hohen Netznutzungsentgelten und an der insgesamt unzureichenden organisatorisch – verwaltungsmäßigen Trennung des Netzbetriebs von den Geschäftsbereichen der Stromerzeugung und des Stromvertriebs in vertikal integrierten Unternehmen (Entflechtung), die in Art. 13-15 der Stromrichtlinie vorgegeben werden.¹⁵

Die Feststellung, dass in Deutschland überhöhte Netznutzungsentgelte gezahlt werden müssen oder dass eine geringere Wettbewerbsintensität vorhanden sei, wurde anhand eines Vergleiches unter den Mitgliedstaaten getroffen. Dafür wurde entsprechendes Datenmaterial benötigt. Die Vergleichsdaten der Kommission im zweiten Benchmarkingbericht basieren insoweit auf Informationen durch Befragungen der Regulierungsbehörden, Regierungen der Mitgliedstaaten und der Branchenbeteiligten.¹⁶

Allerdings wird einem solchen Vergleich der EU-Strommärkte oft entgegengehalten, dass diese Märkte strukturelle Unterschiede aufweisen würden, so dass die Preise nicht ohne weiteres vergleichbar seien. So wirkt sich bspw. schon die Subventionierung eines bestimmten Primärenergieträgers oder einer bestimmten Art der Stromerzeugung indirekt auf die Preise aus. Probleme ergeben sich auch bei einem Vergleich von Monopolen, wie es beim Netzmonopol der Fall ist, da hier nur ein wettbewerblich geringer Einfluss auf die Preise gegeben ist.¹⁷ Zudem besteht auf internationaler Ebene die Gefahr, dass nicht Wettbewerbspreise, sondern regulierte Preise miteinander verglichen werden bzw. dass unterschiedliche Kosten für die Berechnung der Preise eingestellt werden.¹⁸

Das Bundeskartellamt verwendet bei einem Vergleich der Entgelte verschiedener Netzbetreiber primär das Vergleichsmarktkonzept an. Gleiches erfolgt, wenn -wie im Fall Deutschland- der Verdacht besteht, dass das Preisniveau insgesamt zu hoch ist.¹⁹

15 Europäische Kommission, (Fn. 14), S. 4.

16 Europäische Kommission, (Fn. 14), S. 9.

17 Vgl. Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr: 389.

18 Vgl. Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 741.

19 Vgl. Bundeskartellamt, Marktöffnung und Gewährleistung von Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7. Oktober 2002, <http://www.bundeskartellamt.de/ProfTag02.pdf>, S. 32 f.

1. Vergleichsmarktkonzept

Nach dem Vergleichsmarktkonzept gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen von einem marktbeherrschenden Unternehmen gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich auf einem Markt mit wirksamen Wettbewerb ergeben würden. Nach dieser „Als-Ob-Methode“ sollen Preisunterschiede dann auf einen Missbrauch hinweisen, wenn keine signifikanten strukturellen Unterschiede die Preisunterschiede rechtfertigen.²⁰

Übertragen auf die Überprüfung der Netznutzungsentgelte wäre daher als Vergleichsmaßstab ein Markt mit wirksamen Wettbewerb erforderlich. Allerdings ist ein solcher Markt aufgrund der Eigenschaft der Stromnetze als natürliche Monopole nicht vorhanden, insoweit kann allenfalls ein Vergleich unter den regionalen oder lokalen Monopolen erfolgen.

Regional monopolistisch strukturierte Netzbetreiber können miteinander verglichen werden, sofern Kriterien vorhanden sind, die die Vergleichbarkeit dieser Monopole ermöglichen. Diese sind durch die VV II plus mittels Strukturklassen geschaffen worden.²¹ Das soll ein „erstes Vorsortieren“ ermöglichen, so dass innerhalb einer Strukturklasse die Netznutzungsentgelte der Netzbetreiber hinsichtlich ihrer Angemessenheit verglichen werden können.²² Eine besondere Rechtfertigung ist nun dann erforderlich, wenn das Entgelt außerhalb einer Streubreite von höchstens 30% über den in der Strukturklasse erfassten Entgelten liegt.²³

Die Netzbetreiber werden insoweit je Spannungsebene nach der Einwohner- bzw. nach der Abnahmedichte, nach dem Verkabelungs-

20 Vgl. Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 388 f.

21 BDI e. V., VIK e. V., VDEW e. V., VDN e. V., ARE e. V., VKU e. V., Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. Dezember 2001, BAnz. Nr. 85 b vom 8.5.2002; zugänglich im Internet: http://www.vik-online.de/aktuell/verbaendevereinbarungen/download/pdf/vv2+/VV_II_plus_Komplett.pdf, Anlage 3.

22 Siehe hierzu *Hans Roman*, Netznutzungsentgelte Strom in Deutschland, ew 2002, S. 62.

23 Vgl. Anlage 3 zur VV II plus, (Fn. 21), S. 10.

grad sowie nach dem Strukturmerkmal Ost/West eingeteilt. Für die Niederspannung erfolgt die Abgrenzung innerhalb der Strukturklasse „Einwohnerdichte“ nach „niedrig“ (weniger als 2500 Einwohnern/km²) und „hoch“ (mehr als 3500 Einwohner/km²). Ähnliches ergibt sich für die Mittel- und Hochspannung, nur wird hier zur Abgrenzung nicht die Anzahl der Einwohner sondern die Abnahmedichte herangezogen, da sich diese Netze in der Regel über das gesamte Gebiet des Netzbetreibers erstrecken.²⁴ Für die Mittelspannung ergibt sich bspw. eine Einteilung nach einer „niedrigen“ (weniger als 500 MWh/km²) und einer „hohen“ Abnahme (mehr als 1700 MWh/km²).

Der Verkabelungsgrad betrifft je Spannungsebene den prozentualen Anteil der Kabellänge zur Gesamtlänge aller Leitungen. Damit sollen Aufwendungen für die Netze berücksichtigt werden.²⁵ Schließlich liegt die Schaffung des Strukturmerkmals „Ost/West“ darin begründet, dass gerade in den neuen Bundesländern durch den wirtschaftlichen Zusammenbruch weniger Energie nachgefragt wird, dafür aber bspw. höhere Kapitalkosten wegen notwendiger Investitionen erforderlich sind.²⁶ Insgesamt ergeben sich nach der Verbändevereinbarung 18 Strukturvarianten, nach denen ein Netzbetreiber zugeordnet werden kann.

Für die Durchführung eines Vergleiches der EU-Strommärkte und zur Widerlegung der o. g. Argumente müssten im Grunde ebenfalls Kriterien geschaffen werden, ähnlich wie es bei der VV II plus getan wurde, um den strukturellen Unterschieden im Netzbereich gerecht zu werden. Allerdings fehlt es auf europäischer Ebene bisher daran, ebenso mangelt es an entsprechenden Daten. Der Benchmarkingbericht bietet für einen Vergleich die noch geeignetste Grundlage. Die Europäische Kommission ist sich der Problematik durchaus bewusst und bemerkt, dass „große Anstrengungen unternommen [wurden], um die Einheitlichkeit der Berechnungen“ der Netznutzungsentgelte sicherzustellen.²⁷

24 *Roman*, (Fn. 22), S. 63.

25 *Roman*, (Fn. 22), S. 63.

26 *Roman*, (Fn. 22), S. 63.

27 Europäische Kommission, (Fn. 14), Anhang 2.

2. Strompreise

Tabelle 1 zeigt – differenziert nach Kundengruppe – die durchschnittlichen Strompreise in Deutschland in den Monaten Januar 1999 bzw. Januar 2002 im Vergleich zur Bandbreite der durchschnittlichen EU-Strompreise sowie zum Gesamtdurchschnitt in der EU.

Strompreise sind als Wettbewerbsindikator deshalb von Bedeutung, weil sie infolge des Wettbewerbs sinken sollen, der durch die Marktöffnung und das Aufbrechen der regionalen Gebietsmonopole ermöglicht wird. Überhöhte Strompreise kennzeichnen daher einen unzureichenden Wettbewerb, da sich im funktionierenden Wettbewerb der jeweils günstigste Anbieter durchsetzt,²⁸ wobei Preise jeweils dann als überhöht angesehen werden können, wenn auf vergleichbaren Märkten niedrigere Preise herrschen.

Tabelle 1: Durchschnittliche Einzelhandelsstrompreise (ohne Berücksichtigung von Steuern) im Januar 1999 und Januar 2002

Kundengruppe ^{a)}	Durchschnittliche Strompreise in Deutschland (€/MWh)		Bandbreite durchschnittlicher Strompreise in EU-Mitgliedstaaten (€/MWh, Maximum-Minimum)		Gesamtdurchschnitt der Strompreise in EU (€/MWh)	
	1999	2002	1999	2002	1999	2002
Großverbraucher	63	53	63 (DE) – 28 (SW)	71 (IT) – 26 (SW)	48	48
Kleine Unternehmen	162	131	162 (DE, AT) – 53 (DK)	131 (DE) – 36 (SW)	103	93
Haushaltskunden	128	126	157 (IT) – 62 (GR)	139 (IT) – 58 (GR)	95	96

a) Kundengruppen sind in diesem Zusammenhang Großverbraucher (Jahresverbrauch von ca. 24000 MWh), kleine Unternehmen (Jahresverbrauch von ca. 50 MWh) und Haushalte (Jahresverbrauch ca. 3,5 MWh).

Quelle: Europäische Kommission, (Fn. 14), S. 6; Anhang 6.

28 Vgl. Ingo Schmidt, Wettbewerb und Kartellrecht, 7. Aufl., 2001, S. 62 f.

In Deutschland sind die Strompreise seit der Liberalisierung für alle Kundengruppen gefallen.²⁹ Für Großverbraucher fielen sie seit Januar 1999 um ca. 16 %, für kleine Unternehmen sogar um ca. 19 %. Dagegen ist der Preis für Haushaltskunden im Durchschnitt nur um gut 1 % gefallen. Zudem waren und sind diese Strompreise, verglichen mit anderen Mitgliedstaaten, auch auf einem hohen Niveau. Bei Haushaltskunden sind die Preise in Deutschland – nach Italien – die höchsten in der Europäischen Union. In der Kundengruppe „Kleine Unternehmen“ steht Deutschland sogar an der Spitze, während die Preise für Großverbraucher im oberen Drittel, in jedem Fall aber über EU-Durchschnitt liegen.³⁰

Trotz der oben beschriebenen Probleme hinsichtlich der Vergleichbarkeit weisen die Strompreise so große Diskrepanzen auf, dass der Rückschluss auf überhöhte Preise mangels wirksamen Wettbewerbs in Deutschland plausibel erscheint.

3. Netznutzungsentgelte

Tabelle 2 zeigt die durchschnittlichen Netznutzungsentgelte in Deutschland für 2002, im Vergleich dazu die Bandbreite der durchschnittlichen Netznutzungsentgelte in den EU-Mitgliedstaaten sowie den Gesamtdurchschnitt der Netznutzungsentgelte in der EU.

Überhöhte Netznutzungsentgelte sind ein Indikator für Wettbewerbsmängel, weil diese den Marktzutritt erschweren oder gar verhindern können. Denn dadurch verringert sich bei Anbietern, insbesondere bei unabhängigen Stromhändlern, die Wettbewerbsfähigkeit, weil sie diese zusätzlichen Kosten nicht intern abwälzen können, wie es bei vertikal integrierten Unternehmen möglich ist. Eine Weitergabe der erhöhten Netznutzungsentgelte an Kunden könnte zudem die Nachfrage bei diesem Anbieter verringern, wenn, z. B. vertikal integrierte Unternehmen, den Strom aufgrund von Quersubventionierung³¹ günstiger

29 Europäische Kommission, (Fn. 14), S. 6.

30 Europäische Kommission, (Fn. 14), Anhang 6.

31 Quersubventionierung bedeutet hier, dass Gewinne aus der Netzsparte (durch überhöhte Netznutzungsentgelte) zur Abdeckung von Verlusten in anderen Funktionsbereichen genutzt werden. Diese können sich z. B. daraus ergeben, dass der Strompreis unter den Erzeugungskosten liegt, um langfristig Endkunden zu binden. Transparenz und Entflechtung zwingen vertikal in-

anbieten können. Überhöhte Netznutzungsentgelte sind zumeist Ergebnis mangelnder Transparenz oder unzureichender Entflechtung.

Tabelle 2: Durchschnittliche Netznutzungsentgelte in Deutschland im Jahr 2002³²

Spannungsebene	Durchschnittliche Netznutzungsentgelte ^{c)} in Deutschland (€/MWh)	Bandbreite durchschnittlicher Netznutzungsentgelte in EU-Mitgliedstaaten (€/MWh, Maximum-Minimum)	Gesamtdurchschnitt ^{d)} der Netznutzungsentgelte in der EU (€/MWh)
Mittelspannung ^{a)}	25	25 (DE) – 10 (IR, IT, NL, SW)	15
Niederspannung ^{b)}	55	65 (AT) – 25 (DK)	43

- a) Als Mittelspannung gilt die Netzebene mit 15 – 50 KV.
 b) Als Niederspannung gilt die Netzebene mit < 0,4 KV.
 c) Preise ohne Berücksichtigung von Steuern und Kosten wegen des Einsatzes erneuerbarer Energiequellen/Kraft-Wärme-Kopplung. Messkosten, Verluste und Systemdienstleistungen wurden, wenn möglich, berücksichtigt.
 d) eigene Berechnung

Quelle: Europäische Kommission, (Fn. 14), Anhang 2.

Die Netznutzungsentgelte sind, verglichen mit anderen EU-Mitgliedstaaten, in Deutschland überdurchschnittlich hoch. So liegen die Netznutzungsentgelte für den Niederspannungsbereich in Deutschland bei durchschnittlich 55 € / MWh – wobei zwischen deutschen Netzbetrei-

tegierte Unternehmen, d. h. Unternehmen, die mindestens zwei Funktionen – Erzeugung, Übertragung, Verteilung – wahrnehmen, vgl. Art. 2 Nr. 18 Stromrichtlinie, sich in jedem Funktionsbereich wettbewerblich zu verhalten.

- 32 Die Daten im ersten Benchmarkingbericht der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001 sind mit diesen Daten nicht ohne weiteres vergleichbar, vgl. Europäische Kommission, Erster Benchmarkingbericht über die Verwirklichung des Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes vom 3. Dezember 2001, in der aktualisierten Fassung vom März 2002, http://europa.eu.int/comm/energy/en/internal-market/library/reports/report-amended_de.pdf, Anhang 2.

bern Unterschiede bis zu 114 %³³ existieren – in anderen Mitgliedstaaten bei durchschnittlich 25-50 € / MWh. Lediglich Österreich hat hier mit durchschnittlich 65 € / MWh höhere Netznutzungsentgelte vorzuweisen.

Im Mittelspannungsbereich betragen in Deutschland die Netznutzungsentgelte im Durchschnitt 25 € / MWh, während in anderen Mitgliedstaaten durchschnittlich 10-15 € / MWh (in Österreich und Luxemburg ca. 20 € / MWh) verlangt werden. Dieses Bild bestätigt auch eine Analyse des Bundeswirtschaftsministeriums³⁴ sowie ein Preisvergleich in Deutschland durch den VIK. Danach verlangten ca. 60 % der untersuchten Netzbetreiber höhere Netznutzungspreise im Mittelspannungsnetz, als es die Richtwerte der VV II plus vorsehen. Besonders unbefriedigend sei laut VIK zudem, dass einige Netzbetreiber erst auf Druck der Kartellbehörden bereit seien, ihre Netznutzungspreise zu senken.³⁵

4. Versorgerwechsel

Als letzter Indikator dienen Schätzungen zum Versorgerwechsel für alle Kundengruppen in den Jahren von 1998 bis 2001. Versorgerwechsel bzw. Neuverhandlungen mit dem bisherigen Versorger sind ein Ausdruck der Kundensouveränität, denn sie weisen darauf hin, ob auf der Anbieterseite ausreichend Wahlmöglichkeiten für Kunden vorhanden sind. Ist der Versorgerwechsel beeinträchtigt, weil bspw. den Kunden nicht genügend Informationen über Anbieter und Preise zur Verfügung stehen oder weil zusätzliche Entgelte für den Wechsel verlangt werden, kann dies dazu führen, dass Preise und Konditionen nicht mehr einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.

33 VIK e.V., VIK-Jahrespressekonferenz 2002,
<http://www.vik-online.de/aktuell/pressemitteilungen/pm021106.htm>

34 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA), Task Force Netzzugang – Netznutzungsentgelte Strom,
<http://www.bmwi.de/Homepage/Politikfelder/Energiepolitik/Liberalisierung/Netznutzungsentgelte.jsp> .

35 VIK e.V., VIK-Preisvergleich Stromnetznutzung I-2002,
<http://www.vik-online.de/aktuell/pressemitteilungen/pm020521.htm> .

Tabelle 3: Schätzungen zum Versorgerwechsel in Deutschland 1998 – 2001

Kundengruppe	Versorgerwechsel	Neuverhandlungen
Großverbraucher ^{a)}	20 – 30 %	> 50 %
Kleine Unternehmen und Haushaltskunden ^{b)}	5 – 10 %	10 – 20 %

- a) Zum Wettbewerb zugelassenen industriellen Großverbraucher mit einem Jahresverbrauch von 24000 MWh.
- b) Kleine Unternehmen mit einem Jahresverbrauch von 50 MWh und Haushaltskunden mit einem Jahresverbrauch von 3,5 MWh.

Quelle: Europäische Kommission, (Fn. 14), S. 7.

Hinsichtlich des Lieferantenwechsels bzw. der Anzahl der Kunden, die ihren Vertrag mit dem bisherigen Lieferanten neu – und damit zu günstigeren Bedingungen – ausgehandelt haben, sind bei allen Mitgliedstaaten noch Entwicklungspotentiale vorhanden. Allerdings ist ein Vergleich zwischen den EU-Mitgliedstaaten, insbesondere im Kleinkundenbereich, schwierig, da diese Daten einerseits auf Umfrageergebnissen beruhen und nicht für alle Mitgliedstaaten festgestellt werden konnten, andererseits nicht alle Mitgliedstaaten ihren Strommarkt vollständig geöffnet haben.

In Deutschland liegt die Quote für Großverbraucher beim Lieferantenwechsel zwischen 20 – 30 %, hinsichtlich der Neuverhandlungen bei über 50 %. Im Bereich der Haushaltskunden und gewerblichen Kleinverbraucher liegt die Wechselquote bei 5-10 %, Neuverhandlungen haben ca. 10-20 % der Kunden geführt. Damit ist hier, insbesondere im Jahr 2001, ein Anstieg des Versorgerwechsels (von zuvor weniger als 5 %³⁶) zu verzeichnen.

5. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass zwar seit 1998 Bewegung in den deutschen Strommarkt gekommen ist. Insgesamt gesehen sind aber die bisherigen Veränderungen noch nicht ausreichend. Die noch immer recht hohen Einzelhandelsstrompreise deuten darauf hin,

36 Europäische Kommission, (Fn. 32), S. 25.

dass allein eine rechtlich vollständige Marktöffnung kein Garant für einen funktionsfähigen Wettbewerb ist. Auch bewirkt die – vor allem im Haushaltskundenbereich – geringe Wechselbereitschaft, dass für die meisten Energieversorger noch kein Preisdruck entsteht. Weiterhin sind Höhe und Spannbreite der Netznutzungsentgelte noch unbefriedigend. Inzwischen wurden Anstrengungen unternommen, die Netze nach Strukturklassen zu unterteilen und damit besser vergleichbar zu machen. Die Unterschiede beruhen aber im Wesentlichen auch darauf, dass bisher keine Vorgaben, auch nicht durch die VV II plus, hinsichtlich der einzustellenden Kosten für die Berechnung der Netznutzungsentgelte existieren. Damit herrscht zwar Preistransparenz, weil die Netznutzungsentgelte im Internet veröffentlicht werden,³⁷ jedoch keine Kostentransparenz. Auch Kartellbehörden können die Kosten nicht ohne Weiteres kontrollieren.³⁸

III. Wettbewerbsfunktion und Bereiche des Stromhandels

Der quantitative Vergleich bietet für sich allein keine ausreichende Grundlage zur Beurteilung der Wettbewerbsintensität, denn es fehlt auf europäischer Ebene an allgemein akzeptierten Vergleichskriterien. Als weiteres qualitatives Merkmal wird daher die Situation der Stromhändler beleuchtet, da sie – wie kein anderer Akteur im Strommarkt – einen Indikator für einen vorhandenen Wettbewerb bilden. Denn Stromhändler werden von Behinderungen im Markt am empfindlichsten getroffen.

1. Allgemeine Wettbewerbsfunktion des Handels

Der Handel hat im Wettbewerb verschiedene Funktionen³⁹. Zunächst stellt er die physische Verbindung zwischen der Erzeugung eines Gu-

37 Verband der Netzbetreiber –VDN– e.V. beim VDEW, Stromnetzentgelte, http://www.vdn-berlin.de/vergleich_der_stromnetzentgelte_online.asp .

38 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 756.

39 Europäische Kommission, Grünbuch „Handel“, 1997, S. 5, 7 f.; *Günter Wöhe/Ulrich Döring*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. Aufl., 2002, S. 580 ff.; *Waldemar Wittmann* u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Teilband 1, 5. Aufl. 1993, S. 1573.

tes und seines Endverbrauchs, zwischen Angebot und Nachfrage, her. Verbraucher erhalten den Zugang zur Produktpalette, indem der Handel dafür sorgt, dass für sie die Produkte zeitlich, d. h. unabhängig vom Produktionszeitpunkt, und räumlich zur Verfügung stehen. Der Kontakt des Händlers zum Verbraucher führt zu einer Orientierung an der tatsächlichen Nachfrage. Der Informationstransfer vom Händler zum Erzeuger ermöglicht einerseits die Anpassung der Produkte an den Bedürfnissen der Endverbraucher. Auf der anderen Seite erhalten die Verbraucher Informationen über Produkte oder Wettbewerber. Das führt im Ergebnis zu einer Verringerung der Such- und Informationskosten, einer größeren Markttransparenz und damit zu einer größeren Kundensouveränität. Weitergehende Handelsfunktionen sind Kundenberatung, Serviceleistungen oder Kreditgewährung. Der Handel führt daher zur Spezialisierung und Arbeitsteilung, welche – so schon *Adam Smith*⁴⁰ – die Hauptursache des Zuwachses allgemeinen Wohlstands ist. Der Handel ist der „Motor“ des Wettbewerbs!

2. Wettbewerbsfunktion des Stromhandels

Auch der Stromhandel stellt sich als Intermediär zwischen Erzeugung und Endverbrauch dar. Dabei wird hier unter Stromhandel der physische Handel, also der Kauf und Verkauf von Strom, der nicht selbst erzeugt wurde, verstanden. Es liegt damit keine unmittelbare Lieferbeziehung zwischen Stromerzeuger und Endverbraucher vor.

Wie beim Handel mit anderen Sachgütern existieren auch im Strombereich Großhandel und Einzelhandel. Ersterer findet auf der Übertragungsnetzebene, dem 380/220 KV-Netz statt, und betrifft funktional den Einkauf großer Strommengen an der Strombörse oder beim Erzeuger und den Verkauf an große Endkunden oder über Regionalverteiler an Lokalunternehmen. Der Einzelhandel findet dagegen auf der Verteilungsnetzebene statt und betrifft den Verkauf von Strom an kleine Unternehmen, Gewerbe oder Haushaltskunden.⁴¹

40 *Adam Smith*, Vorlesungen über Rechts- und Staatswissenschaften [vermutlich aus dem Jahr 1763], 1996, S. 188; so auch *Paul A. Samuelson/William D. Nordhaus*, *Economics*, 17 th. ed., 2001, p. 31, 32.

41 Vgl. *Peter Drasdo/Jens Drillisch/Ingo Hensing/Martin Kreuzberg/Peter Kreuzberg/Alexander Nolden/Jens Perner/Christoph Riechmann/Walter Schulz*

Eine der wichtigsten Funktionen des Handels ist die physische Distribution, d. h. die Bereitstellung von Strom zu dem Zeitpunkt und an dem Ort, den der Kunde wünscht. Dabei hat der Stromhändler den Vorteil, dass er im direkten Kontakt zum Kunden steht und damit Kenntnis von dessen Präferenzen und Konsumverhalten erlangt. Diese Informationen kann der Stromhändler an den Erzeuger transferieren, was wiederum Verbesserungen und Anpassungen in der Produktgestaltung ermöglicht.⁴² So wurden seit der Liberalisierung zahlreiche neue Produkte, bspw. im Bereich des „grünen“ Stroms oder speziell für Singles bzw. Familien, entwickelt. Physikalisch gesehen, gibt es natürlich keine qualitativen Unterschiede zwischen den Stromprodukten. Der Begriff „Produkt“ hat in diesem Zusammenhang die Funktion, Kundenwünsche zu befriedigen und bezeichnet Kontrakte, die je nach Bezugsmenge, Konditionen, Lieferzeiten oder Erzeugungsart unterschieden werden können. Als Produkte werden auch die Objekte⁴³ bezeichnet, die an der Börse (z. B. Futures) oder bilateral (z. B. Bandlieferungen) gehandelt werden.

Daneben bieten Händler den Kunden Informationsleistungen über Produkte, Kosten oder Wettbewerber an, wobei sie gegenüber Erzeugern den Vorteil haben, dass sie als unabhängige Berater bevorzugt werden.⁴⁴ Diese Informationsleistungen verringern die Such- und Informationskosten der Kunden und können im Vergleich zu Erzeugern oder den mit ihnen verbundenen Unternehmen zu günstigeren Angeboten führen. Gerade die Unabhängigkeit von der immer weiter fortschreitenden Konzentration in der Erzeugung sowie vom Netzbetrieb ermöglicht die Bündelung von Endverbrauchern für eine preisgünstige Strombelieferung.⁴⁵ Für die Erzeuger bieten Stromhändler den Vorteil, dass sie in der Lage sind, hohe Stromerzeugungskapazitäten auf meh-

Thomas Schuppe/Frank Starrmann, Konzentration und Wettbewerb in der Deutschen Energiewirtschaft, 1998, S. 466 f.

42 *Georg Erdmann, Welchen Handel braucht der Markt?, ME 4/2002, S. 21, 24.*

43 *Zu der Bedeutung von Futures und Bandlieferungen mehr unter III 3a und 3 bb.*

44 *Erdmann, (Fn. 42), S. 22.*

45 *Erdmann, (Fn. 42), S. 21 f.*

rere Abnehmer zu verteilen und den Abnahmebedarf der Kunden zu koordinieren.⁴⁶

Der Stromhandel ermöglicht aber nicht nur eine Verbindung zwischen Angebots- und Nachfrageseite, er führt auch verstärkt zu einem wettbewerblichen Verhalten alteingesessener Unternehmen. Letztlich kommt Wettbewerb nur dann zustande, wenn auf alle Marktteilnehmer ein Wettbewerbsdruck ausgeübt wird. Das ist dann der Fall, wenn potentielle Wettbewerber in den Markt eintreten können und somit die Zahl der Anbieter erhöhen. Der Markteintritt erfolgt aber nur dann, wenn eine Gewinnerwartung daran geknüpft wird. Diese hängt wiederum von der Höhe der Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken ab,⁴⁷ z. B. von vertikalen Bindungen etablierter Unternehmen oder von der Höhe der sog. irreversiblen Kosten, d. h. solchen Kosten, die für den Markteintritt zwingend erforderlich sind, die jedoch bei Marktaustritt in der Regel verloren sind⁴⁸.

Am ehesten ist der Markteintritt – im Gegensatz zu Erzeugern oder Netzbetreibern – für unabhängige Stromhändler⁴⁹ möglich. Stromhändler besitzen kein eigenes Stromnetz und haben auch keine Erzeugungsanlagen. Daher haben Händler kein primäres Interesse daran, eigene Erzeugungsanlagen auszulasten. Darüber hinaus dauern Planung und Bau neuer Erzeugungsanlagen bekanntlich viele Jahre. Auch der Markteintritt neuer Netzbetreiber ist eher unwahrscheinlich. Obwohl der parallele Leitungsbau rechtlich möglich ist, ist er weder wirtschafts- noch umweltpolitisch erwünscht. Netzbetreiber verfügen bei ihren Leitungsnetzen dann zwar über natürliche Monopole,⁵⁰ nichts

46 *Wolfgang Gerke/Marc Hennies/Daniel Schöffner*, Der Stromhandel, 2000, S. 25 f.

47 *Schmidt*, (Fn. 28), S. 68 f.

48 *Klaus Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl., 1999, S. 68 f.; *Schmidt*, (Fn. 28), S. 68 f.

49 Unabhängige Stromhändler besitzen keine Erzeugungsanlagen oder einen Kundenstamm aus Monopolzeiten. Diese Händler üben eine Vermittlungsfunktion aus und kaufen und verkaufen auf eigene Rechnung. Anders bei sog. Brokern, diese haben zwar dieselbe Vermittlungsfunktion wie Händler, handeln aber nicht auf eigenen Namen und Rechnung, sondern entweder auf fremden Namen und fremde Rechnung (Makler) oder als Kommissionäre auf eigenen Namen und fremde Rechnung, *Gerke et al.*, (Fn. 46), S. 26.

50 Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, 13. Hauptgutachten 1998/1999, 2000, BT-Drs. 14/4002, Rdnr. 82.

desto trotz haben sie hohe Investitionen zu tätigen. Die Investitionen für den Markteintritt sind hier für Stromhändler geringer als bei anderen Akteuren.

Schließlich sind Stromhändler nicht vorrangig an Versorgungssicherheit, Netzstabilität und –funktionalität interessiert, wie es bei Netzbetreibern der Fall ist. Sie sind vielmehr daran interessiert, Strom billig einzukaufen, um möglichst viele Kunden beliefern zu können, und ihren Gewinn zu steigern. Um dies zu erreichen, verfügen sie notwendigerweise über Informationen, die den gesamten Strommarkt abdecken. Im Gegensatz dazu sind Informationen von Vertriebsunternehmen, die gesellschaftlich oder kapitalmäßig mit Erzeugern verbunden sind, auf einen oder wenige Stromerzeuger beschränkt. Stromhändler üben damit einen Wettbewerbsdruck auf Erzeuger und auf Vertriebsunternehmen aus, sie sind ein Indikator für vorhandenen Wettbewerb. Wenn der Stromhandel funktioniert, kann davon ausgegangen werden, dass auch der Wettbewerb funktioniert, weil alle Akteure durch Stromhändler gezwungen werden, sich wettbewerbslich zu verhalten.

Auch vor der Liberalisierung wurde natürlich Strom verkauft. Allerdings war dies allgemein als Marktveranstaltung zwischen Verbundunternehmen, Großabnehmern und netzunabhängigen Erzeugern definiert, die nach bestimmten Regeln handelten. Es existierten keine unabhängigen Stromhändler.⁵¹ Im Vergleich zu der heutigen Stromhandelsfunktion waren in der Monopolwirtschaft alle Akteure an einen Erzeuger oder Verteiler vertraglich gebunden. Damit war zwar auch die physische Distribution gewährleistet, jedoch waren Informationstransfer oder Kundenberatung ohne Bedeutung, denn auch die Kunden waren an ihren Gebietsversorger gebunden. Eine Wahl des Lieferanten war nicht möglich, so dass für Erzeuger kein Wettbewerb und damit z. B. auch nicht die Notwendigkeit einer Produktpassung gegeben war. Die Funktion des – von der Erzeugung und dem Netzbetrieb unabhängigen – Stromhändlers konnte daher erst mit der Trennung von Netznutzung und Stromlieferung entstehen. Der Stromhandel entwickelte sich dabei in zwei Richtungen, dem bilateralen Stromhandel

51 *Ulrich Riehm/Thomas Petermann/Carsten Orwat/Christopher Coenen/Christoph Revermann/Constanze Scherz/Bernd Wingert*, E-Commerce, Arbeitsbericht Nr. 78 des Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, 2002, S. 233, <http://www.tab.fzk.de/de/arbeitsberichte.htm>; *Gerke et al.*, (Fn. 46), S. 47.

und dem Börsenhandel. Beide Märkte dienen primär der Beschaffung bzw. des Absatzes von Strom, sind aber entsprechend den Bedürfnissen der Marktteilnehmer, insbesondere der Händler, hinsichtlich ihrer Handelsmodalitäten und Produkte unterschiedlich organisiert, was nachfolgend erläutert wird.

3. Bilateraler Stromhandel und Börsenhandel

a) *Bilateraler Stromhandel*

Bilateraler Handel umfasst all jene Stromlieferverträge, die nicht an einem institutionalisierten Marktplatz gehandelt werden. Er findet – im Vergleich zum Börsenhandel – auf dem volumenmäßig größeren OTC-Markt⁵² statt. Die individuell ausgehandelten Verträge, werden dabei direkt zwischen Marktteilnehmern oder unter Zuhilfenahme eines Intermediärs⁵³ geschlossen, wobei jeder den anderen Vertragspartner kennt.⁵⁴ Dies geschieht in der Regel telefonisch, per Fax oder E-Mail. Darüber hinaus werden auch Internetplattformen⁵⁵ zur Information über die Marktlage und zur Geschäftsanbahnung genutzt.⁵⁶

Beispiele für bilaterale Verträge zur physischen Versorgung sind Vollversorgungsverträge, Verträge über Band- und Programmlieferungen oder Verträge zur Zusatzversorgung. Vollversorgungsverträge umfassen die Lieferung des gesamten Strombedarfes von einem Unternehmen. Der Kunde muss sich dabei keine Gedanken machen, ob er

52 OTC ist die Abkürzung von Over The Counter und bedeutet „über den Ladentisch“. Der Begriff bezeichnet alle außerbörslichen, bilateralen Geschäfte, vgl. *Jürgen Krumnow/Ludwig Gramlich (Hrsg.)*, Gabler Bank Lexikon, 12. Aufl., 2000, Stichwort: Over-the-Counter-Markt.

53 Vgl. Fn. 49.

54 *Michael Kraus*, Entwicklungen bei wettbewerblichen Strommärkten, ET 1999, S. 64; *Gerke et al.*, (Fn. 46), S. 31.

55 Z. B. GFI, <http://www.gfinet.com/portal/>, spectron, <http://www.spectrongroup.com/power/index.cfm>.

56 Diese auch B2B (Business-to-Business) genannten Portale dienen dem Austausch und der Bündelung von Informationen, *Holger Schmitz/Marc Hüther/Dirk Lindgens/Dirk Fausten*, Die Tür zum Erfolg – Ein Portal für die Energiewirtschaft, ME 01/2001, S. 68-72; *Riehm et al.*, (Fn. 51), S. 241.

seinen Strombedarf richtig analysiert hat, denn der Händler übernimmt in der Regel auch die Lastprognose.⁵⁷

Band- und Programmlieferungen werden genutzt, um für einen vorab festgelegten Zeitraum eine feste Last abzudecken. Bei der Bandlieferung kauft der Kunde eine definierte Strommenge für einen vorab festgelegten Zeitraum. Die Stromlieferung ist dann für die gesamte Vertragslaufzeit konstant. Bandlieferungen decken in der Regel lediglich die Grundlast⁵⁸ ab, da der reale Strom- und Leistungsbedarf, z.B. eines Unternehmens, zeitlichen Schwankungen unterliegt. Dagegen ist bei der Programmlieferung die Stromlieferung nicht konstant, sondern der Kunde bestellt für bestimmte Zeiträume, z.B. nach Tageszeiten oder Wochentagen gestaffelt, jeweils unterschiedliche Leistungen, weil bspw. in Produktionszeiten der Bedarf höher ist als in der restlichen Zeit.⁵⁹

Zusatzversorgungsverträge dienen schließlich der Deckung unvorhergesehenen Strombedarfs.⁶⁰ Diese zusätzlichen Strommengen können einerseits über den Versorger bezogen werden, andererseits ist es aber auch möglich, den Strombedarf mittels bilateraler Kurzfristgeschäfte, d. h. Spotgeschäfte,⁶¹ abzusichern.⁶²

Darüber hinaus können auch Termingeschäfte bilateral abgeschlossen werden. Diese Verträge, die in der Regel zur Absicherung vor Preisschwankungen abgeschlossen werden, sind erst zu einem späte-

57 Lastprognose ist die Prognose des Lastganges für einen Kunden, d. h. dessen benötigte Energiemenge und dem zeitlichen Verlaufs des Bedarfes. Die Ermittlung der Lastprognose ist erforderlich, um den Bedarf festzustellen und dementsprechend Strom einzukaufen und zu liefern, *Wolfgang Zander/Martin Riedel/Christian Held/Michael Ritzau/Carolyn Tomerius*, Strombeschaffung im liberalisierten Energiemarkt, 2000, S. 75, 180.

58 Grundlast ist der Lastbereich, der über einen bestimmten Zeitraum kontinuierlich abgenommen wird; dagegen bedeutet Spitzenlast den Anteil am Gesamtbezug, der nur eine kurze Zeitspanne in Anspruch genommen wird, vgl. *Zander et al.*, (Fn. 57), S. 274, 283.

59 *Zander et al.*, (Fn. 57), S. 47 f.

60 *Christiane Theobald/Christian Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2001, S. 88 f.

61 Abgeleitet von „on the spot“, also dem sofort zu erfüllenden Geschäft, *Krumnow et al.*, (Fn. 52), Stichwort: Spot-Geschäft.

62 *Zander et al.*, (Fn. 57), S. 49 f.

ren Zeitpunkt als dem des Vertragsschlusses zu erfüllen.⁶³ Individuell aushandelbar sind dabei bedingte und unbedingte Termingeschäfte. Unter bedingten Termingeschäften wird der z. B. Optionshandel verstanden, unter unbedingten Termingeschäften bspw. der Handel mit Forwards.⁶⁴ Der Nachteil dieser Geschäfte liegt jedoch einmal darin, dass es mit zunehmender Abweichung von Standardprodukten schwieriger wird, einen Vertragspartner zu finden oder das Geschäft durch ein Gegengeschäft – z. B. dem Verkauf des Vertrages – „glattzustellen“.⁶⁵ Somit kann die Anbahnung und Abwicklung dieser Geschäfte mitunter erhebliche Transaktionskosten⁶⁶ verursachen. Auf der anderen Seite tragen beide Vertragspartner das Ausfallrisiko, d. h. die Zahlungsunfähigkeit, des jeweiligen anderen.⁶⁷ Unter diesen Gesichtspunkten bietet der Strombörsenhandel Vorteile.

b) Strombörsenhandel

Eine Strombörse stellt einen organisierten Handelsplatz dar, sie ist der „Markt par excellence“.⁶⁸ In Deutschland wurden im Jahr 2000 zwei Strombörsen gegründet, die Leipziger LPX⁶⁹ sowie die Frankfurter EEX.⁷⁰ Sowohl Leipzig als auch Frankfurt begannen mit einem Spotmarkt, in Frankfurt wurde dazu noch ein Terminmarkt errichtet. Beide Strombörsen wiesen in ihrer Organisation und Funktionsweise Unter-

63 Mark Fudalla/Lutz Hahnenstein/Maren Häder, Risikomanagement: Hedging mit Strom-Termingeschäften, ET 2000, S. 564 f.

64 Erläuterungen zu den Begriffen Optionen und Forwards unter III 3 bb.

65 Glattstellen ist terminus technicus und bedeutet das „Schließen einer Handelsposition durch Kontrahierung eines Gegengeschäftes zu ihr“, Krumnow et al., (Fn. 61), S. 632, mit anderen Worten den Kauf- oder Verkauf eines Kontraktes, um eine bestehende Verpflichtung durch ein Deckungsgeschäft (Gegengeschäft) auszugleichen.

66 Unter Transaktionskosten werden hier Kosten für die Suche, Information, Anbahnung, Aushandlung des Geschäfts, aber auch für die Installation eines Beherrschungs- und Kontrollsystems verstanden, Schmidt, (Fn. 28), S. 98 f.

67 Zander et al., (Fn. 57), S. 53.

68 Wilhelm Röpke bezeichnete die Börse in einem Aufsatz mit dem gleichlautenden Titel als den „Markt par excellence“, ZfK 1964, S. 104-107.

69 Leipzig Power Exchange.

70 European Energy Exchange.

schiede auf. Allerdings reichte das Handelsvolumen nicht aus, um beider Überleben zu gewährleisten, so dass Ende 2001 die Fusion der Strombörsen angekündigt wurde. Diese wurde rückwirkend zum 1. Januar 2002 vollzogen. Nunmehr existiert nur noch eine Strombörse in Deutschland, die EEX mit Sitz in Leipzig. An der EEX in Leipzig wurden zwei Marktsegmente, der kurzfristige physische Handel am Spotmarkt und der Terminmarkt, errichtet.

Im Unterschied zum bilateralen Handel ist an einer Strombörse ein hohes Maß an Transparenz gegeben.⁷¹ So werden Gebote – bis auf die geschlossene Auktion⁷² – allen Handelsteilnehmern offen gelegt, Preise werden veröffentlicht, Geschäftsabschlüsse, Netzengpässe⁷³ detailliert dargelegt.⁷⁴ Des Weiteren sind die gehandelten Produkte bezüglich Volumen, Qualität, Lieferort und Lieferzeitraum standardisiert; eine individuelle Anpassung ist somit nicht möglich. Durch die Standardisierung ist es den Handelsteilnehmern möglich, jederzeit ein Gegengeschäft⁷⁵ abzuschließen, hohe Transaktionskosten fallen daher nicht an.

Der Handel verläuft schließlich anonym, Handelsteilnehmer kennen somit ihren Handelspartner nicht, da die Börse bei jedem Geschäft als zentrale Vertragspartei dazwischen tritt. Damit ist auch das Ausfallrisiko eines Handelsteilnehmers minimiert.

71 Siehe hierzu: EEX, Bedingungen für den Handel vom 29. Mai 2002, http://www.eex.de/info_center/downloads/dl_general/eex_handelsbedingungen.pdf.

72 Bei einer geschlossenen Auktion werden alle Kauf- und Verkaufsgebote gesammelt. Handelsteilnehmer können die Gebote der anderen Handelsteilnehmer nicht einsehen (daher geschlossene Auktion). Aus den Geboten werden Angebots- und Nachfragekurven gebildet, der Schnittpunkt der beiden Kurven bildet den Marktpreis, EEX, Glossar, http://www.eex.de/info_center/glossary/index.asp.

73 Ein Engpass liegt dann vor, wenn keine ausreichende Kapazität im Netz zur Netznutzung vorhanden ist.

74 EEX, EEX- Spotmarktkonzept vom 26. September 2002, http://www.eex.de/info_center/downloads/dl_spot/booklet.pdf, S. 5.

75 Siehe Fn. 65.

c) *Verhältnis von Strombörse und bilateralem Stromhandel*

Die Strombörse hat zur Zeit einen Marktanteil im Spotmarkt von ca. 8%. Das Schwergewicht liegt damit beim bilateralen Handel. Zielsetzung der EEX ist jedoch eine Steigerung auf 20%. Diesen Anteil hat bspw. die skandinavische Strombörse NordPool.

Vorteil einer Strombörse gegenüber dem bilateralen Handel ist die Bereitstellung eines neutralen, transparenten Handelmarktes, der einen rechtlich, technischen und finanziell sicheren Handel ermöglicht. Daneben unterliegt eine Börse – und damit auch die Preisfeststellung – der staatlichen Aufsicht. Der Börsenpreis wird darüber hinaus auch als Referenzpreis für den bilateralen Stromhandel genutzt. Weitere Vorteile einer Strombörse ergeben sich zudem aus den verschiedenen Sicherungs- und Abwicklungsmechanismen, die Risiken, z. B. den Ausfalls eines Börsenteilnehmers, minimieren. Damit wird ermöglicht, dass Marktteilnehmer sicher an der Börse handeln können, so dass sie nicht mehr auf Vollversorgungsverträge angewiesen sind, sondern sich ihren Strombedarf kostengünstiger über verschiedene Produkte zusammenstellen können. Darüber hinaus kann eine hohe Liquidität an der Börse, also Anzahl und Volumen der gehandelten Geschäfte, dafür sorgen, dass stets eine Handelsmöglichkeit vorhanden ist.⁷⁶ Das verhindert auch, dass einzelne Gebote einen zu starken Einfluss auf den Börsenpreis nehmen, daher ist die EEX auch immer bemüht, neue Handelsteilnehmer zu gewinnen.

Für den bilateralen Handel besteht der Vorteil der individuellen Ausgestaltung der gehandelten Produkte. Der größte Anteil des physischen Stromhandels wird zwar immer im bilateralen Bereich liegen, aber die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Strombörse bewirken, dass weitgehendst unerlaubte Handelspraktiken und Informationsmängel vermieden werden.⁷⁷ Die unterschiedlichen Bedürfnisse der

76 VDEW e. V., Spot- und Terminhandel an europäischen Strombörsen vom 2. September 2002, <http://www.strom.de/wysstr\stromwys.nsf/WYSInfoDokumentePunkt2Lookup/23B2344BCFC27F6AC1256C24003F629F?Opendocument&WYSEbene0N=Fakten&WYSEbene1N=Themen&WYSEbene2N=Stromboersen&WYSEbene3N=&&WYSEbene4N=&&JScript=1&>.

77 Gerke et al., (Fn. 46), S. 56.

Handelsteilnehmer bewirken, dass sowohl der bilaterale Handel, als auch der Börsenhandel einander ergänzen.⁷⁸

aa) Spotmarkt

Der Spotmarkt dient sowohl an der Strombörse als auch im bilateralen Handel dem kurzfristigen physischen Handel. Die Verträge werden in der Regel für den nächsten Tag abgeschlossen und dienen dem Ausgleich von Abnahme- oder Bezugspflichten. Während die Verträge am OTC- Markt, z. B. hinsichtlich des Volumens, des Preises, individuell ausgehandelt werden können, sind die Kontrakte an der Börse standardisiert.

Die Preise an der Börse werden auf Grundlage aller am Vortag der Lieferung abgegebenen Kauf- und Verkaufsgebote für jede einzelne Stunde ermittelt. Dies geschieht mittels einer geschlossenen Auktion, d. h. kein Handelsteilnehmer sieht, von wem ein Gebot stammt. Für Blockkontrakte, d. h. für zusammengefasste Stunden, z. B. von Stunde 9 bis 20, gibt es noch die Möglichkeit des fortlaufenden Handels. Für die Preisermittlung bei der Auktion werden die Gebote bis 11.30 Uhr bei der EEX gesammelt und dort hinsichtlich Menge und Preis sortiert. Um 12 Uhr beginnt die Preis- und Volumenkalkulation, wobei die einzelnen Gebote in einer Angebots- und einer Nachfragekurve dargestellt werden. Der Schnittpunkt beider Kurven stellt das sog. markträumende Gleichgewicht dar, den Market Clearing Price. Bei diesem ermittelten Preis sind die Anbieter bereit, das ermittelte Volumen anzubieten, während die Nachfrager bereit sind, diese Menge zu dem ermittelten Preis nachzufragen. Der Preis gilt einheitlich für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik, lediglich bei Kapazitätsengpässen im Übertragungsnetz kann es zu Preisunterschieden in den einzelnen Regelzonen kommen.⁷⁹

Beim fortlaufende Handel werden Kauf- oder Verkaufsaufträge nicht gesammelt, sondern jeder neu eintreffende Auftrag wird sofort auf Ausführbarkeit mit einem im Orderbuch vorhanden Auftrag überprüft.⁸⁰ Wenn sich also Kauf- und Verkaufsgebot decken, wird das Geschäft elektronisch ausgeführt. Zur Markträumung wird auch im fort-

78 Gerke et al., (Fn. 46), S. 66.

79 EEX, (Fn. 74), S. 16 f.

80 EEX, (Fn. 74), S. 23.

laufenden Handel auf eine Eröffnungs- und eine Schlussauktion zurückgegriffen.⁸¹

Die physische Erfüllung erfolgt durch Einspeisung der vertraglich bestimmten Strommenge ins Stromnetz, bei Börsengeschäften ist dies grundsätzlich das Übertragungsnetz, bzw. die Entnahme der entsprechenden Strommenge. Die Lieferung bzw. die Abnahme wird dabei zeitlich und örtlich durch Fahrpläne bestimmt.

bb) Terminmarkt

Auch der Terminmarkt kann zur physischen Lieferung von Strom dienen. Der einzige Unterschied zum Spotmarkt liegt in diesem Fall dann darin, dass die Lieferung zu einem späteren Zeitpunkt als dem des Vertragsschlusses erfolgt.⁸² Über die Länge der Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung beim Stromterminmarkt bestehen noch Differenzen. Beim Wertpapierhandel besteht im Spotmarkt die Usance, eine Frist von zwei Tagen zur Erfüllung der Geschäfte zu gewähren.⁸³ In Anlehnung daran können unter Termingeschäfte all diejenigen verstanden werden, bei denen der Vertragsabschluss und die Erfüllung mehr als zwei Tage auseinander liegen. Daneben existiert noch der rein finanzielle Terminhandel. Dieser – an der Strombörse EEX – institutionalisierte Terminhandel führt nicht zu einer physischen Erfüllung, sondern die Kontrakte werden finanziell erfüllt.⁸⁴

Unabhängig von der Art der Erfüllung lassen sich bedingte und unbedingte Termingeschäfte unterscheiden. Erstere Verträge – sog. Optionen – beinhalten das Recht zum Kauf oder Verkauf des Basiswertes – hier Strom –, jedoch nicht die Verpflichtung. Für die Möglichkeit zur Ausübung des Rechts ist der Käufer der Option verpflichtet, eine Prämie – den Optionspreis – zu zahlen.⁸⁵ Der Verkäufer einer Option, der

81 EEX, (Fn. 74), S. 20 ff.

82 *Hans E. Büschgen*, Das kleine Börsenlexikon, 22. Aufl., 2001, S. 1443 ff.; *Carsten Peter Claussen*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., 2000, S. 472 f.

83 *Krumnow/Gramlich* (Hrsg.), (Fn. 61), Stichwort: Spot.

84 EEX, EEX- Terminmarktkonzept vom 24. Juni 2002, http://www.eex.de/info_center/downloads/dl_futures/booklet.pdf, S. 10.

85 *Ulrich Strohmeier*, Instrumente des Terminhandels, in: VDEW, Stromhandel – das EVU an der Börse?, Materialien zum VDEW-Chefgespräch, 27. und 28. Januar 1998, S. 1.

sog. Stillhalter, ist jedoch zur Vertragserfüllung verpflichtet, wenn der Käufer sein Recht aus dem Options-Vertrag wahrnimmt. Insoweit muss der Verkäufer entweder die vereinbarte Menge des Gutes zu dem vereinbarten Preis übernehmen oder liefern.⁸⁶ Der Optionshandel ist zur Zeit nur im bilateralen Stromhandel möglich.

Unter unbedingten Börsentermingeschäfte werden im bilateralen Handel Forwards, an der Strombörse Futures gezählt. Im Gegensatz zu den Optionen besteht bei beiden unbedingten Termingeschäften die vertragliche Verpflichtung, eine bestimmte Menge eines Gutes, in diesem Falle von Strom, zu einem im Voraus vereinbarten Preis und festgelegten Zeitpunkt zu liefern oder abzunehmen, es sei denn, es ist eine rein finanzielle Erfüllung festgelegt worden. Dann erfolgt eine Ausgleichszahlung in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem aktuellen Marktpreis.⁸⁷

Futures sind hinsichtlich des Volumens, des Lieferortes bzw. der Lieferdauer, der Qualität und der Abwicklung zu liefernden Guts standardisiert.⁸⁸ An der Börse können dabei verschiedene Future-Kontrakte gehandelt werden. So unterscheiden sich die Kontrakte bei der EEX bspw. hinsichtlich der Lieferperiode (Jahres-, Quartals- oder Monatsfutures) oder hinsichtlich des Lieferprofils (Grundlast oder Spitzenlast).⁸⁹ Um das Ausfallrisiko eines Marktteilnehmers zu minimieren, muss jeder Marktteilnehmer Sicherheiten hinterlegen. Die Börse, die als Vertragspartner in jedes Handelsgeschäft eintritt, kann dann im Fall eines Ausfalls auf die Sicherheiten zurückgreifen. Der Marktteilnehmer erhält also immer die Gegenleistung. Darüber hinaus ist auch nicht jeder Marktteilnehmer berechtigt, die Termingeschäfte an der EEX selbst abzuschließen, das ist vielmehr den sog. Clearing-Mitgliedern vorbehalten. Diese Marktteilnehmer – zumeist Banken – gewährleisten Bonität. Nicht-Clearing-Mitglieder können ihre Termingeschäfte nur mit Clearing-Mitgliedern abschließen.

Im Gegensatz zum bilateralen Terminhandel sind die Börsengeschäfte grundsätzlich finanziell zu erfüllen. Es werden hierzu täglich

86 Jutta M. D. Siebers/Alfred B. J. Siebers, Terminbörse Deutschland, 1990, S. 36.

87 Zander et al., (Fn. 57), S. 53.

88 Dagegen können diese Faktoren bei einem Forward individuell vertraglich festgelegt werden.

89 EEX, (Fn. 84), S. 10 f.

Gewinn- und Verlustabrechnungen in Höhe der Differenz zwischen dem Future-Preis vom Vortag und dem aktuellen Tag sowie eine Schlussabrechnung vorgenommen.⁹⁰

cc) Verhältnis von Spot- und Terminmarkt

Der Handel auf dem Spotmarkt erfolgt für Marktteilnehmer primär zur Bedarfssicherung. Der Strompreis ist allerdings von verschiedenen Faktoren abhängig, z. B. vom eingesetzten Primärenergieträger. Die Kosten für die Stromerzeugung reichen dabei von 2 ct/KWh für Strom aus Braunkohle bis zu 50 ct/KWh für Solarstrom.⁹¹ Darüber hinaus ist der Strompreis von den klimatischen Verhältnissen sowie vom Angebot und der Nachfrage abhängig. Das führt dazu, dass der Strompreis – mitunter um mehrere hundert Prozent – schwankt. Um sich gegen das Risiko der Preisschwankung abzusichern, wurden entsprechende Instrumente entwickelt, die auf dem Terminmarkt gehandelt werden. Der Terminmarkt hat damit vor allem die Funktion, Vertrauen für den kurzfristigen Handel im Spotmarkt zu schaffen. Sofern Marktteilnehmer nicht die Möglichkeit hätten, sich gegen Strompreisschwankungen abzusichern, würden Vollversorgungsverträge bevorzugt werden, da hier unabhängig vom Strombedarf die vollständige Versorgung mit Strom erfolgt. Diese bilden eine sichere Kalkulationsgrundlage, da der zu zahlende Strompreis bekannt wäre. Der kurzfristige Handel würde daher kaum genutzt werden.

Bei einer voll entwickelten Strombörse erreicht das Handelsvolumen des Terminmarktes ein Vielfaches des Handelsvolumens des Spotmarktes. Der Grund liegt unter anderem darin, dass die gehandelten Instrumente in der Regel nicht physisch, sondern finanziell erfüllt werden. Das ermöglicht nicht nur die Teilnahme branchenfremder Handelsteilnehmer, sondern auch den ständigen Handel eines Kontraktes, was im Ergebnis das Handelsvolumen auf dem Terminmarkt erhöht.

90 EEX, (Fn. 84), S. 35.

91 *Helmut Alt*, Stromerzeugungsmix und Stromkosten im liberalisierten Strommarkt, Vortrag am 4. September 2002 beim Informationskreis KernEnergie in Bonn; die spezifischen Kosten betragen hiernach für Kernenergie, Erdgas, Wasser sowie Müll und Biomasse je 3 ct/KWh, für Braunkohle 2 ct/KWh, für dt. Steinkohle 4,5 ct/KWh, für Wind 9,1 ct/KWh sowie für Solarstrom 50 ct/KWh.

Eines der wichtigsten Motive für den Terminhandel ist die Risikoabsicherung, das sog. Hedging. Hedger⁹² sind Inhaber von Vermögenswerten. Für sie besteht das Risiko, dass sich der Kurs bzw. im Stromhandel der Strompreis, ändert. Ihr Ziel ist es, ihre zukünftigen Positionen auf dem Spotmarkt gegen den Preisverfall (Erzeuger) bzw. gegen den Preisanstieg (Verteilungsunternehmen bzw. Großkunden) abzusichern.⁹³ Hedger allein genügen jedoch nicht, um Transaktionen mit ausreichender Sicherheit durchzuführen. Weil Erzeuger und Verbraucher entgegengesetzte Ziele und damit auch unterschiedliche Risikoprofile aufweisen, sind Akteure notwendig, die eine Mittlerrolle übernehmen. Diese weisen eine neutrale Motivation auf, d. h. sie sind weder am Absatz noch an der Bedarfsdeckung interessiert.⁹⁴ Dafür sind diese Akteure bereit, Risiken für ein entsprechendes Gewinnpotential einzugehen. Dieses Gewinnpotential kann sich einerseits aus der Arbitrage ergeben, zum anderen aus der Spekulation.

Bei der Arbitrage werden Preisdifferenzen bei vergleichbaren Kontrakten zwischen Spotmarkt oder außerbörslichen Handel und Terminmarkt ausgenutzt, um einen Gewinn zu erreichen. Dabei wird von einem Handelsteilnehmer gleichzeitig der billigere Kontrakt gekauft und der teurere Kontrakt verkauft.⁹⁵ Dies kann zu einer effizienten Preisbildung im Börsenhandel führen,⁹⁶ da Händler damit verschiedene Märkte (Spot- und Terminmarkt) räumlich und zeitlich koordinieren und somit für Preisangleichung sorgen können.⁹⁷

Spekulanten haben das Ziel, mit geringem Einsatz hohe Gewinne zu erzielen. Sie kaufen oder verkaufen bspw. auf dem Terminmarkt auch dann, wenn kein Spotgeschäft vorhanden ist,⁹⁸ was ein großes Risiko bergen kann. Die Gewinnrealisierung erfolgt z. B. dadurch, dass

92 Von engl. hedge = Absicherung, vgl. *Strohmeier*, (Fn. 85), S. 5.

93 *Fudalla et al.*, (Fn. 63), S. 564 f.

94 *Markus Süßmann*, Was eine Strombörse leisten kann, *Wirtschaftswelt Energie* 1999, S. 6, 7.

95 LPX, Leipzig Power Exchange. Die erste deutsche Strombörse, Präsentation am 21.02.2002 bei VDE Lausitz e.V. in Cottbus, http://www.vde.de/VDE/de/veranstaltungen/32_lpx.htm, S. 27.

96 *Strohmeier*, (Fn. 85), S. 7.

97 *Ingo Hensing/Wolfgang Pfaffenberger/Wolfgang Ströbele*, *Energiewirtschaft*, 1998, S. 155.

98 *Hensing/Pfaffenberger/Ströbele*, (Fn. 97), S. 155.

ein Kontrakt verkauft wird, in der Hoffnung, dass die Marktpreise fallen und dieser Kontrakt zu einem späteren Zeitpunkt zu einem niedrigeren Preis wieder gekauft werden kann.⁹⁹ Das Interesse der Spekulanten liegt in der Profitierung von Preisveränderungen in der Zeitspanne zwischen An- und Verkauf der Positionen.¹⁰⁰ Damit wird für eine hohe Liquidität gesorgt.

IV. Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Netznutzungshindernisse

1. Netzzugangsregime

a) Verhandelter Netzzugang nach § 6 EnWG

Der verhandelte Netzzugang gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet Netzbetreiber, ihr Stromnetz anderen Unternehmen diskriminierungsfrei, d. h. nicht ungünstiger als gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen, zur Verfügung zu stellen. Des Weiteren enthält § 6 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 3 EnWG abschließend geregelte Verweigerungsgründe. Damit wurde im EnWG zwar die Frage des „ob“ der Netznutzung beantwortet, es fehlen jedoch Aussagen über die Ausgestaltung der Netznutzung. § 6 Abs. 2 EnWG gibt hierfür dem Bundeswirtschaftsministerium eine Verordnungsermächtigung an die Hand, von der aber bisher kein Gebrauch gemacht wurde. Statt dessen wurde eine privatwirtschaftliche Verbändevereinbarung bevorzugt, in der Preisfindungsprinzipien für die Berechnung der Netznutzungsentgelte niedergelegt sind.

Neben der Verbändevereinbarung wurden als weitere Regelwerke der Grid Code,¹⁰¹ der Distribution Code¹⁰² und der Metering Code¹⁰³

99 LPX, (Fn. 95), S. 27.

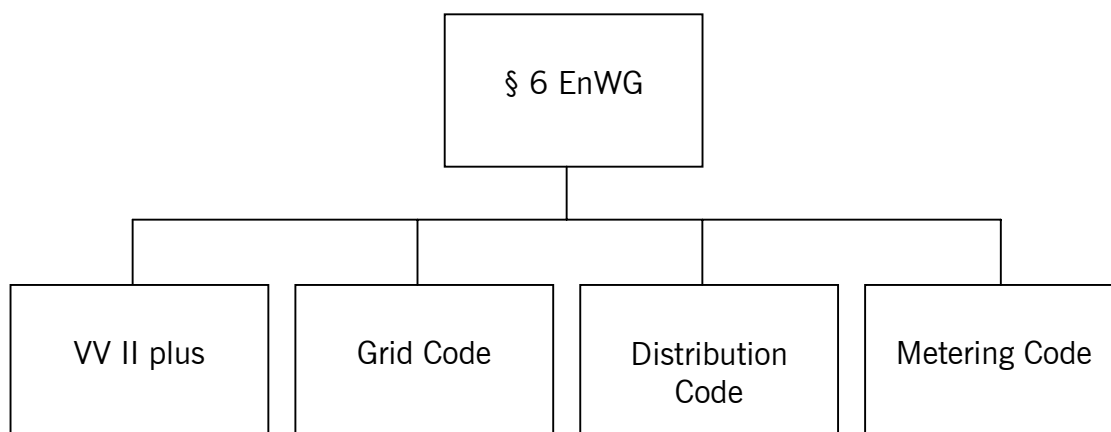
100 *Strohmeier*, (Fn. 85), S. 6.

101 Deutsche Verbundgesellschaft –DVG -, Grid Code, Kooperationsregeln für die deutschen Übertragungsnetzbetreiber, <http://www.vdn-berlin.de/global/downloads/Publikationen/GridCode-Koop.pdf>.

102 VDEW e. V., Distribution Code 2000, Regeln für den Zugang zu Verteilungsnetzen, VDEW Materialien, M-32/2000,

vereinbart. Diese regeln die Zusammenarbeit der Übertragungsnetzbetreiber, die organisatorisch-technischen Voraussetzungen für den Zugang zu den Verteilungsnetzen sowie den Datenaustausch zwischen den Netzbetreibern. Im Ergebnis stellt sich das deutsche Netzzugangsregime wie folgt dar:

Abbildung 1: Netzzugangsregime in Deutschland



b) Verbändevereinbarungen

Zur Ausgestaltung der Netznutzung, insbesondere der technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen sowie die Höhe der Netznutzungsentgelte bzw. Preisfindungsprinzipien schlossen die betroffenen Wirtschaftsverbände¹⁰⁴ am 22. Mai 1998 eine sog. „Verbändevereinbarung“ (VV I) über die Ausgestaltung des Netzzugangs und der Netznutzung ab, die nach eigenem Bekunden¹⁰⁵ rechtlich unverbindlich ist. Die Vereinbarung wurde 1999 und 2001 geändert und

[http://www.strom.de/wysstr/stromwys.nsf/files/m-32_2000.pdf/\\$FILE/m-32_2000.pdf](http://www.strom.de/wysstr/stromwys.nsf/files/m-32_2000.pdf/$FILE/m-32_2000.pdf) .

103 VDEW e. V., Metering Code 2000, Abrechnungszählung und Datenbereitstellung, VDEW-Materialien M-33/2000.

104 Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI), Berlin; VIK Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V., Essen; Verband der Elektrizitätswirtschaft – VDEW – e. V., Berlin.

105 VDEW e. V., Die Umsetzung der Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie – Kommentarband vom 26. Juli 2000, Punkt 1; VIK e.V., VIK-Kommentar zur Verbändevereinbarung Strom II plus, April 2002, S. 5.

wird in der letzten Fassung abgekürzt „VV II plus“¹⁰⁶ bezeichnet. Damit beruht die Wettbewerbsordnung des Strommarktes in der Bundesrepublik zu wesentlichen Teilen auf einem unverbindlichen „gentlemen agreement“ mit empfehlenden Charakter, welcher erst durch zahlreiche bilaterale privatrechtliche Verträge rechtliche Wirkung entfaltet. Nach der VV II plus erfordert die Belieferung mit Strom:

- einen Netzanschlussvertrag zwischen dem Verteilungsnetzbetreiber und dem Anschlussnehmer (i. d. R. der Grundstücksbesitzer),
- einen Anschlussnutzungsvertrag zwischen Verteilungsnetzbetreiber und Endkunden,
- einen Netznutzungsvertrag zwischen Verteilungsnetzbetreiber und Endkunden oder bei sog. all- inclusive- Verträgen zwischen Verteilungsnetzbetreiber und Stromlieferanten; in diesem Fall ist der Netznutzungsvertrag i. d. R. Bestandteil des Lieferantenrahmenvertrages
- einen Lieferantenrahmenvertrag zwischen Verteilungsnetzbetreiber und Lieferanten,
- einen Bilanzkreisvertrag zwischen Übertragungsnetzbetreiber und Bilanzkreis-verantwortlichem (BKV) sowie
- einen Vertrag über die Datenaustausch- und Netznutzungsverträge zwischen Übertragungs- und Verteilungsnetzbetreiber.¹⁰⁷

Schließlich muss der Endkunde noch

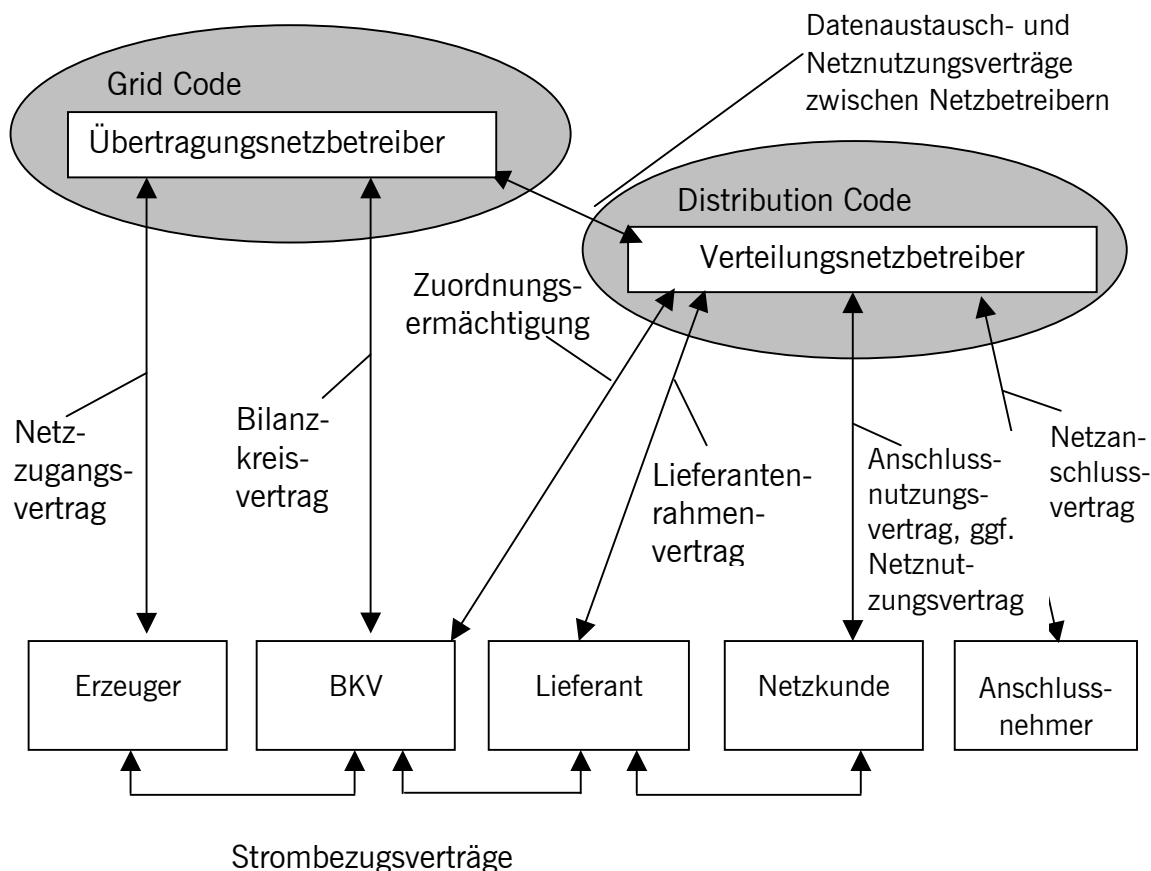
- einen Strombezugsvertrag mit dem Stromlieferanten,
- der Stromlieferant einen solchen mit dem BKV und letztlich
- der BKV auch einen Strombezugsvertrag mit dem Erzeuger

abschließen. Die folgende Graphik verdeutlicht das komplexe System der erforderlichen Vertragsbeziehungen.

106 VV II plus, (Fn. 21).

107 VDN e.V., Umsetzung der Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13. Dezember 2001, S. 9 f, http://www.vdn-berlin.de/global/downloads/Publikationen/kommentarband_vv2.pdf .

Abbildung 2: Vertragsbeziehungen nach der VV II plus



Quelle: VDN e.V., (Fn. 107), S. 10.

c) Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 EnWG

Aus dem Kartellrecht ergibt sich gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ein Anspruch auf Netznutzung, der sowohl die Frage des Zugangs als solchen, als auch die Ausgestaltung des Zugangs umfasst.¹⁰⁸ Danach ist der Zugang zu den Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen eines marktbeherrschenden Unternehmens zu gewähren, wenn ein anderer Zugang nicht möglich ist, ein angemessenes Entgelt gezahlt wird und keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit auf Seiten des markt-

108 Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom und der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19. April 2001, <http://www.bundeskartellamt.de/Abschlussbericht.pdf>, S. 23.

beherrschenden Unternehmens vorliegt.¹⁰⁹ Gemäß § 6 Abs. 1 S. 4 EnWG und § 130 Abs. 3 GWB besteht dieser Anspruch parallel zu § 6 Abs. 1 EnWG.

Eine wichtige Rolle spielt im Rahmen der Ausgestaltung des Netzzugangs die Frage nach einem angemessenen Netznutzungsentgelt. Diesbezüglich sind die gesetzlichen Wertungen des § 6 Abs. 1 EnWG zu berücksichtigen.¹¹⁰ Zur Feststellung der Angemessenheit werden vor allem das Vergleichmarktkonzept wie auch die Kostenkontrolle¹¹¹ angewandt. Letztere betrifft die Überprüfung der Netznutzungsentgelte anhand betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte. Hierbei ergibt sich aber die Schwierigkeit, dass der Vorschlag der Arbeitsgruppe Netznutzung für die einzustellenden Kriterien nicht deckungsgleich mit den Preisfindungsprinzipien der VV II plus ist.¹¹² Die Preisfindungsprinzipien der VV II plus enthalten Kalkulationsgrundsätze, die sich zugunsten der Netzbetreiber auswirken.¹¹³

Das Verfahren und die Durchsetzbarkeit des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB weisen allerdings einige Unterschiede zu § 6 Abs. 1 EnWG auf. Die Missbrauchsaufsicht kann zwar grundsätzlich nur Verbote aussprechen, was eine positive Anordnung von Vertragskonditionen verhindert. Allerdings kann die Kartellbehörde im Rahmen der Netznutzungsbedingungen feststellen, welche Bedingungen „angemessen“ sind. Ein weiterer Problempunkt ist die Beweislast; hinsichtlich des Netznutzungsentgelts liegt diese bei der Kartellbehörde, sie hat die Angemessenheit darzulegen und zu beweisen.¹¹⁴

109 Siehe im Detail zu den Voraussetzungen des Anspruchs *Marc L. Holtorf/Karl-Peter Horstmann*, Aktuelle Entscheidungspraxis über prozessuale und materiell-rechtliche Aspekte des Netzzugangs in der Energiewirtschaft, RdE 2002, S. 269 ff.

110 Arbeitsgruppe Netznutzung, (Fn. 108), S. 23 f.

111 Die Rechtmäßigkeit der Durchführung der Kostenkontrolle im Rahmen des § 19 Abs. 4 GWB wurde durch das OLG Düsseldorf, ZNER 2002, 229, 231 bestätigt, zusammenfassend Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 376.

112 Bundeskartellamt, (Fn. 19), S. 27.

113 *Markus Wagemann*, Probleme der Kartellaufsicht für den OTC- und Börsenhandel, in: Eberhard Bohne (Hrsg.), Neubestimmung staatlicher Aufgaben im Stromhandel, erscheint bei Duncker & Humblot.

114 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 734.

2. Nutzungshindernisse

Auch nach über vier Jahren Liberalisierung ist der Netzbetrieb nicht auf allen Ebenen problemlos möglich. Unabhängig davon, ob man die Regelung des § 6 Abs. 1 EnWG als unmittelbaren Anspruch auf Abschluss eines Netznutzungsvertrages oder lediglich als Pflicht des Netzbetreibers zur Kontrahierung ansieht, lässt sich zwar feststellen, dass die Rechtsprechung tendenziell wettbewerbsfreundlich ist.¹¹⁵ Allerdings kann daraus nicht ohne Weiteres geschlussfolgert werden, dass es keiner detaillierten Regelung des Netzzugangs bedarf, denn die Dunkelziffer derjenigen, die aus Resignation nicht geklagt haben oder die letztlich die Forderungen des Netzbetreibers akzeptiert haben, um den Netzzugang zu erhalten, ist nicht bekannt. Für die Existenz einer solchen Dunkelziffer spricht jedoch die Höhe der Netzentgelte.

Auf der Übertragungsnetzebene, auf welcher der Großhandel stattfindet, bestehen nach allgemeiner Auffassung keine Schwierigkeiten beim Netzzugang und im Netzbetrieb.¹¹⁶ Probleme ergeben sich dort jedoch für den BKV, wenn Bilanzkreisverträge nicht standardisiert sind, und – wie es zumindest nach Einführung des Bilanzkreismodells der Fall war – wenn zum Teil erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Gebühren für das Bilanzkreismanagement bestehen.¹¹⁷

Auf der Verteilungsebene existieren noch vielfältige – nachfolgend dargestellte – Hindernisse.¹¹⁸ Die Gründe dafür liegen wohl primär in den unterschiedlichen Funktionen beider Netzebenen. Die Verteilungsebene dient im Gegensatz zur Großhandelsebene der Endkundenbelieferung, deren Anzahl entscheidend den Gewinn und damit das Überleben der EVU, besonders der Stadtwerke, beeinflusst. In der Übertra-

115 Siehe hierzu m. w. N. *Marc L. Holtorf/Karl-Peter Horstmann*, (Fn. 109), S. 264 f.

116 *Stefan Schlüter*, Mehr Wettbewerb durch die Verbändevereinbarung II – Im Prinzip ja, aber..., ME 3/2002, S. 26, 35; *Klaus-Peter Schultz*, Leiter der Task Force Netzzugang des Bundeswirtschaftsministeriums auf der Podiumsdiskussion beim 1. Speyerer Energieforum am 24./25. Juni 2002, in: *Bohne*, (Fn. 113).

117 *Schlüter*, (Fn. 116), S. 35.

118 Siehe hierzu Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 77 ff.; Bundeskartellamt, (Fn. 19), S. 14 ff.

gungsnetzebene ist dagegen die Anzahl der Wettbewerber, welche gleichzeitig auf nachgelagerten Märkten tätig sind, begrenzt.¹¹⁹

Grundsätzlich führen Behinderung zum oder im Netz dazu, dass unabhängige Händler ihre Lieferverträge nicht einhalten können, da sie nicht zugleich Eigentümer der entsprechenden Stromnetze sind. Kunden werden dann unter Umständen wieder zu dem in ihrem Gebiet ansässigen Versorger zurückkehren, der zumeist als vertikal integriertes Unternehmen auch Netzeigentümer ist. Der Strombedarf für den Händler sinkt, dementsprechend sinkt auch sein Handelsvolumen im bilateralen Handel oder an der Strombörse.

Behinderungen finden allerdings nicht nur durch physische Verweigerungen beim Netzzugang statt. Diese kamen vermehrt unmittelbar nach dem rechtlichen Wegfall der Versorgungsmonopole vor. Heute sind die Verweigerungsgründe oftmals subtiler, die Schwierigkeiten treten eher beim Netzbetrieb oder aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung des Netzzugangs auf. Eine – nicht abschließende¹²⁰- Übersicht der Hindernisse, die bei der Nutzung von Verteilungsnetzen – nach Berichten in der Literatur und Erhebungen der Verfasser - auftreten, zeigt die nachfolgende Aufstellung:

119 Zur Auflösung des Interessenkonflikts der Netzbetreiber schlägt die Monopolkommission die vertikale Separierung des Netzbetriebs und der Tätigkeiten in nachgelagerten Märkten vor, (Fn. 8), Rdnr. 745.

120 Siehe hierzu auch *Christian Theobald/Ines Zenke*, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung, 2001, S. 53 ff.

Tabelle 4: Hindernisse auf der Verteilungsnetzebene

Ablehnung des Netzzugangs Dritter durch Netzbetreiber	Direkte Behinderungen der Netznutzung	Asymmetrien zwischen Netzbetreibern und Netznutzern	Vollzugsmängel
fehlende Kapazität	überhöhte Messpreise	unzureichende Entflechtung, daher Informationsfluss zwischen Netz und Vertrieb	fehlende Regulierungsbehörde, die ex ante die Netznutzungsentgelte überprüft
Unzumutbarkeit wegen : <ul style="list-style-type: none"> - bestehender Stromlieferverträge, - Braunkohleklausele oder - Reziprozitätsklausele 	unangemessen hohe Netznutzungsentgelte	Unverbindlichkeit der Verbändevereinbarung bzw. zu geringer Grad an Verbindlichkeit, daher keine Sanktionsmöglichkeiten ggü. Marktteilnehmer, die sich nicht daran halten wollen	Ausbildungsmängel bei Aufsichtsbehörden
	unangemessen hohe Regelenergiekosten	gerichtliche Klagen zur Durchsetzung des Netzzugangs sind langwierig, binden Kapital und Personal, was bei Newcomern existenzgefährdend sein kann	Personalmangel
	Erhebung von Wechselentgelten, vor allem durch integrierte EVU, wenn ein Kunde seinen Stromlieferanten wechselt	faktisch keine Verhandlungsmöglichkeit gegenüber dem Netzbetreiber hinsichtlich Netznutzungsentgelten und Nutzungsbedingungen	behördliche Sanktionsmängel
	Hinterlegung unangemessen hoher Sicherheitsleistungen für jeden zu beliefernden Kunden	bilaterale Verträge nach der VV sind noch nicht standardisiert	Informationsmängel

Ablehnung des Netzzugangs Dritter durch Netzbetreiber	Direkte Behinderungen der Netznutzung	Asymmetrien zwischen Netzbetreibern und Netznutzern	Vollzugsmängel
	Intransparenz bei technischen Details: <ul style="list-style-type: none"> - keine veröffentlichten Standardlastprofile für Haushaltkunden - Messdaten stehen Lieferanten und Stromhändlern nicht zeitnah oder gar nicht zur Verfügung 	bei der Fassung der VV sind nicht alle betroffenen Interessen vertreten gewesen	Staat verfügt über zu wenige Experten, daher werden Mitarbeiter der Task Force Netzzugang von EVU entsandt und anfangs bezahlt; dies können sich nur große EVU leisten, daher werden nur deren Interessen berücksichtigt
	Änderungen der Netznutzungsentgelte werden nicht rechtzeitig veröffentlicht	Fehlen von Ordnungsrecht; vorhandene Regelungen begünstigen das Ausnutzen von Intransparenz	

a) Ablehnung des Netzzugangs

Gegen einen Netzzugang Dritter wurden verschiedene Einwände erhoben, einerseits wegen fehlender Kapazität,¹²¹ andererseits wegen Unzumutbarkeit. Letztere betreffen bspw. bestehende Stromlieferverträge,¹²² die Braunkohleschutzklausel¹²³ oder die Reziprozitätsklausel.¹²⁴ Allerdings ist es bisher noch keinem Netzbetreiber gelungen, eine Verweigerung des Netzzugangs aufgrund fehlender Kapazität oder wegen der Verdrängung von Strom aus erneuerbaren Energien oder KWK erfolgreich geltend zu machen. Gleiches gilt für die Reziprozitäts- und Braunkohleschutzklauseln nach Art. 4 §§ 2 und 3 NeuregelungsG.¹²⁵

b) Behinderung der Netznutzung

Unmittelbare Behinderungen der Netznutzung betreffen insbesondere unangemessen hohe Netznutzungsentgelte¹²⁶ oder Regelenenergiekosten. Erstere machen zum Teil 60-70 % des Netto-Endpreises im Kleinkundenbereich aus. Als Grund dafür wird vor allem mangelnde Transparenz dahingehend angesehen, welche Kosten in die Berechnung der Netznutzungsentgelte eingestellt werden. Darüber hinaus ist eine nicht

121 Siehe Bundeskartellamt – Elektromark/Enron, http://www.bkarta.de/11_01_1999.html; Bundeskartellamt – Bewag/RWE, RdE 2000, S. 31, <http://www.bkarta.de/BEWAG.pdf>.

122 LG Hamburg, RdE 2000, S. 231-233.

123 Siehe bspw. OLG Dresden, ZNER 2001, S. 168; LG Berlin, ZNER 2000, S. 142; LG Berlin, Urteil vom 25. Juli 2000, 16 O 750/99, 16 O 749/99; LG Potsdam, ZNER 2000, S. 139, KG Berlin, WRP 2002, S. 564.

124 LG Berlin, Urteil vom 25. Juli 2000, 16 O 749/99.

125 Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (NeuregelungsG) vom 24. April 1998 (BGBl. I S. 730), siehe detailliert zur Rspr. *Holtorf/Horstmann*, (Fn. 109), S. 266 ff.

126 Missbrauchsverfahren des Bkarta gegen mehrere Netzbetreiber, u.a. gegen Avacon AG, Helmstedt, TEAG Thüringer Energie AG, Erfurt, envia Energie Sachsen Brandenburg AG, http://www.bundeskartellamt.de/29_01_2002.html; Abmahnung gegen Stadtwerke Mainz AG beabsichtigt, http://www.bundeskartellamt.de/27_08_2002.html.

sachgerechte Anwendung der Kalkulationsgrundlagen nach der Verbändevereinbarung ursächlich.¹²⁷

Regelenergie wird aufgrund der Nicht- Speicherbarkeit von Strom für den kurzfristigen Ausgleich der Differenz zwischen Einspeisung und Entnahme benötigt. Diese wird durch die Übertragungsnetzbetreiber beschafft und bereitgestellt. Die Gründe für unangemessen hohe Regelenergiekosten werden darin gesehen, dass das Preissystem nicht mit den tatsächlichen Beschaffungskosten übereinstimmt. Verfahren des Bundeskartellamtes haben dazu geführt, dass seit dem Jahr 2002 die Übertragungsnetzbetreiber das Ausschreibungsmodell für die Beschaffung der Regelenergie einsetzen, welches als wettbewerbskonform angesehen wird.¹²⁸

Daneben werden überhöhte Messpreise sowie die große Bandbreite der Messpreise kritisiert. Nach einer Statistik des VIK existieren bei den Strommesskosten Preisunterschiede von über 250%.¹²⁹ Darüber hinaus gibt die Analyse der Netznutzungsentgelte durch die Task Force Netzzugang Anlass zur Annahme, dass diese Kosten zum Teil in die Netznutzungsentgelte eingerechnet werden und somit nicht – wie nach der Verbändevereinbarung II gefordert – separat den Kunden in Rechnung gestellt werden.¹³⁰

Als weitere direkte Behinderungen werden Forderungen von Netzbetreibern zur Hinterlegung von Sicherheiten für jeden zu beliefernden Kunden angesehen. Gerade bei Newcomern kann die Hinterlegung von Sicherheiten zu erheblichen Liquiditätsproblemen führen, so dass

127 Siehe zur Analyse *Roman*, (Fn. 22), S. 66 f.; *Wolfgang Ahlemeyer/Volker Beckers/Georg Kutschke/Thomas Röthel/ Christoph Grobbel*, *Wie fair sind die Netznutzungsentgelte?*, ew 2002, S. 18 ff.

128 Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes (BkartA) gegen Bewag, EnBW, HEW und VEAG wegen unbilliger Abrechnung der Regelenergie, http://www.bkarta.de/30_10_2001.html, eingestellt nach der Verpflichtung, ein Ausschreibungsverfahren zu praktizieren, http://www.bundeskartellamt.de/21_02_2002.html und http://www.bundeskartellamt.de/19_08_2002.html .

129 Musterverfahren des BkartA gegen Wemag AG und RWE Net AG, http://www.bundeskartellamt.de/15_07_2002.html, VIK, Pressemitteilung vom 26. August 2002 über Preisunterschiede von über 250% bei Strommesskosten, <http://www.vik-online.de/aktuell/pressemitteilungen/pm020826.htm>.

130 *Roman*, (Fn. 22), S. 68 f.

hierdurch ein Wettbewerbsnachteil gegenüber vertikal integrierten Unternehmen gegeben ist. Diese sind entweder selbst Netzeigentümer oder können bei der Nutzung fremder Netze die zusätzlichen Kosten innerhalb des Unternehmens abwälzen.

Schließlich ergeben sich durch fehlende Informationen hinsichtlich technischer Details massive Nachteile für die Netznutzer. Gerade nach einem Kundenwechsel, der bei der Erhebung von Wechselentgelten¹³¹ nicht selten erschwert wird, sind oft dem neuen Stromlieferanten wesentliche Informationen, wie Zählerstände oder der Verbrauch des Kunden vorenthalten worden.¹³²

c) Asymmetrien zwischen Netzbetreibern und Netznutzern

Asymmetrien zwischen Netzbetreibern und Netznutzern bzw. mittelbare Netznutzungshindernisse bestehen vor allem aufgrund von Informationsvorteilen der Netzbetreiber. Diese beruhen zumeist auf unzureichender Entflechtung der vertikal integrierten Unternehmen oder auf Regelungen, die Intransparenz fördern.

Entflechtung hat den Zweck, Intransparenz und Diskriminierung zu verhindern. Dazu sind vertikal integrierte Unternehmen verpflichtet, Übertragungsnetze unabhängig von anderen Aktivitäten zu betreiben und im Übrigen für jede Aktivität getrennte Konten zu führen. Allerdings sind gerade bei kleineren EVU und Stadtwerken immer noch Informationsflüsse zwischen Netz und Vertrieb vorhanden. Eine gesellschaftliche Entflechtung von Netz und Vertrieb erfolgte nur bei Verbundunternehmen hinsichtlich der Übertragungsnetze. Nachteile aus den Informationsflüssen ergeben sich bspw. dann, wenn ein Stromlieferant nach Netznutzungsentgelten oder sonstigen Konditionen anfragt, weil er mit einem Kunden dieses Unternehmens einen Stromliefervertrag abschließen will. Hier kann es dazu kommen, dass dieser Kunde plötzlich ein viel günstigeres Angebot des bisherigen vertikal integrierten Unternehmens erhält und nicht wechselt.

131 Siehe bspw. LG Düsseldorf, ET 2002, S. 115; OLG München, ZNER 2001, S. 264-269; a. A. LG Hamburg, ZNER 2001, S. 59.

132 *Werner Müller*, Die Energiepolitik der Bundesregierung, Rede am 31. Mai 2001 in Hamburg,
<http://www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Reden%20%26%20Statements/2001/1531rede1.jsp>.

Weitere Behinderungen ergeben sich mittelbar aus der Tatsache, dass die Verbändevereinbarung nicht ausreichend Sanktionsmöglichkeiten bereit stellt, um diese gegen Marktteilnehmer durchzusetzen, die sich nicht daran halten. Darüber hinaus wurden bei der Fassung der VV nicht alle Interessen berücksichtigt. Zwar war man bei der letzten Novellierung bereit, die Verbraucherverbände mit aufzunehmen, was auch durch die Wirtschaftsverbände betont wird.¹³³ Allerdings erfolgte die Einladung – nach Auskunft des Verbraucherzentrale-Bundesverbandes (VZBV)¹³⁴ – erst zu einem Zeitpunkt, als die Ausarbeitung im Grunde schon beendet war. Einige Anregungen habe der VZBV noch einbringen können, z. B. die Aufnahme des All-Inclusive-Vertrages. Trotzdem habe nicht die Möglichkeit der gleichberechtigten Mitwirkung bestanden. Nicht umsonst fehlt die Unterschrift dieses Verbandes unter der VV II plus

d) Vollzugsmängel

Der Vollzug stellt sich neben klar verständlichen und transparenten Regelungen als wesentlich für eine zügige Durchsetzung des Netzzugangs heraus. Neben den Kartellbehörden steht auch die Energieaufsicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 EnWG zur Verfügung. Hinsichtlich Netzzugangsbehinderungen werden jedoch primär die Kartellbehörden aktiv.

Trotz des engagierten Bemühens der Vollzugsbehörden existieren Vollzugsmängel. Zentrale Probleme ergeben sich dabei wegen fehlender Informationen und behördlicher Sanktionsmängel. Ordnungsrecht ist letztlich nur dann wirksam, wenn ausreichende Informationen vorliegen, wenn des Weiteren eine regelmäßige Überwachung stattfindet und entsprechende Sanktionen auch durchgesetzt werden können.

Die o. g. Informationsvorteile der Netzbetreiber betreffen nicht nur die Netznutzer, sondern auch die Aufsichtsbehörden. So liegen Informationsvorteile auf Seiten des Netzbetreibers dann vor, wenn der

133 Siehe *Winkler* (Fn. 6), S. 29; VIK-Kommentar zur VV II plus, (Fn. 105); danach war „neben den Unterzeichner-Verbänden ... auch der VZBV Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. als Vertretung der Privatkunden an den Verhandlungen beteiligt“.

134 Schriftliche Auskunft des VZBV am 10. Januar 2003 nach Anfrage der Verfasser.

Netzzugang durch einen Dritten begehrt wird, dieser jedoch wegen des verlangten Netznutzungsentgelts (zunächst einmal) behindert wird. Eine effektive Überprüfung durch die Kartellbehörden scheitert zumeist schon daran, dass aufgrund wirtschaftlicher und technischer Komplexität nicht nachgewiesen werden kann, dass eine Preisüberhöhung vorliegt.¹³⁵ So bestehen dann auch schon Schwierigkeiten, einen Anfangsverdacht zu belegen. Darüber hinaus wird der betroffene Netzbetreiber sich wehren, die Kosten offen zu legen, die er für die Kalkulation des Entgelts einstellt. Die Überprüfung dieser Kosten ist zwar zulässig,¹³⁶ dennoch mit einem erheblichen Untersuchungs- und Zeitaufwand verbunden.¹³⁷ Gerade der Zeitfaktor ist aber für einen Netzzugangspetenten, vor allem für Newcomer, entscheidend, weil sonst die Gefahr besteht, dass der Kunde „verloren“ geht.

Unabhängig von den Informationsmängeln hindern auch Sanktionsmängel einen ordnungsgemäßen Vollzug. Diese sind in der Vollzugsbehörde begründet, weil bspw. keine Überwachung stattfinden soll oder kann. Letzteres ist vor allem wegen der derzeit noch unbefriedigenden Personalsituation der Fall. Zwar wurde wegen der Wichtigkeit der Materie beim Bundeskartellamt eigens eine Beschlussabteilung für die Stromwirtschaft gegründet, allerdings sind nur acht Mitarbeiter für die Missbrauchsaufsicht zuständig. Bei den Landeskartellbehörden sind in der Regel die Mitarbeiter für verschiedene Sachgebiete zuständig, so dass sich hier neben der schlechten Personalsituation noch Ausbildungsmängel hinzugesellen.

3. Handelshemmnisse

Stromhändler bilden den Indikator für einen funktionsfähigen Wettbewerb. Handelshemmnisse zeigen daher zugleich einen nicht-funktionsfähigen Wettbewerb an.

Unmittelbare Behinderungen ergeben sich bei einer Verweigerung des Netzzugangs, bei der Forderung nach Hinterlegung von Sicherheiten sowie bei überhöhten Netznutzungsentgelten, Messpreisen und Regelenergiekosten bzw. bei faktisch fehlender Verhandlungsmöglich-

135 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 756.

136 Vgl. OLG Düsseldorf ZNER 2002, 229.

137 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 756 ff, 883.

keit über die Netznutzungskonditionen. In all diesen Fällen ist der Stromhändler direkt betroffen, entweder weil er Kunden nicht beliefern kann oder weil er zusätzliche finanzielle Mittel bereitstellen muss, um die Forderungen des Netzbetreibers zu erfüllen.

Aber auch Behinderungen, die „nur“ mittelbar auf Händler einwirken, wie z. B. unzureichende Entflechtung oder fehlende Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Marktteilnehmern, die sich nicht an die selbst gestellten Regeln halten, haben einen großen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, denn diesbezüglich ist es für den einzelnen Stromhändler ungleich schwerer, gegen diese Hindernisse vorzugehen.

Sowohl bei unmittelbaren als auch bei mittelbaren Behinderungen spielt der Faktor Zeit eine große Rolle. Für neue Marktteilnehmer, insbesondere unabhängige Stromhändler, die nicht über die finanziellen oder personellen Ressourcen verfügen, stellt der reibungslose Netzzugang eine Existenzgrundlage dar. Finden Behinderungen statt, müssen die Marktteilnehmer die Möglichkeit haben, diese zeitnah zu beseitigen, andernfalls ist ihre Existenzgrundlage gefährdet. Das ist allerdings – wie gesehen – bei vielen Hindernisse gerade nicht der Fall.

4. Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass sowohl die Analyse der Europäischen Kommission, insbesondere die Daten zur Wettbewerbsintensität, als auch die Analyse hinsichtlich der Handelshemmnisse zu demselben Ergebnis kommen: der Wettbewerb funktioniert (noch) nicht.

Die Handelshemmnisse gehen dabei von Netzbetreibern aus und sind auf Ordnungsmängel zurückzuführen. Bei der Verteilungsnetzebene betrifft dies vor allem Stadtwerke und Regionalversorger. Allerdings halten große EVU, z. B. Eon oder RWE, Anteile an zahlreichen kleineren EVU, so dass hier sicher gleichgerichtete wirtschaftliche Interessen gegeben sind.

Nachteile ergeben sich aus diesem Verhalten für wechselwillige Kunden, bspw. für Industrieunternehmen, Gewerbebetriebe oder private Haushalte, sowie für Händler oder Vertriebsunternehmen anderer EVU. Die Durchsetzung der Netzbetreiberinteressen beruhen dabei auf monopolbedingte Informationsvorteile, Regelungsmerkmalen und Behördenmerkmalen.

Die Behinderungen nach Spalte 1 der Tabelle waren vor allem nach Wegfall der Gebietsmonopole relevant. Zahlreiche Gerichtsurteile haben aber inzwischen dafür gesorgt, dass die Voraussetzungen für Unzumutbarkeitsgründe konkretisiert wurden.

Die Behinderungen in Spalte 2, 3, und 4 Zeile 1 könnten theoretisch verboten oder durch Regulierung beseitigt werden. Daher fordern zahlreiche Kritiker entsprechende Rechtsvorschriften des Staates. Andere befürchten nur neue Schwierigkeiten und vertrauen daher eher auf die heilenden Marktkräfte und die Fortentwicklung der VV II plus.

V. Netznutzung zwischen privatwirtschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Regulierung

1. Meinungsstand

Für die aufgezeigten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Strommarkt wird von Kritikern des verhandelten Netzzugangsmodells das Fehlen einer Regulierungsbehörde und geeigneter Rechtsvorschriften für den Netzzugang verantwortlich gemacht. Demgegenüber sind die Bundesregierung und die betroffenen Wirtschaftsverbände der Auffassung, dass es sich nur um „Kinderkrankheiten“ eines im Prinzip erfolgreichen Netzzugangsmodells handle, die durch Ergänzungen der Verbändevereinbarung und durch administrative Maßnahmen geheilt werden können. Zu diesem Zweck wurde im April 2001 im Bundeswirtschaftsministerium eine Task Force Netzzugang¹³⁸ eingesetzt, die aus Ministerialbeamten und Angehörigen der Energiewirtschaft¹³⁹ besteht. Aufgabe der Task Force ist es, informierend, beratend, moderierend und schlichtend zur Lösung von Netzzugangsproblemen im Einzelfall beizutragen. Sie hat außerdem einen Best-Practice-Katalog und ein Merkblatt für den Lieferantenwechsel erarbeitet. Die Task Force nimmt Regulierungsfunktionen wahr, besitzt aber keine Eingriffsbefugnisse.

138 Dazu der Leiter der Task Force Netzzugang *Klaus-Peter Schultz*, Die Task Force Netzzugang, ET 2002, S. 216.

139 Diese Personen werden von der Energiewirtschaft bezahlt. Die Task Force ist jedoch organisatorischer Bestandteil des Bundeswirtschaftsministeriums.

Zur Beurteilung der Netzzugangskontroverse ist es erforderlich, sich einen Überblick über die wesentlichen Begründungen für den verhandelten und den regulierten Netzzugang zu verschaffen.

a) *Begründungen für den verhandelten Netzzugang*

Die Regelung des verhandelten Netzzugangs in § 6 Abs. 1 EnWG ist nicht das Ergebnis problembezogener Analysen und Diskussionen innerhalb der Bundesregierung. Vielmehr stellt die Regelung eine Kompromissformel dar, die zum Ausgleich von Bundes-, Länder-, Kommunal- und Wirtschaftsinteressen im Vermittlungsausschuss des Deutschen Bundestages gefunden wurde. Ursprünglich sah der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁴⁰ keine besondere Vorschrift¹⁴¹ über die „Durchleitung“ von Strom vor, wie damals die Nutzung fremder Netze genannt wurde. Die Bundesregierung glaubte, den diskriminierungsfreien Netzzugang allein durch die kartellrechtliche Aufsicht nach §§ 22 und 26 GWB – § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gab es noch nicht – gewährleisten zu können. Das Bundeswirtschaftsministerium hatte von Beginn der ersten Überlegungen zur Reform des Energiewirtschaftsrechts in den Jahren 1992 und 1993 die Linie – in informeller Abstimmung mit der Elektrizitätswirtschaft – verfolgt,¹⁴² die Energierechtsreform im Wesentlichen auf eine gesetzestechnische Modernisierung des Energiewirtschaftsgesetzes von 1935 und auf die Beseitigung der kartellrechtlichen Privilegierung von Demarkations- und Kon-

140 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drs. 13/7274, S. 4.

141 Erst auf Druck des Bundesrates, der eine Netznutzungsregelung forderte, nahm die Bundesregierung in die Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf eine Regelung auf, die die Netzbetreiber zur Festlegung und diskriminierungsfreien Anwendung von Netzzugangskriterien verpflichtete. Allerdings wurden Netznutzungsentgelte nicht erwähnt, und eine Verordnungsermächtigung zur Regelung der Netzzugangsvoraussetzungen fehlte (vgl. Fn. 140, S. 33).

142 Dazu der frühere Leiter der Energieabteilung im Bundeswirtschaftsministerium, *Elmar Becker*, Perspektiven deutscher Energiepolitik im EG-Binnenmarkt, ET 1992, S. 446, 449 f. Ein Jahr später bekräftigte der ehemalige Bundeswirtschaftsminister *Rexrodt* mit Schreiben vom 5.11.1993 an Bundesumweltminister *Töpfer* die restriktive Linie und lehnte es ab, die von Minister *Töpfer* vorgeschlagene Einführung eines Strompools in die Diskussion einzubeziehen.

zessionsverträgen zu beschränken. Alles Weitere – insbesondere die Regelung des Netzzugangs – sollte individuellen Vereinbarungen und Branchenabkommen der Marktteilnehmer überlassen bleiben. Alternativen zu dieser Konzeption wurden innerhalb der Bundesregierung nie ernsthaft erörtert.

Zur Rechtfertigung des verhandelten gegenüber dem regulierten Netzzugang wurden von der Bundesregierung im Wesentlichen vier Argumente angeführt. Der verhandelte Netzzugang

- stellt die leitungsgebundene Energiewirtschaft allen übrigen Wirtschaftszweigen gleich, in dem er die kartellrechtlichen Privilegien beseitigt und von einer regulativen Sonderbelastung der Energiewirtschaft absieht,¹⁴³
- ist ein Beitrag zur staatlichen Deregulierung, in dem er zusätzliche komplexe Marktregulierungen und die Einrichtung neuer oder den Ausbau bestehender Behörden vermeidet und die Erarbeitung sachgerechter Problemlösungen der Selbstregulierung der Marktteilnehmer überlässt,¹⁴⁴
- macht die Sachkompetenz der Marktteilnehmer, die von keiner Behörde nachgebildet werden kann, für sachgerechte und effiziente Problemlösungen nutzbar,¹⁴⁵
- veranlasst die Netzbetreiber zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs, weil sie andernfalls mit dem Bau neuer Leitungen durch die Wettbewerber und mit kartellrechtlichen Missbrauchsverfügungen rechnen müssen.¹⁴⁶

Dieselben Begründungen finden sich bei den meisten Befürwortern¹⁴⁷ des verhandelten Netzzugangs, wengleich Formulierung und Gewich-

143 EnWG-E, (Fn. 140), S. 10, 11.

144 EnWG-E, (Fn. 140), S. 10, 12.

145 Dazu die Leiterin der Energieabteilung im Bundeswirtschaftsministerium, *Christel Möller*, Aufgaben und Instrumente der Energieaufsicht im freien Markt, Rede am 27.9.2001 in Aachen, <http://www.bmwi.de/Homepage/Presseforum/Reden%20%26%20Statements/2001/1927rede2.jsp>.

146 EnWG-E, (Fn. 140), S. 11.

147 Aus der umfangreichen Literatur (vgl. Nachweise in Fn. 5, 6, 7) siehe außerdem: Präsident des VDEW, *Günter Marquis*, Selbstregulierung – Vor- und Nachteile aus Sicht eines deutschen Netzbetreibers, ew 2001, S. 20-23;

tung der Argumente unterschiedlich sind. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass das Modell eines regulierten Netzzugangs mit Sonderregulierungsbehörden sich weder im deutschen Telekommunikationsmarkt noch in ausländischen Energiemärkten als besonders erfolgreich erwiesen habe.¹⁴⁸ Schließlich wird auch die Gefahr gesehen, dass Regulierungsbehörden allmählich unter den Einfluss des zu regulierenden Wirtschaftszweiges geraten und zu sog. „captive agencies“ werden.¹⁴⁹

Unter dem Eindruck der oben aufgezeigten Netznutzungshindernisse ist bei manchen Vertretern des verhandelten Netzzugangs inzwischen ein Meinungsumschwung eingetreten. Prominentestes Beispiel ist die Monopolkommission, die zunächst den verhandelten Netzzugang vorbehaltlos unterstützt hatte,¹⁵⁰ im Jahre 2002 aber einen Schwenk um 180 Grad vollzog und nunmehr die Einrichtung einer besonderen Regulierungsbehörde mit Ex-ante-Regelungsbefugnissen für den Strom- und Gasmarkt fordert.¹⁵¹ Auch in der Energiewirtschaft

Michael Krakowski, Der Markt für Strom, Wirtschaftsdienst 2002, S. 296-300; *Christoph Engel*, Verhandelter Netzzugang, 2002; *Matthias Schmidt-Preuß*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Energiepolitik, in: *Energierrecht zwischen Umweltschutz und Wettbewerb*, UTR Band 61, 2002, S. 27-69, 38 ff.; *Bernhard Johannes Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2002, S. 321 ff.

148 So der DIHK, Stellungnahme zur Sachverständigen-Anhörung am 24.9.2001 vor dem Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages (sub II. 2), der u. a. darauf hinweist, dass der Kundenwechsel von der Telekom zu Konkurrenzanbietern im Ortsnetzbereich im Jahre 2001 kaum 2 % betrug. Deziert gegen eine staatliche Regulierung des Netzzugangs der BDI: *Carsten Kreklau*, Die Position des BDI zur Energiepolitik und Energiemarktliberalisierung, Vortrag am 28.11.2002 in Berlin (Bericht des Informationsdienstes KernEnergie).

149 So der frühere Präsident des BKartA *Dieter Wolf*, Eine Stromregulierungsbehörde wäre die grundsätzlich falsche Antwort, Wirtschaftsdienst 1999, S. 519-523, 520 f. Das Phänomen der „gefangenen Regulierungsbehörde“ ist vor allem in der US-amerikanischen Literatur häufig beschrieben worden, vgl. m. w. N.: *David H. Rosenbloom/Robert S. Kravchuk*, Public Administration, 5. Aufl., 2002, S. 435 f.

150 Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, 12. Hauptgutachten 1996/1997, 1998, Rdnr. 16.

151 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 772.

werden Stimmen laut, die einen regulierten Netzzugang für unvermeidbar halten.¹⁵²

b) Begründungen für den regulierten Netzzugang

Der Bundesrat hatte bereits im Gesetzgebungsverfahren gefordert, die Netzzugangsvoraussetzungen möglichst eindeutig zu regeln.¹⁵³ Auch die Europäische Kommission¹⁵⁴ bejahte die Notwendigkeit einer Regulierung des Netzzugangs und schlug eine entsprechende Änderung der Stromrichtlinie vor. Die Monopolkommission¹⁵⁵ hält inzwischen „ein Abgehen von dem gegenwärtig praktizierten Ansatz für geboten“ und legte für ihren Meinungswechsel eine ausführliche Begründung vor, die alle wesentlichen, für den regulierten Netzzugang bislang vorgebrachten Argumente¹⁵⁶ enthält. Die Begründung lässt sich in vier Argumenten zusammenfassen:

152 Beispielsweise: Der Vorstandsvorsitzende der EnBW AG, *Gerhard Goll*, Perspektiven und Hemmnisse auf dem Weg zu einem wirklich liberalisierten Energiemarkt, Vortrag am 12.11.2002 in Berlin (Bericht des Informationskreises KernEnergie); ferner der Senior Vice-President der Tractebel Electricity & Gas Europe, *Rolf Godesar*, Deutsche Energiestrukturen der Zukunft – Sichtweise eines Newcomers, ET 2001, S. 551-555.

153 EnWG-E, (Fn. 140), S. 28.

154 Siehe die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 96/92/EG auf 98/30/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt vom 13.3.2001, KOM (2001) 125 endg. – 2001/0077 (COD), 2001/0078 (COD), S. 8. Der geänderte Richtlinienentwurf vom 7.6.2002 (Fn. 11) verfolgt dieselbe Zielrichtung, räumt aber den Mitgliedsstaaten mehr Spielraum bei der Festlegung von behördlichen Regulierungsstrukturen ein.

155 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 772.

156 Aus der umfangreichen Literatur, die eine staatliche Regulierung des Netzzugangs fordert, siehe beispielsweise: *Kurt Markert*, Durchleitung von Strom und Gas: Allgemeines Kartellrecht oder Sonderregelung? BB 1997, S. 1421-1426; *Siegfried Klaue*, Einige Bemerkungen zur Verbändevereinbarung über Durchleitungsentgelte für Strom, ZNER 1998, S. 22-25 (hält die Verbändevereinbarung mit beachtlichen Gründen für kartellrechtswidrig); *Peter Klafka/Hans-Jörg Hinz/Wolfgang Zander/Michael Ritzau/Christian Held*, Netzzugangsverordnung für elektrische Netze, ET 1998, S. 35-41 (Mitverfasser des Entwurfs einer Netzzugangsverordnung, der von mehreren SPD-geführten Bundesländern im Bundesrat – allerdings ohne Erfolg – eingebracht wurde); *Jens-Peter Schneider*, Umweltpolitische Steuerung und regulative

- Erstens besteht ein prinzipieller wirtschaftlicher Anreiz für Netzbetreiber, überhöhte Netznutzungsentgelte zu verlangen sowie Wettbewerber aus den vor- und nachgelagerten Märkten bei der Netznutzung zu behindern.¹⁵⁷
- Zweitens führen korporatistische Lösungen wie die Verbändevereinbarung systematisch zur Diskriminierung nicht beteiligter Dritter, z. B. Kleinkunden, die keine Verhandlungsmacht besitzen,¹⁵⁸ und Wettbewerber aus dem Ausland;¹⁵⁹ ferner können Beteiligte mit geringer Verhandlungsmacht (z. B. meist Händler) ihre Interessen weniger wirksam durchsetzen als einige mächtige Akteure¹⁶⁰; hieraus ergibt sich schließlich eine mangelhafte rechtsstaatliche Legitimation von Verbändevereinbarungen.¹⁶¹
- Drittens sind die Kartellbehörden nicht in der Lage, mit Hilfe der nachträglichen Missbrauchsaufsicht (Ex-post-Kontrolle) Missstände zu beseitigen und künftigen Diskriminierungen durch die

Marktorganisation in der Stromwirtschaft, ZUR 1999, S. 181-187, 182; SRU, Umweltgutachten 2000, Rdnr. 1430-1440; Peter Becker, Rechtlicher Regelungsbedarf beim Netzzugang, ZNER 2000, S. 114-118 (hält die Regelung des Netzzugangs aufgrund der Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG für verfassungsrechtlich geboten); Peter Becker/Martina Faber, Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch das System des verhandelten Netzzugangs, NVwZ 2002, S. 156-161; Stefanie Neveling/ Christian Theobald, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Energiehandels: Die Vorschläge der EG-Kommission zur Anpassung der Strom- und Gasrichtlinien, EuZW 2002, S. 106-112. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht befürworten eine Regulierung des Netznutzungsentgelts: Gert Brunekreeft/Katja Keller, Sektorspezifische Ex-ante-Regulierung der deutschen Stromwirtschaft?, Oktober 2001

(Internet: <http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/vw/disk80.pdf>);

unentschieden: Ulrich Büdenbender, Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, DÖV 2002, S. 375-383.

157 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 731-739.

158 Siehe oben IV 2 c.

159 Siehe Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 760, 761; ferner die Klagen ausländischer Stromhändler über Diskriminierungspraktiken: Godesar (Fn. 152); Stefan Schlüter (Statkraft Energy Deutschland GmbH), (Fn. 116), S. 33-35.

160 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 764.

161 Vgl. Fn. 158, 159, 160.

Netzbetreiber vorzubeugen; denn den Behörden fehlen die hierzu erforderlichen technischen, wirtschaftlichen sowie sonstigen kosten- und marktrelevanten Informationen, die zur Verfügung zu stellen die Netzbetreiber aufgrund ihrer Interessenlage keine Veranlassung haben.¹⁶²

- Aus allem folgt viertens, dass zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Netznutzung im Strommarkt das Modell einer Ex-ante-Regulierung der Netznutzung durch eine besondere Regulierungsbehörde – ähnlich wie im Bereich der Telekommunikation – eingeführt werden sollte.¹⁶³

Die Ex-ante-Regulierung¹⁶⁴ umfasst – außer der Genehmigung allgemeiner Geschäftsbedingungen und Netznutzungsentgelte – die behördliche Befugnis, im Einzelfall die fehlende Einigung der Parteien über die Bedingungen der Netznutzung und die Höhe des Netznutzungsentgelts durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde zu ersetzen. Man mag dies euphemistisch „Vertragshilfe“¹⁶⁵ nennen; der Sache nach handelt es sich um ein behördliches Vertragsdiktat im Falle des missbräuchlichen Verhaltens eines Netzbetreibers.

Die Monopolkommission schlägt vor, die Regulierungskompetenzen im Telekommunikations-, Post-, Bahn-, Strom- und Gasbereich in einer Behörde zusammenzufassen, um das Risiko zu minimieren, dass die Regulierungsbehörde unter den Einfluss (capture) eines bestimmten Wirtschaftszweiges gerät.¹⁶⁶

Da das empfohlene Ex-ante-Regulierungsverfahren neben dem allgemeinen kartellrechtlichen Verfahren besteht, sollen Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt – entsprechend § 82 TKG – zur wechselseitigen Beteiligung verpflichtet werden. Zur Wahrung der Rechtseinheit wird schließlich vorgeschlagen, dass die Rechtswege zu den ordentlichen Gerichten bei Entscheidungen der Kartellbehörde und zu den Verwaltungsgerichten bei Entscheidungen der Regulierungsbehör-

162 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 731, 756.

163 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 771, 772, 873, 880, 881.

164 Vgl. §§ 23, 25 TKG i. V. m. der Telekommunikations-EntgeltregulierungsVO (TEntgV) vom 1.10.1996 (BGBl. I S. 1492) sowie §§ 33 Abs. 2, 35-37 TKG i. V. m. der NetzzugangsVO vom 23.10.1996 (BGBl. I S. 1568).

165 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 769.

166 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 798, 807.

de in letzter Instanz beim Bundesgerichtshof zusammengeführt werden.¹⁶⁷

2. Steuerungsprämissen

Die dargelegten Positionen zum verhandelten und regulierten Netzzugang beruhen auf unterschiedlichen empirischen Prämissen zur Steuerung menschlichen Verhaltens in Organisationen. Diese Prämissen sind in den Begründungen für den verhandelten und regulierten Netzzugang allerdings nur implizit erkennbar, obwohl es gerade diese Prämissen sind, die auf ihre empirische Plausibilität hin überprüft und diskutiert werden müssten.

a) Marktwirtschaft, Eigenverantwortung, Selbstregulierung

In den Begründungen für den verhandelten Netzzugang werden häufig die Begriffe Marktwirtschaft, Eigenverantwortung und Selbstregulierung¹⁶⁸ verwendet, die einen bestimmten Steuerungsmechanismus für menschliches Verhalten andeuten.

In der Marktwirtschaft erfolgt die Steuerung der Wirtschaftssubjekte über Marktpreise, die sich im Wettbewerb frei aufgrund von Angebot und Nachfrage bilden.¹⁶⁹ Dieser Steuerungsmechanismus greift im Rahmen des verhandelten Netzzugangs freilich nicht ein, weil im Netzbereich gerade keine Wettbewerbspreise entstehen, sondern ein natürliches Monopol herrscht. So hat sich auch die zur Rechtfertigung des verhandelten Netzzugangs geäußerte Erwartung der Bundesregierung¹⁷⁰ als trügerisch erwiesen, dass die Wettbewerber den Netzbetreibern mit dem Bau neuer Leitungen drohen und auf diese Weise einen diskriminierungsfreien Netzzugang erzwingen würden. Demzufolge ist es irreführend, die Verbändevereinbarung als ein marktwirtschaftliches Instrument zu bezeichnen. Sie ist ein korporatistischer

167 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 798, 889.

168 Siehe z. B. *Meller*, (Fn. 5); *Marquis*, (Fn. 147) ; *Schmidt-Preuß*, (Fn. 147); *Kreklau*, (Fn. 148).

169 Vgl. *Wolfgang Kerber*, Wirtschaftspolitik, in: Rolf Walter (Hrsg.), *Wirtschaftswissenschaften. Eine Einführung*, 1997, S. 598-637, 604.

170 EnWG-E, (Fn. 140).

Steuerungsmechanismus,¹⁷¹ der an die Stelle der fehlenden Preissteuerung tritt.

Der Begriff der Eigenverantwortung deutet auf Ethik und Moral als Steuerungsmechanismus hin. Denn die eigenverantwortliche Festlegung nichtdiskriminierender Entgelte und Bedingungen für die Netznutzung widerspräche den eigennützigen Interessen der Netzbetreiber und wäre daher nur aus einer Handlungsnorm ableitbar, die ein Handeln zum Nutzen anderer unter Inkaufnahme eigener Nachteile, also ein altruistisches Handeln,¹⁷² fordert. Demnach müsste das Handeln der Netzbetreiber und der Beteiligten der Verbändevereinbarung durch eine Art kategorischen Imperativ im Sinne Kants gesteuert werden, wonach „Netznutzungsbedingungen und Netznutzungsentgelte so festgelegt werden, dass die zugrunde liegende Maxime jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte“.¹⁷³ Angesichts der (teilweise) überhöhten Nutzungsentgelte und der vornehmlich an den Interessen der Netzbetreiber orientierten Netznutzungsbedingungen ist offenkundig, dass die deutschen Netzbetreiber eher ihrem Eigennutz als Kant folgen und somit Eigenverantwortung als Steuerungsmechanismus für einen diskriminierungsfreien Netzzugang ausscheidet.

Dem Begriff der Selbstregulierung ist schließlich kein eigenständiger Steuerungsmechanismus zu entnehmen.¹⁷⁴ Selbstregulierung heißt nur Abwesenheit von Fremdsteuerung, z. B. staatlicher Steuerung. Die Verhaltenssteuerung selbst beruht dagegen entweder auf Eigennutz

171 Die Monopolkommission bezeichnet daher die Verbändevereinbarung auch zutreffend als „korporatistische Lösung“, (Fn. 8), Rdnr. 759.

172 Dazu *Gebhard Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2. Aufl., 2000, S. 176.

173 *Kants* Kategorisches Imperativ lautet: „Handle so, dass die Maxime Deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip der allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte“; vgl.: *Nicolai Hartmann*, *Einführung in die Philosophie*, 5. Aufl., o. J., S. 161.

174 Dies illustriert (unfreiwillig) die Begriffsbestimmung von *Angela Faber*, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen*, 2001. Als zentrale Merkmale der Selbstregulierung werden genannt (S. 50 ff.): die Regelungs- und/oder Vollzugsubstitution und die Freiwilligkeit. Das erste Merkmal impliziert die *Möglichkeit* staatlicher Regelung als Steuerungsmechanismus, also das Gegenteil von rein gesellschaftlicher Selbstregulierung. Das zweite Merkmal impliziert Eigennutz oder Moral als Steuerungsmechanismen.

oder Moral. Beide sind untauglich für die Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Netznutzung durch die Netzbetreiber.

Bei näherem Zusehen wird deutlich, dass die Meinungsverschiedenheiten auf unterschiedlichen Prämissen zur Wirksamkeit der Steuerungsmechanismen Tausch und Hierarchie beruhen.

b) Tauschdominanz

Der Begriff „Tausch“ wird hier in einem weiten Sinn verstanden und umfasst alle von den Beteiligten wechselseitig angestrebten Verhaltensweisen, einschließlich eines Unterlassens. Im verhandelten Netzzugang bilden Tauschbeziehungen zwischen Netzbetreibern und Netznutzern die Grundlage der verschiedenen, in Abbildung 2 aufgezeigten Einzelverträge. Tauschbeziehungen bestehen ferner zwischen den Verbänden, die an den Verbändevereinbarungen beteiligt sind. Schließlich ist Kernstück des verhandelten Netzzugangsregimes die konkludente Absprache zwischen dem Bundeswirtschaftsministerium und den betroffenen Wirtschaftsverbänden, dass das Ministerium auf eine Netzverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG so lange verzichtet, wie die betroffenen Wirtschaftsverbände die erforderlichen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Netznutzung untereinander durch Vereinbarung in EG-rechtskonformer Weise regeln. Getauscht wird vorläufiger Verzicht auf staatliche Regulierung (Unterlassen) gegen eine EG-rechtskonforme Verbändevereinbarung über die Netznutzung. Es handelt sich hierbei um den typischen Fall einer ordnungsvertretenden oder ordnungsabwendenden informalen Absprache¹⁷⁵ zwischen Regierung und Wirtschaft. Die Bundesregierung¹⁷⁶ hatte bereits in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf über die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts hervorgehoben, dass sie im Falle einer geeigneten Verbändevereinbarung gern auf eine Regulierung des Netzzugangs verzichten werde.

Die aufgezeigten Tauschverhältnisse werden im Modell des verhandelten Netzzugangs durch den Steuerungsmechanismus der staatlichen Hierarchie ergänzt. Letztere besteht in einem Über- und Unter-

175 Dazu genauer unter VI 2 b.

176 EnWG-E, (Fn. 140), S. 36.

ordnungsverhältnis zwischen Staat und privaten Akteuren, das auf dem verfassungsrechtlich sanktionierten Gewaltmonopol des Staates beruht. Das Gewaltmonopol berechtigt den Staat, das gewünschte gesellschaftliche Verhalten durch Rechtsvorschriften anzuordnen und notfalls mit physischer Gewalt – unter Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen – durchzusetzen. Steuerungsinstrument ist also die Furcht privater Akteure vor dem Einsatz staatlichen Zwangs. Im Modell des verhandelten Netzzugangs erfolgt die Anordnung eines bestimmten, wettbewerbsgerechten Verhaltens unter Androhung und gegebenenfalls Anwendung staatlichen Zwangs durch Verfügung der Kartellbehörden, insbesondere nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Diese Verfügung dient damit der Durchsetzung der Verbändevereinbarung im Einzelfall und soll zudem andere Netzbetreiber von der Nichteinhaltung der Verbändevereinbarung präventiv abschrecken.

Ferner ermöglicht § 6 Abs. 2 EnWG den Einsatz staatlicher „Regulierungsgewalt“ durch das Bundeswirtschaftsministerium. Die Drohung mit der Ausübung dieser Regulierungsgewalt hat zum Abschluss der Verbändevereinbarung beigetragen. Da der vorläufige Verzicht des Bundeswirtschaftsministeriums auf den Erlass einer Netzverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG – wie noch zu zeigen ist – rechtlich unverbindlich ist, besteht die bedingte Androhung staatlicher Regulierungsgewalt fort.

Im Modell des verhandelten Netzzugangs dominiert der Tausch als Steuerungsmechanismus. Die Steuerungsfunktion staatlicher Hierarchie besitzt subsidiären Charakter. Die Funktionsfähigkeit dieses Steuerungssystems ist begründungsbedürftig. Insbesondere stellen sich zwei Fragen:

- Werden die beteiligten Wirtschaftsverbände durch die anhaltende staatliche Drohung mit dem Erlass einer Netzverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG dazu veranlasst, beim Aushandeln der Verbändevereinbarung freiwillig die Interessen nicht beteiligter Akteure, wie Stromhändler, ausländische Unternehmen und private Haushalte, künftig angemessen zu berücksichtigen?
- Werden die Netzbetreiber durch die behördliche Drohung mit kartellrechtlichen Verfügungen dazu veranlasst, die Anforderungen der Verbändevereinbarung auch in Fällen hierdurch verursachter wirtschaftlicher Nachteile künftig im Einzelfall einzuhalten?

Bevor auf diese Fragen eingegangen wird, ist der Steuerungsmechanismus des regulierten Netzzugangs zu erläutern.

c) Hierarchiedominanz

Im Modell des regulierten Netzzugangs bestehen Hierarchieverhältnisse bei

- der Festlegung der allgemeinen Netznutzungsbedingungen durch Rechtsverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG,
- der Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs im Einzelfall durch die Regulierungsbehörde und
- der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, insbesondere nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

Tauschbeziehungen liegen den individuellen Netznutzungsverträgen zugrunde. Die Tauschbeziehungen besitzen allerdings eine Steuerungsfunktion nur im Falle einer einvernehmlichen Vertragslösung. Werden nämlich die Höhe des Netznutzungsentgelts und andere Nutzungsbedingungen den Parteien durch Verfügung der Regulierungsbehörde ex-ante oktroyiert, so entfällt eine Steuerungsfunktion für das Tauschverhältnis aus Netznutzung und Entgelt. Die Verhaltenssteuerung erfolgt in diesem Fall allein durch Anordnung und Zwang seitens der Regulierungsbehörde.

Im regulierten Netzzugangsmodell dominiert also der Steuerungsmechanismus der Hierarchie. Seine Funktionsfähigkeit ist ebenfalls begründungsbedürftig. Insbesondere stellen sich zwei Fragen:

- Wie stellt der Staat sicher, dass er bei Erlass und Novellierungen der Netzverordnung sowie bei der Ex-ante-Regulierung von individuellen Netznutzungsverhältnissen entweder selbst über die hierfür notwendigen technischen, wirtschaftlichen sowie netz- und marktbezogenen Informationen verfügt oder diese Informationen von den Netzbetreibern und sonstigen Marktteilnehmern erhält?
- Wie gelingt es dem Staat, die Netzverordnung bei erkannten Regelungsmängeln oder im Falle technischer, wirtschaftlicher oder sonstiger Veränderungen der Netz- und Marktverhältnisse mit der vom Marktgeschehen gebotenen Schnelligkeit auch gegen politische und sonstige Widerstände an neue Problemlagen anzupassen?

3. Theoretische Grundlagen

a) Kausalitätsfragen

Die oben gestellten, aber noch offen gebliebenen Fragen zu den Steuerungsprämissen des verhandelten und des regulierten Netzzugangs betreffen den kausalen Zusammenhang zwischen der Androhung und Anwendung staatlicher Regulierungsgewalt und bestimmten, aus wettbewerblicher Sicht erwünschten Verhaltensweisen der Netzbetreiber.

Im Falle des verhandelten Netzzugangs wird die wesentliche Steuerungsleistung zwar den Tauschbeziehungen zwischen den Beteiligten der Verbändevereinbarung und der individuellen Netznutzungsverträge zugeschrieben. Der Androhung staatlicher Regulierungsgewalt in Gestalt einer Netzverordnung und kartellrechtlicher Missbrauchsverfügungen kommt im Modell des verhandelten Netzzugangs jedoch eine wichtige ergänzende Steuerungsfunktion zu. Die Netzbetreiber sollen nämlich dazu veranlasst werden, im Rahmen der Tauschbeziehungen ihre wirtschaftlichen Eigeninteressen gegenüber dem wettbewerblichen Allgemeininteresse an einer diskriminierungsfreien Netznutzung zumindest teilweise zurückzustellen.

Im Modell des regulierten Netzzugangs beruht die Steuerungsleistung auf der Anwendung staatlicher Regulierungsgewalt in Gestalt einer Netzverordnung und individueller Ex-ante-Regulierungsverfügungen, ergänzt durch nachträgliche kartellrechtliche Verfügungen. Die für die Anwendung staatlicher Regulierungsgewalt notwendigen netz- und marktrelevanten Informationen sollen – soweit die Behörden hierüber nicht selbst verfügen – im Modell des regulierten Netzzugangs von den Netzbetreibern aus Furcht vor der Anwendung staatlichen Zwangs an die zuständigen Regulierungsbehörden geliefert werden.

Da sich diese Kausalbeziehung zwischen Informationslieferung und Furcht vor staatlicher Regulierungsgewalt ebenso wenig wie die dargelegten Kausalitätsannahmen des verhandelten Netzzugangs unmittelbar auf Beobachtungen stützen, sondern nur aus allgemeinen (bislang nicht widerlegten) Sätzen über Kausalbeziehungen ableiten lassen,¹⁷⁷ stellt sich die Frage nach den theoretischen Grundlagen für die zur Debatte stehenden Netzzugangsmodelle. Dabei geht es im Rahmen

177 Dazu die Beschreibung des Vorgangs kausaler Erklärungen und Prognosen bei *Karl R. Popper*, *Objektive Erkenntnis*, 3. Aufl., 1995, S. 362 ff.

sozialwissenschaftlicher Theorieansätze um keine streng logisch-deduktiven Erklärungen und Prognosen, sondern nur um die Begründung plausibler Kausalitätsannahmen.¹⁷⁸

b) Regulierungstheoretische Ansätze

Für natürliche Netzmonopole wird die Notwendigkeit staatlicher Regulierung von der ökonomischen Theorie generell bejaht. Umstritten und Gegenstand zahlreicher unterschiedlicher Theorieansätze ist das „Wie“ der Regulierung. Der Regulierungsbedarf wird teilweise pauschal mit Marktversagen, teilweise mit Ineffizienzen bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen im Rahmen natürlicher Monopole begründet.¹⁷⁹ Soweit ersichtlich, gibt es bislang keinen theoretischen Ansatz zur Begründung des verhandelten Netzzugangs und des damit verbundenen Verzichts auf staatliche Regulierung. Wie oben (sub IV.2 a) dargelegt, handelt es sich bei den Begründungsversuchen mit den Begriffen Marktwirtschaft, Eigenverantwortung und Selbstregulierung nicht um empirisch fundierte Theoriekonzepte, sondern um politisch-normative Leitbilder.

Zur theoretischen Rechtfertigung des regulierten Netzzugangs wird insbesondere auf die sog. „Theorie der vertikalen Beziehungen“ der Chicago School of Antitrust Analysis und auf theoretische Ansätze der sog. Neuen Institutionenökonomik Bezug genommen.

So wird aus der Theorie der vertikalen Beziehungen die These¹⁸⁰ abgeleitet, dass ein vertikal integrierter Netzbetreiber bei ausreichend hohem Netznutzungsentgelt kaum Anreize habe, die Netznutzung Dritter durch diskriminierende Anforderungen zu behindern. Denn hierdurch würde er die Nachfrage nach Netznutzungsleistungen vermindern und wirtschaftliche Verluste erleiden. Demnach soll zwischen der Höhe der Netznutzungsentgelte und dem Anreiz zu diskriminierendem

178 Siehe zum beschränkten Erklärungspotential der empirischen Sozialwissenschaften: *Renate Mayntz*, Historische Überraschungen und das Erklärungspotential der Sozialwissenschaft, in: dieselbe, Soziale Dynamik und politische Steuerung, 1997, S. 328 ff.

179 Siehe die zusammenfassenden Überblicke über verschiedene regulierungstheoretische Ansätze bei *Günter Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2001, S. 28, 80 ff.; *Joachim Weimann*, Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., 2001, S. 318 ff., 342.

180 Siehe *Brunekreeft/Keller*, (Fn. 156), S. 9 ff.

Verhalten der Netzbetreiber ein umgekehrtes Verhältnis bestehen: Je höher die Netznutzungsentgelte sind, umso geringer seien die Anreize zur Diskriminierung und umgekehrt. Aus dieser These wird gefolgert, dass sich der Staat auf eine Niveauregulierung der Netzzugangsentgelte beschränken und zur Verhinderung von materiellen Diskriminierungspraktiken die rechtliche Entflechtung vertikal integrierter Netzbetreiber durchsetzen solle.¹⁸¹

Auch auf der Grundlage von Konzepten der sog. Neuen Institutionenökonomik¹⁸² wird die staatliche Regulierung des Netzzugangs für

181 So *Brunekreeft/Keller*, (Fn. 156), S. 21. Die Monopolkommission (Fn. 8, Rdnr. 873, 874) verbindet – u. a. unter Berufung auf *Brunekreeft* – mit einer Ex-ante-Regulierung der Netznutzungsentgelte die Erwartung, dass auch weitere Behinderungspotentiale beseitigt werden. Allerdings ist die theoretische Ableitung der Regulierungsvorschläge aus der Theorie der vertikalen Beziehungen – nicht zuletzt wegen der apodiktischen Kürze der Argumentation – schwer nachvollziehbar. Der als Kronzeuge der Chicagoer Schule angerufene *Richard A. Posner* (*The Chicago School of Antitrust Analysis*, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979), S. 925-948; *Antitrust Law*, 2. Aufl., 2001) weist eigentlich nur darauf hin, dass sich vertikal integrierte Unternehmen nicht notwendig wettbewerbsschädlich verhalten (1979, S. 936; 2001, S. 223 ff.). Eine theoretische Begründung für Ex-ante-Regulierungen ist hieraus kaum ableitbar.

182 Dieser derzeit im konjunkturellen Aufschwung befindliche ökonomische Theorieansatz (vgl. die Darstellung und kritische Würdigung bei *Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn*, *Neue Institutionsökonomik*, 2. Aufl., 1999) geht vor allem auf *Oliver E. Williamson* (*Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975) zurück und wurde von *Paul L. Joskow* (*Introducing competition into regulated network industries: from hierarchies to markets in electricity*, *Industrial and Corporate Change* 5, 1996, S. 341-382) zur Analyse von Regulierungsproblemen im US-Strommarkt herangezogen. *Lars Kumkar* (*Wettbewerbsorientierte Reformen der Stromwirtschaft*, 2000) stützt seine Überlegungen zur Reform der deutschen Stromwirtschaft ebenfalls auf Konzepte der Neuen Institutionenökonomik (a.a.O., S. 54 ff). Der Begriff „Institution“ bezeichnet ein Arrangement zwischen wirtschaftlichen Einheiten, das als System von Normen und deren Garantieinstrumente die Methoden der Kooperation und/oder Wettbewerb zwischen diesen Einheiten regelt“ (*Kumkar* 2000, S. 54, ähnlich *Richter/Furubotn* 1999, S. 7, 43). Ziel der Institutionenökonomik ist es, die Vor- und Nachteile alternativer Institutionen mit unterschiedlichen Transaktionskosten (= Kosten der Gründung und Nutzung einer Institution; *Kumkar* 2000, S. 58) unter dem Gesichtspunkt der Effizienz zu analysieren (*Kumkar* 2000, S. 55; *Richter/Furubotn* 1999, S. 33 ff.). Die Neue Institutionenökonomik verwendet Konzepte der Theorie formaler Organisationen – z. B. das Konzept der begrenzten

unverzichtbar gehalten. Denn die Netzbetreiber haben den Anreiz und die Fähigkeit, bei der Gewährung des Netzzugangs andere Wettbewerber zu benachteiligen und Unternehmen zu bevorzugen, an denen sie finanziell beteiligt sind oder sonstige finanzielle Interessen haben.¹⁸³ Im Unterschied zu dem Regulierungskonzept, das sich auf die Chicagoer Theorie der vertikalen Beziehungen beruft, wird von Vertretern des institutionenökonomischen Ansatzes¹⁸⁴ außer der Regulierung der Netznutzungsentgelte auch eine Verhaltensregulierung der Netzbetreiber für erforderlich gehalten,¹⁸⁵ während eine eigentumsrechtliche Zwangsentflechtung vertikal integrierter Netzbetreiber nicht gefordert wird.¹⁸⁶ Die neuen Regulierungsaufgaben sollen dem Bundeskartellamt oder der Regulierungsbehörde für Telekommunikation übertragen werden.¹⁸⁷

c) Theoriedefizite

Die skizzierten Theorieansätze ebenso wie ältere Ansätze der ökonomischen Regulierungstheorie setzen voraus, dass der Staat über ausreichende Informationen verfügt, um eine problemgerechte Netzverordnung zu erlassen sowie im Einzelfall Ex-ante-Regulierungsverfügungen und kartellrechtliche Aufsichtsverfügungen zu treffen. Die ökonomischen Theorieansätze beruhen durchweg auf einem hierarchischen Steuerungsmechanismus und berücksichtigen nicht dessen informati-

Rationalität (bounded rationality) oder der formalen und informalen Organisation (vgl. *Richter/Furubotn* 1999, S. 4, 8, 43, 292 ff., 304 ff., 493 f.) und überlappt sich daher in vielfältiger Weise mit der soziologischen Organisationstheorie. Manche (z. B. *Philipp Herder-Dorneich*, Zugänge zur Systemforschung, in: Dieter Cassel (Hrsg.), *Perspektiven der Systemforschung*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 268, 1999, S. 119-144, 142) betrachten die Neue Institutionenökonomik daher auch nicht als „Ökonomik“, sondern bezeichnen sie als „ökonomisierende Soziologie“.

183 So *Joskow*, (Fn. 182), S. 345.

184 *Joskow* (Transaction cost economics, antitrust rules and remedies, 1.11.2001; Internet: <http://econ-www.mit.edu/faculty/pjoskow/files/PLJ-JLEO-Paper-11-1-01.pdf>) bezeichnet den Ansatz als „Post-Chicago antitrust law and economics (PCALE)“.

185 *Joskow*, (Fn. 182), S. 345; *Kumkar*, (Fn. 182), S. 368 ff., 424.

186 So *Kumkar*, (Fn. 182), S. 369.

187 So *Kumkar*, (Fn. 182), S. 422.

onellen und organisatorischen Restriktionen. Das gilt auch für die Ansätze der neuen Institutionenökonomik,¹⁸⁸ obwohl diese organisations-theoretische Konzepte wie das der „begrenzten Rationalität“ (bounded rationality) in die ökonomische Theorie einbeziehen will.

Das Informationsdefizit¹⁸⁹ der Regulierungsbehörden ergibt sich einmal aus der Komplexität der technischen, wirtschaftlichen, finanziellen und rechtlichen Sachverhalte des Baus und Betriebs von Leitungsnetzen, deren Verständnis Spezialkenntnisse erfordert, die die Regulierungsbeamten nur in begrenztem Umfang besitzen. Ferner befinden sich die entscheidungsrelevanten Informationen in der „Sphäre“ der zu regulierenden Netzbetreiber und der Marktteilnehmer, sodass der Informationszugang des Staates in der Regel von der Kooperationswilligkeit der privaten Informationsträger abhängig ist.

Der Staat kann sich den fehlenden Sachverstand auch nicht im erforderlichen Umfang einkaufen. Bund und Länder besitzen nicht die finanziellen Mittel, um die hoch bezahlten Spezialisten aus der Elektrizitätswirtschaft in nennenswerter Zahl abwerben zu können.¹⁹⁰ In personeller Hinsicht besteht gegenwärtig und mittelfristig ein wesentlicher Unterschied zwischen der staatlichen Regulierungsfähigkeit im Energiebereich sowie in den Bereichen von Bahn, Post und Telekommunikation. Da in diesen Bereich staatliche Monopolunternehmen bis Anfang der 1990er Jahre tätig waren, verfügte der Staat hier von Anfang an über fachkundiges Personal zur Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben. Langfristig würde aber auch der Einkauf von Spezialisten nichts an der informationellen Asymmetrie zwischen Staat und Wirtschaft ändern, weil die aus der Wirtschaft kommenden Spezialisten zunehmend das Wissen über die neuesten Entwicklungen in der Praxis verlieren.

Schließlich bestehen kaum lösbare konzeptionelle Probleme der Kostenzurechnung. Der Bau und Betrieb von Leitungsnetzen sowie andere Aktivitäten vertikal oder horizontal integrierter Netzbetreiber sind vielfach mit hohen versunkenen Kosten, fixen Kosten und Gemeinkos-

188 Ebenso *Fritz W. Scharpf*, Interaktionsformen. Akteurzentrierter Institutionalismus in der Politikforschung, 2000, S. 286.

189 Dazu Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 731; *Engel*, (Fn. 147), S. 14 ff.

190 Das Bundeswirtschaftsministerium zahlt noch nicht einmal die Gehälter der aus der Wirtschaft kommenden Mitarbeiter der neu eingerichteten Task Force Netzzugang, (vgl. Fn. 139).

ten verbunden, für deren angemessene Zurechnung zu einzelnen Leistungen der Netzbetreiber keine allgemein akzeptierten Kriterien bestehen. Demzufolge wird der Netzbetreiber bestrebt sein, die Zurechnung der genannten Kostenarten so vorzunehmen, dass die Wettbewerber aus besonders profitablen nachgelagerten Märkten herausgehalten werden. Der Staat befindet sich dabei in dem Dilemma, dass er einerseits Missbräuche bei der Kostenzurechnung durch Regulierungsmaßnahmen verhindern, andererseits aber auch gewährleisten muss, dass die Netzbetreiber einen angemessenen Gewinn erwirtschaften, um die Kosten für die Unterhaltung und den Ausbau der Netze decken zu können.

Bei dieser Informationslage und unter den Bedingungen des gewaltenteilenden Verfassungsstaates können die betroffenen Wirtschaftsverbände und Netzbetreiber der im Modell des regulierten Netzzugangs angedrohten staatlichen Regulierungsgewalt weitgehend gelassen entgegensehen. Niemand kann sie zwingen, die für den Erlass und für künftige Novellierungen einer Netzverordnung sowie für Ex-ante-Regulierungsverfügungen und kartellrechtliche Aufsichtsverfügungen erforderlichen Informationen dem Staat zur Verfügung zu stellen. Was zu befürchten ist, sind lediglich fehlerhafte Regulierungsentscheidungen des Staates, die mit nachteiligen wirtschaftlichen Folgen verbunden sein können. Diesem Risiko werden die betroffenen privaten Akteure jedoch mit einer geeigneten Informationspolitik begegnen können.

Ähnlich liegen die Dinge beim Modell des verhandelten Netzzugangs. Angesichts des staatlichen Informationsdefizits dürfte die staatliche Drohung mit dem Erlass einer Netzverordnung die Netzbetreiber kaum dazu veranlassen, die wirtschaftlichen Vorteile ihrer Monopolstellung zugunsten Dritter einzuschränken und auf überhöhte Netznutzungsentgelte oder Diskriminierungspraktiken zu verzichten. Die weitere Verfeinerung der Verbändevereinbarung und die beratende Tätigkeit der Task Force Netzzugang beim Bundeswirtschaftsministerium ändern an dieser Interessenlage nichts.

Die verschiedenen Ansätze der ökonomischen Regulierungstheorie haben als gemeinsame Voraussetzung, dass der Staat die aus der Theorie abgeleiteten Regulierungsmaßnahmen im Wege hierarchischer Steuerung durchsetzt. Die Informationsanforderungen hierarchischer Steuerungen sind in komplexen Problemlagen jedoch hoch und im

Rahmen des von der Monopolkommission vorgeschlagenen Modells eines regulierten Netzzugangs nicht erfüllbar.¹⁹¹

Unter denselben Informationsdefiziten leidet auch der verhandelte Netzzugang in seiner derzeitigen Ausgestaltung, soweit nämlich Diskriminierungspraktiken und die Benachteiligung Dritter im Rahmen der Verbändevereinbarung durch die Androhung staatlicher Regulierungsgewalt verhindert werden sollen.

Bereits vor dreißig Jahren hatte die Monopolkommission¹⁹² unter Hinweis auf die unzureichenden Informationen der Behörden die fehlende Eignung der Fach-, Preis- und Missbrauchsaufsicht dargelegt, monopolistische Missbräuche im Energiemarkt zu verhindern. An den prinzipiellen Schwächen ordnungsrechtlicher Regulierungsinstrumente hat sich bis heute nichts geändert. Letztlich bleibt der Monopolkommission¹⁹³ zur Rechtfertigung des Regulierungsvorschlags nur die Hoffnung, dass „dem Risiko von Fehlentscheidungen ... der Regulierungsinstanz ... die Chance gegenüber[steht], dass durch die Regulierung der Spielraum für Fehlentscheidungen ... des Netzmonopolisten, insbesondere auf den nachgelagerten Märkten eingeschränkt wird.“ Diesen Risikovergleich stützt das Prinzip Hoffnung allerdings nur dann, wenn unterstellt wird, dass die möglichen nachteiligen Folgen von Fehlentscheidungen der Regulierungsinstanzen nicht schwerwiegender und nicht wahrscheinlicher sind als die möglichen nachteiligen Folgen von Fehlentscheidungen der Netzbetreiber. Im Übrigen lässt sich der Risikovergleich auch umkehren und dann als Rechtfertigung des verhandelten Netzzugangs verwenden. Befürworter dieses Modells könnten argumentieren, dass dem Risiko von Fehlentscheidungen der Netzbetreiber die Chance gegenüber steht, dass durch die Verbände-

191 Der Vollständigkeit halber sei auf die Folgeprobleme des Informationsdefizits im Rahmen hierarchischer Steuerung hingewiesen, die insbesondere im Umweltrecht unter der Bezeichnung „Vollzugsdefizit“ vielfach belegt sind. Die Wirksamkeit des Ordnungsrechts – hierum handelt es sich bei der Wirtschaftsregulierung – erfordert kontinuierliche Überwachungsmaßnahmen, um die notwendigen Informationen über mögliche Rechtsverletzungen zu gewinnen. Dies ist sehr personal- und ressourcenintensiv. Ferner bedarf ein wirksamer Vollzug des Ordnungsrechts zeitnaher Sanktionen. Wenn ausreichende Informationen, Kontrollen und Sanktionen fehlen, läuft das Ordnungsrecht weitgehend leer.

192 Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, 1. Hauptgutachten 1973/1975, 2. Aufl., 1977, Rdnr. 769 ff.

193 Monopolkommission, (Fn. 8), Rdnr. 804.

vereinbarung der Spielraum für Fehlentscheidungen der Regulierungsinstanzen eingeschränkt wird. Die Wahl zwischen reguliertem und verhandeltem Netzzugang beruht somit letztlich auf einer Dezision und dem politischen Instinkt, ob man dem Staat oder der Wirtschaft mehr Vernunft zutraut.

VI. Netzzugangsmodelle aus der Sicht des organisations- und systemtheoretischen Rechtsstaatskonzepts

1. Ausgangslage

Im folgenden soll versucht werden, ein theoretisches Konzept aufzuzeigen, das einen empirisch begründbaren und theoretisch reflektierten Vergleich der zur Debatte stehenden Netzzugangsmodelle ermöglicht sowie die Grundlage für Reformvorschläge bildet. Zu diesem Zweck wird auf ein theoretisches Konzept zurückgegriffen, das in den Konzepten des „informalen Rechtsstaats“ und des „informalen Verwaltungshandelns“ organisations- und systemtheoretische Ansätze verknüpft und zunächst zur Analyse des Gesetzesvollzugs durch Einzelfallentscheidungen im Umweltschutz diente.¹⁹⁴ Später wurde es um den Begriff der „normvertretenden bzw. normabwendenden informalen Absprache“ erweitert und zur Analyse von Arrangements zwischen Staat und Wirtschaft herangezogen, in denen die Wirtschaft umweltschutzwürdige Verhaltensweisen zusagte und der Staat im Gegenzug auf den Erlass von Rechtsvorschriften vorläufig verzichtete.¹⁹⁵

Der Begriff des informalen Verwaltungshandelns hat eine breite Diskussion ausgelöst und eine kaum noch überschaubare Literaturfülle hervorgebracht.¹⁹⁶ Namentlich in der Rechtswissenschaft hat der Be-

194 Siehe *Eberhard Bohne*, *Der informale Rechtsstaat*, 1981.

195 Vgl. *Günter Hartkopf/Eberhard Bohne*, *Umweltpolitik I*, 1983, S. 223 f., 453 ff; *Eberhard Bohne*, *Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes*, *VerwArch* 75 (1984), S. 343-373, 361 ff.

196 Siehe für eine Zwischenbilanz: *Eberhard Bohne*, *Informales Verwaltungshandeln*, in: *Otto Kimminich/Heinrich von Leisner/Peter-Christoph Storm* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, 2. Aufl., 1994 Bd. I, Sp. 1046-1082.

griff inzwischen Eingang in Lehrbücher¹⁹⁷ gefunden und kürzlich¹⁹⁸ wieder zu zahlreichen Monografien zur Problematik normvertretender, informaler Absprachen geführt.

In der Verwaltungswissenschaft¹⁹⁹ sind die Begriffe des informalen Rechtsstaats und des informalen Verwaltungshandelns unter steuerungstheoretischen Gesichtspunkten von zentraler Bedeutung.

In der Politikwissenschaft ist das mit dem Begriff „informal“ bezeichnete Verwaltungshandeln ebenfalls Gegenstand einer breiten Diskussion. Häufig werden allerdings dem Informalitätsbegriff die Vokabeln „Kooperation“ und „Konsens“ vorgezogen.²⁰⁰

Das Konzept des informalen Verwaltungshandelns ist „neoinstitutionalistischen Ansätzen“ zugeordnet worden, weil das Verhältnis von Institutionen (Rechtsnormen) und Handeln der Verwaltung problematisiert werde.²⁰¹ Wer will, mag diese Zuordnung vornehmen. Wichtiger ist jedoch der Hinweis, dass die Konzepte des informalen Rechtsstaats und des informalen Verwaltungshandelns ihre Wurzeln in den organi-

197 Beispielsweise: *Hans-Uwe Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., 1998, S. 223 ff.; *Hartmut Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2002, § 15, Rdnr. 14 ff.; *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2002, Rdnr. 660 ff., 671.

198 Siehe *Jürgen Knebel/Lutz Wicke/Gerhard Michael*, Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, 1999, S. 27 ff.; *Faber* (Fn. 174), S. 234 f.; *Walter Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, S. 98 f., 221 ff., *Christoph Giebel*, Vereinbarungen als Instrument des Umweltschutzes, 2001, S. 21 f.; *Tobias Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 164 ff.; *Andreas Zühlsdorff*, Rechtsverordnung ersetzende Verträge unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, 2003, S. 39 ff.

199 Siehe *Stephan Kippes*, Bargaining. Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen, 1995; *Gunnar Folke Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 111 ff., 230 ff.

200 Siehe: *Arthur Benz*, *Kooperative Verwaltung*, 1994; *Nicolai Dose*, *Die verhandelnde Verwaltung*, 1997. Mit den Begriffen Kooperation und Konsens werden rechtliche (formale) und nichtrechtliche (informale) Handlungsweisen „in einen Topf geworfen“. Damit geht der steuerungstheoretische „Witz“ des Konzepts des informalen Verwaltungshandelns verloren, das den Wechsel von Steuerungsmechanismus der Hierarchie zum Steuerungsmechanismus des Tauschs thematisiert; dazu unten VI.2.

201 So *Christian Roschmann*, *Bürokratie*, 1999, S. 295.

sationstheoretischen Arbeiten von Barnard²⁰² und Simon²⁰³ sowie in den systemtheoretischen Ansätzen von Luhmann²⁰⁴ haben, wobei letztere allerdings nicht die Theorieansätze Luhmanns zu autopoietischen Systemen einschließen. Diese sind wegen ihrer Empiriefierne für empirische Untersuchungen bislang ungeeignet.²⁰⁵

Die Begriffe „informaler Rechtsstaat“ und „informales Verwaltungshandeln“ sowie die Komplementärbegriffe „formaler Rechtsstaat“ und „formales Verwaltungshandeln“ lenken die Aufmerksamkeit auf die Ursachen und Folgen staatlicher Entscheidungen, den Steuerungsmechanismus Hierarchie, beruhend auf dem Gewaltmonopol des Staates, durch den Steuerungsmechanismus des Tauschs zu ersetzen oder beide Steuerungsmechanismen zu kombinieren. Zugleich wird damit die Frage nach der Effektivität und funktionalen Äquivalenz der Steuerungsmechanismen gestellt.

Dieses Konzept knüpft an die organisationstheoretische Unterscheidung zwischen formaler und informaler Organisation an, deren theoretische Bedeutung vor allem von Barnard²⁰⁶ herausgearbeitet wurde.

Ferner rückt das Begriffspaar „formal – informal“ die Wahlentscheidung des Staats in den Mittelpunkt der Analyse, eine Rechtsfolge einseitig oder durch Vertrag zu setzen oder aber das Setzen einer Rechtsfolge zugunsten eines unverbindlichen Tauschaktes zu unterlassen. Die Betonung des Entscheidungsbegriffs, einschließlich des Entscheidungsverfahrens, orientiert sich am entscheidungstheoretischen Ansatz Simons,²⁰⁷ berücksichtigt aber darüber hinaus die Besonderheit staatlicher Entscheidungen, durch Setzen von Rechtsfolgen auf das Steuerungspotenzial des staatlichen Gewaltmonopols zurückgreifen zu

202 *Chester I. Barnard*, *The Functions of the Executive* [1938], S. 27. Nachdruck, 1976.

203 *Herbert A. Simon*, *Administrative Behavior*, 4. Aufl., 1997.

204 *Niklas Luhmann*, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 3. Aufl., 1976.

205 Vgl. *Emil Walter-Busch*, *Organisationstheorien von Weber bis Weick*, 1996, S. 216.

206 *Barnard*, (Fn. 202), S. 114 ff. Zur informalen Organisation bei Barnard siehe: *Oliver E. Williamson*, *Chester Barnard and the incipient science of organization*, in: ders. (Hrsg.), *Organization Theory*, 1995, S. 172-206, 176 f.

207 *Simon*, (Fn. 203), S. 1 ff.

können.²⁰⁸ Insoweit ist das Konzept des informalen Verwaltungshandelns staatspezifischer und unterscheidet sich von Simons entscheidungstheoretischem Ansatz, der zwar auch die öffentliche Verwaltung betrifft, sich aber überwiegend an den Entscheidungssituationen privater Organisationen orientiert.

Schließlich werden – unter Orientierung an Luhmann (bis etwa 1980) – mit dem Begriff des informalen Rechtsstaats die Systemfunktionen formaler Handlungssysteme thematisiert und ein Bezugsrahmen geschaffen, der einen funktionalen Vergleich²⁰⁹ unterschiedlicher staatlicher Entscheidungen – wie die über den verhandelten und regulierten Netzzugang – ermöglicht.

Die Konzepte des informalen Rechtsstaats und des informalen Verwaltungshandelns sind nunmehr in ihren Grundzügen zu skizzieren. Dies wird mit einigen Klarstellungen gegenüber früheren Darstellungen verbunden sein.

2. Formale und informale Merkmale der Netzzugangsmodelle

a) Begriffsbestimmung „formal – informal“

Entscheidungen und Verfahrenshandlungen staatlicher und privater Akteure werden „formal“ genannt, wenn sie mit Rechtsfolgewillen²¹⁰ erfolgen oder durch Rechtsvorschrift geregelt sind. Formale Handlungen in diesem Sinn können zum öffentlichen oder privaten Recht gehören.

Der Begriff „informal“ bezeichnet staatliche Entscheidungen und Verfahrenshandlungen sowie die hierauf im Rahmen von Verhaltensabstimmungen bezogenen Handlungen privater Akteure, die anstelle von rechtlich geregelten Verfahrenshandlungen und Rechtsfolgeentscheidungen vorgenommen werden, die jedoch zur Herbeiführung des

208 Das Gewaltmonopol des Staates bildet die Grundlage für die praktische, notfalls zwangsweise Durchsetzung aller Rechtsfolgeentscheidungen, einschließlich Verträgen.

209 Dazu *Luhmann*, (Fn. 204), S. 19 f.

210 Das Vorliegen eines Rechtsfolgewillens wird mit Hilfe der rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethode von Willenserklärungen festgestellt, die – sozialwissenschaftlich gesprochen – eine empirisch-qualitative Ermittlungsmethode darstellt.

beabsichtigten Erfolges auch in den von der Rechtsordnung bereitgestellten öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verfahren und Entscheidungsformen hätten erfolgen können. Soweit solche Verhaltensabstimmungen staatlicher und privater Akteure der Umsetzung durch multi- oder bilaterale staatliche und/oder private Akte bedürfen, können letztere ebenfalls formaler oder informaler Natur sein. Der Begriff des informalen Verwaltungshandelns ist also nicht auf staatliche Aktivitäten beschränkt, sondern umfasst auch die Handlungen privater Akteure. Voraussetzung für die Zuordnung privater Handlungen zum informalen Verwaltungshandeln ist aber, dass die privaten Handlungen Teil einer Verhaltensabstimmung mit dem Staat sind oder eine solche umsetzen. Allgemeine Merkmale des informalen Verwaltungshandelns sind also

- rechtliche Nichtregelungen und Fehlen eines Rechtsfolgewillens,
- Alternativverhältnis zu rechtlichen Verfahren und Entscheidungsformen sowie
- Tauschbeziehungen zwischen den Handlungsbeteiligten im Rahmen oder aufgrund einer Verhaltensabstimmung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren.

Das informale Verwaltungshandeln ist von – hier nicht interessierenden – formlosen staatlichen Tathandlungen zu unterscheiden. Diese sind rechtlich nicht geregelt und werden ohne Rechtsfolgewillen vorgenommen, z. B. Erteilen von Auskünften.

Zweck des Begriffspaares „formal-informal“ ist die Ermittlung und Unterscheidung von Interaktionen zwischen staatlichen und privaten Akteuren mit Blick auf die beiden wichtigsten Steuerungsmechanismen²¹¹ menschlichen Handelns im sekularen Verfassungsstaat: Hierarchie (Gewalt) und Tausch. Die Verwirklichung formaler (Rechtsfolge)Entscheidungen des Staates – wie Rechtsnorm, Verwaltungsakt, Vertrag oder Willenserklärung – beruht letztlich auf dem Einsatz des staatlichen Gewaltmonopols, das die Durchsetzung des Rechts garantieren soll. Rechtlich geregelte Verfahrenshandlungen, die gegen Rechtsvorschriften verstoßen, unterliegen häufig Sanktionen, die ebenfalls auf dem staatlichen Gewaltmonopol beruhen, z. B. je nach Lage

211 Das Begriffspaar „formal-informal“ erfasst nicht die Steuerungsmechanismen einseitiger staatlicher Informationsleistungen (z. B. Warnungen) und politischer Propaganda.

des Falls Verwarnungs-, Zwangs- und Bußgelder sowie Kriminalstrafen. Darüber hinaus können verfahrensrechtliche Fehler zur gerichtlichen Aufhebung, Nichtigkeit oder Feststellung der Rechtswidrigkeit von formalen (Rechtsfolge)Entscheidungen führen,²¹² wodurch diese Entscheidungen ihre auf Hierarchie beruhende Steuerungswirksamkeit verlieren.

Bei informalen Verwaltungshandlungen ersetzen die staatlichen und privaten Akteure den Steuerungsmechanismus des durch Hierarchie vermittelten staatlichen Gewaltmonopols durch den Steuerungsmechanismus des Tauschs. Denn die Einhaltung von rechtlich unverbindlichen Versprechen kann nicht mit staatlicher Gewalt erzwungen, sondern nur durch die Zurückhaltung der in Aussicht gestellten Gegenleistung oder durch soziale Sanktionen bewirkt werden.

Das Begriffspaar „formal-informal“ lenkt den Blick nicht nur auf unterschiedliche, empirisch relevante Steuerungsmechanismen, sondern auch auf Sachverhalte, die unter verschiedenen rechtlich-normativen Gesichtspunkten, insbesondere im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip, Probleme aufwerfen.²¹³ Das Begriffspaar „formal-informal“ gehört somit zu den „interdisziplinären Verbundbegriffen“ bzw. „Brückenbegriffen“,²¹⁴ die eine wesentliche Voraussetzung für die notwendige interdisziplinäre Erforschung von z. B. Wettbewerbs- und Regulierungsproblemen darstellen.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion des informalen Verwaltungshandelns wird der steuerungstheoretische Hintergrund und die interdisziplinäre Brückenfunktion des Begriffspaares „formal-informal“ häufig übersehen. Die Folge ist, dass unter rechtlichen Gesichtspunkten eine Vielzahl definitorischer Modifikationen des Konzepts des informalen Verwaltungshandelns – oft unter Verwendung der Vokabeln Konsens und Kooperation – vorgeschlagen werden. Hierdurch verliert das Konzept jedoch seinen interdisziplinären und steuerungstheoreti-

212 Außer in den Fällen der Heilung oder Nichtbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, z. B. nach §§ 45, 46 VwVfG.

213 Dazu *Bohne*, (Fn. 196), Sp. 1066 ff.

214 Siehe zur theoretischen Bedeutung dieser Begriffe: *Schuppert*, (Fn. 199), S. 46 f. Ausführlich zur Möglichkeit und Zweckmäßigkeit, das organisations- und systemtheoretische Konzept des formalen und informalen Rechtsstaats als gemeinsamen Bezugsrahmen für die sozial- und rechtswissenschaftliche Forschung zu verwenden, bereits *Bohne*, (Fn. 194), S. 251 ff.

schen „Witz“. Deshalb wird auf diese Diskussion²¹⁵ nicht weiter eingegangen. Statt dessen sind nunmehr die formalen und informalen Elemente des verhandelten und des regulierten Netzzugangs aufzuzeigen.

b) Modellmerkmale

Im Modell des verhandelten Netzzugangs gehören die kartellrechtlichen Missbrauchsverfügungen zum formalen Verwaltungshandeln, da sie Rechtsfolgen für bestimmte private Akteure festlegen. Grundlage dieses Netzzugangsmodells ist jedoch die rechtlich unverbindliche Übereinkunft zwischen dem Bundeswirtschaftsministerium und den Wirtschaftsverbänden BDI, VDEW, VIK und VKU, auf eine Regelung des Netzzugangs durch Rechtsverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG so lange zu verzichten, wie die genannten Verbände die technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Netznutzung untereinander durch Vereinbarung in EG-rechtskonformer Weise regeln. Es ist nicht bekannt, ob diese verordnungsvertretende bzw. verordnungsabwehende Absprache schriftlich festgehalten wurde, z. B. in einem Briefwechsel oder in einem gemeinsamen Besprechungsvermerk. Die Schriftlichkeit der Absprache ist aber auch nicht für ihr Zustandekommen erforderlich. Auf jeden Fall wurde der Wille von Staat und Wirtschaft zu dieser Absprache bereits in der amtlichen Begründung des EnWG-Entwurfs angekündigt.²¹⁶ Darüber hinaus hat das Bundeswirtschaftsministerium²¹⁷ seit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes viele Male die ordnungspolitische Vorzugswürdigkeit der Verbändevereinbarung gegenüber einer Netzverordnung und den Verzicht auf den Erlass einer Verordnung öffentlich bekräftigt. Nicht zuletzt manifestiert sich die informale Absprache zwischen Staat und Wirtschaft, keine staatliche Regulierung des Netzzugangs zu treffen, auch in der Einrichtung der Task Force Netznutzung beim Bundeswirtschaftsministerium. Aufgabe dieser Task Force, in die die Wirtschaftsverbände kostenlos Mitarbeiter entsandt haben, ist es, das Verhalten

215 Dazu *Schuppert*, (Fn. 199), S. 234 ff. Schließlich ist es müßig, umfangreiche Sprachforschungen zur Bedeutung der Begriffe „informal“ und „informell“ zu betreiben. Die Vokabel „informal“ wurde von Bohne seinerzeit bevorzugt, weil sie die Substantivierung „Informalität“ erlaubt.

216 EnWG-E, (Fn. 140).

217 Siehe *Müller*, (Fn. 7); *Möller*, (Fn.145).

von Netzbetreibern und sonstigen Marktteilnehmern im Sinne einer diskriminierungsfreien Netznutzung zu koordinieren und zu beeinflussen, so dass der Erlass einer Netzverordnung nicht erforderlich wird.

Die Verbändevereinbarung wurde ohne direkte staatliche Beteiligung von den Verbänden ausgehandelt. Sie dient in Verbindung mit Grid Code, dem Distribution Code und dem Metering Code der Umsetzung der verordnungsvertretenden, informalen Absprache zwischen Staat und Wirtschaft und stellt zugleich die Erfüllung der Verbändezusage dar. Wegen ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit ist sie ebenfalls als informal zu qualifizieren.

Die in der Verbändevereinbarung beschriebenen Einzelverträge (Abbildung 2) sind in der Regel wegen ihrer Rechtsverbindlichkeit formale Handlungen, die der Umsetzung der Verbändevereinbarung und letztlich auch der informalen Absprache zwischen Staat und Wirtschaft dienen. Allerdings ist darauf aufmerksam gemacht worden,²¹⁸ dass Netzbetreiber und Netznutzer in Einzelfällen zwar schriftliche Vereinbarungen in Anlehnung an die vom VDEW erarbeiteten Vertragsmuster treffen, diese Vereinbarungen aber nicht unterschreiben, um sich rechtlich nicht zu binden und sich alle Optionen für die Zukunft offen zu halten.

Im Modell des regulierten Netzzugangs sind informale Handlungen nicht vorgesehen. Netzverordnungen, Ex-ante-Regulierungsverfügungen und kartellrechtliche Missbrauchsverfügungen setzen Rechtsfolgen und sind daher formale Handlungen. Allerdings ist davon auszugehen, dass im Falle der Einführung des regulierten Netzzugangs auch informale Absprachen in der Praxis auftreten würden, denn – und das ist eine organisations- und systemtheoretische Grunderkenntnis²¹⁹ – die Existenz und das Funktionieren formaler Organisationen und Handlungssystemen erfordern, dass formales Handeln durch informale Handlungsbeziehungen ergänzt wird. Da es den regulierten Netzzugang aber im deutschen Energiemarkt bislang nicht gibt, sind hierzu konkrete Aussagen derzeit nicht möglich.

218 Hierauf wurden die Verfasser in Interviews mit Energieversorgungsunternehmen hingewiesen, die im Rahmen ihres laufenden Forschungsprojekts „Staatliche Ordnungspolitik und Stromhandel“ durchgeführt wurden. Belastbare Aussagen über die Verbreitung dieser Praktiken lassen sich auf der Grundlage der Interviewergebnisse allerdings nicht treffen.

219 Siehe unten VI 3.

3. Rechtlich strukturierte Interaktionssysteme

Das Begriffspaar „formal-informal“ allein hat keine theoretische Bedeutung, sondern ist nur ein Klassifikationsschema. In Verbindung mit entscheidungs- und systemtheoretischen Ansätzen, die zur Analyse formaler Organisationen entwickelt wurden und heute vielfach in leicht abgewandelter Terminologie als Ansätze des Neuen Institutionalismus²²⁰ und der Neuen Institutionenökonomik²²¹ diskutiert werden, gewinnt das Begriffspaar „formal-informal“ seine steuerungstheoretische Bedeutung und bildet darüber hinaus einen Ansatzpunkt für die praktische Ausgestaltung staatlicher Regulierungsinstrumente.

a) Grundgedanke

Behörden, Unternehmen und Verbände sind aus der Sicht der Theorie formaler Organisationen²²² auf Dauer angelegte Zusammenschlüsse von Menschen, die bestimmte gemeinsame Ziele verfolgen und deren Handlungen hierfür einer bestimmten Ordnung unterliegen. Die Ordnung schlägt sich nieder in der Verteilung von Aufgaben und Zuständigkeiten, in der Regelung von Handlungsabläufen und der Ausgestaltung sonstiger, personenunabhängiger Anforderungen, die an das Verhalten der Organisationsmitglieder gestellt werden. Die Ordnung von Organisationen ist in der Regel festgelegt in Verträgen, Satzungen, Rechtsvorschriften, Organisations- und Geschäftsverteilungsplänen, Dienstordnungen oder in sonstigen schriftlichen Entscheidungsakten.

Diese Ordnung wird daher „formal“ genannt. Nicht geregelte Handlungsweisen werden, sofern sie einen bestimmten Bezug zur formalen Ordnung der Organisation aufweisen, als „informal“ bezeichnet. Solche Handlungen dienen der Ergänzung oder Umgehung formaler Ordnungsstrukturen. Fehlt der Bezug nicht geregelter Handlungen zur for-

220 Siehe die Beiträge in *Walter W. Powell/Paul J. DiMaggio* (Hrsg.), *Institutionalism in organizational analysis*, 1991; *John W. Meyer/Brian Rowan*, *Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony*, S. 41-62; *Ronald L. Jepperson/John W. Meyer*, *The public order and the construction of formal organizations*, S. 204-231.

221 Vgl. *Richter/Furubotn*, (Fn. 182), S. 292 ff., 304 ff.

222 Siehe zur Begriffsbildung: *Luhmann*, (Fn. 204), S. 29 ff.; *Walter-Busch*, (Fn. 205), S. 1 ff.

malen Ordnungsstruktur, so ist das Verhalten nicht informal, sondern nur formlos.

Mitglieder von Organisationen können sowohl Individuen und/oder kollektive Akteure, als auch andere Organisationen²²³ sein. Man spricht im letztgenannten Fall auch von sozialen Handlungs- oder Interaktionssystemen, die aus Sub- bzw. Teilsystemen²²⁴ – d. h. anderen Organisationen – bestehen. Verschiedentlich wird auch der Begriff des Netzwerks²²⁵ bevorzugt, der derzeit eine bessere Konjunktur zu haben scheint als der Systembegriff²²⁶.

Zu den für die Ermittlung, Erklärung und Prognose von Interaktionsbeziehungen innerhalb und zwischen Organisationen wichtigsten Ergebnissen systemtheoretischer Ansätze der Organisationsforschung gehört die Erkenntnis, dass sich das Organisationsverhalten sowohl an der Erreichung festgelegter (formaler) Ziele als auch an der Sicherung und Erhaltung des eigenen Bestandes (Selbsterhaltung) orientiert.²²⁷ Beide Bezugspunkte des Organisationsverhaltens stehen selbständig

223 Die von der Neuen Institutionenökonomik mit dem methodischen Prinzip des „methodologischen Individualismus“ (vgl. *Richter/Furubotn*, (Fn. 182), S. 3) betonte Binsenweisheit, dass stets einzelne Menschen, nicht Kollektive als solche handeln, schließt nicht aus, dass man Organisationen als Akteure nur von außen – also ohne Untersuchung individueller Binnenbeziehungen – betrachtet. Würde man anders vorgehen, würden Interorganisationsanalysen wegen des Datenaufwandes praktisch unmöglich. Siehe zur Problematik auch *Scharpf*, (Fn. 188), S. 96 ff.

224 Die Beziehung zwischen Gesamt- und Teilsystemen kann, muss aber nicht hierarchisch strukturiert sein.

225 Siehe zum Netzwerkbegriff: *Scharpf*, (Fn. 188), S. 230 ff.; *Georg Schreyögg*, *Organisation*, 3. Aufl., 1999, S. 386 ff.

226 So *Edwin Czerwick*, *Politik als System: Zum Politikverständnis in Systemtheorien*, in: Hans J. Lietzmann (Hrsg.), *Moderne Politik*, S. 287-310, 288 f., der in einer Literaturübersicht die geringe Aktualität politikwissenschaftlicher Systemtheorie aufzeigt.

227 Dazu *Luhmann*, (Fn. 204), S. 32, und *ders.*, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968, S. 97 ff., der die Konzepte der Zielerreichung und Bestandserhaltung im Begriff der „Reduktion von Komplexität“ aufgehen lassen will. Ferner: *Renate Mayntz*, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 4. Aufl., 1997, S. 128 f.; *Schreyögg*, (Fn. 225), S. 92 ff. Zur Bedeutung des Selbsterhaltungskonzepts im Neuen Institutionalismus: *Fritz W. Scharpf*, *Institutions in comparative policy research*, *Comparative Political Studies* 33 (2000), S. 762-790, 771.

nebeneinander. Sie können sich ergänzen,²²⁸ aber auch widersprechen. Üblicherweise wird in der systemtheoretisch orientierten Organisationstheorie der Beitrag eines Systemelements zur Systemerhaltung als „Funktion“²²⁹ bezeichnet. Handlungen, die zur Bestandserhaltung einer Organisation beitragen, sind danach „funktional“; Handlungen, die den Organisationsbestand beeinträchtigen, sind „dysfunktional“.

Innerhalb der Funktion der Bestandserhaltung lassen sich weitere Funktionen unterscheiden:

- Integration der konfligierenden Interessen von Organisationsmitgliedern, d. h. Aufrechthaltung des inneren Organisationszusammenhalts,
- Umweltsanpassung,²³⁰ d. h. Anpassung des Organisationsverhaltens an sich verändernde technische, wirtschaftliche und sonstige außerhalb der Organisation liegende Umstände, insbesondere Bewältigung organisationsexterner Konflikte,
- Ressourceneffizienz, d. h. die effiziente Bewältigung von Knappheitsproblemen, wozu auch die Minimierung der Transaktionskosten gehört.

Der theoretische Erklärungswert des Funktionenkonzepts und des Zielerreichungskonzepts besteht darin, dass sie Gesichtspunkte für die ursächliche Erklärung²³¹ bestimmter Handlungsweisen liefern. Außerdem ermöglichen diese Konzepte einen Vergleich verschiedener Handlungsweisen im Hinblick auf ihre Beiträge zur Zielerreichung (Effektivität) und Bestandserhaltung (Funktionalität, funktionale Äquivalenz). Insbesondere lassen sich mit Hilfe dieser Konzepte das Auftreten in-

228 So ist die Erhaltung des Organisationsbestandes notwendige Voraussetzung für die Erreichung der formalen Ziele. Umgekehrt kann die Zielerreichung zur Sicherung des Organisationsbestandes beitragen.

229 Siehe *Mayntz*, (Fn. 227), S. 34 f.; *Philippe Van Parijs*, *Evolutionary explanation in the social sciences*, 1981, S. 29, 34 sowie *Bohne*, (Fn. 194), S. 118 m. w. N.

230 Der Begriff „Umwelt“ ist hier nicht im ökologischen, sondern im sozialen Sinn zu verstehen.

231 Zu den Anforderungen und zur Berechtigung funktionaler Erklärungen siehe: *Van Parijs*, (Fn. 229), S. 26 ff., 47 ff.; *Mayntz*, (Fn. 227), S. 34 f.; *Alfred Kieser*, *Anleitung zum kritischen Umgang mit Organisationstheorien*, in: ders. (Hrsg.), *Organisationstheorien*, 2. Aufl., 1995, S. 24 f.

formaler Interaktionsbeziehungen – zumindest teilweise – erklären und unter den Gesichtspunkten der Effektivität und funktionalen Äquivalenz mit formalen Interaktionsbeziehungen vergleichen. Insgesamt dürfte – bei allen Unterschieden im Detail – in der Organisationstheorie Einigkeit darüber bestehen, dass informale Verhaltensweisen – in gewissem Umfang und je nach Lage des Falls – für die Zielerreichung und Bestandserhaltung von Organisationen notwendig und damit unvermeidbar sind. Denn im Einzelfall konfligierende Ziel- und Funktionsanforderungen, die im Rahmen der formalen Ordnung einer Organisation nicht erfüllt werden können, lassen sich auf informale Weise befriedigen.²³² Allerdings können informale Verhaltensweisen auch die Verwirklichung formaler Zielerfordernisse und den Bestand einer Organisation beeinträchtigen. Hiermit ist zu rechnen, wenn eine große Diskrepanz zwischen formalen Organisationszielen und individuellen Zielen der Organisationsmitglieder besteht.

b) Rechtsstaat

Der Rechtsstaatsbegriff ist herkömmlicherweise ein normatives Konzept, das als verfassungsrechtliches Prinzip bestimmte inhaltliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an staatliches Handeln stellt. Das Begriffspaar „formal-informal“ ist dagegen ein empirisch-analytisches Konzept. Es besitzt jedoch – wie oben dargelegt²³³ – eine interdisziplinäre Brückenfunktion, indem es den Blick auf empirisch und rechtlich relevante Sachverhalte lenkt. Danach hat die Wortverbindung „formaler Rechtsstaat“ eine empirisch-analytische Bedeutung und verweist auf ein soziales Makro-Interaktionssystem, das insbesondere durch das Grundgesetz strukturiert wird und eine Fülle sonstiger rechtlich strukturierter Subsysteme umfasst. Die Wortverbindung „formaler Rechtsstaat“ hat aber auch eine rechtlich-normative Bedeutung und bezeichnet ein Verfassungsprinzip.²³⁴

232 So *Luhmann*, (Fn. 204), S. 285; *Bohne*, (Fn. 194), S. 118 ff. Auch die Neue Institutionenökonomik geht von der Notwendigkeit informeller Arrangements für Organisationen aus, vgl. *Richter/Furubotn*, (Fn. 182), S. 29.

233 Siehe VI 2 a.

234 In der Rechtswissenschaft wird die empirische und normative Dimension des Rechtsstaatskonzepts beispielsweise von *Konrad Hesse*, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968, S. 557-588, 562, wie

Die Wortverbindung „informaler Rechtsstaat“ hat dagegen nur eine empirisch-analytische Bedeutung. Es gibt kein Verfassungs- oder Rechtsprinzip, das informales Handeln vorschreibt oder etwa unter der Bezeichnung „brauchbare Illegalität“²³⁵ rechtlich rechtfertigt, falls es im Einzelfall gegen Rechtsvorschriften verstößt.

An dieser Stelle ist das Interesse nur auf die empirisch-analytische Bedeutung des formalen und informalen Rechtsstaatskonzepts gerichtet.

Die oben gegebene Präzisierung des Begriffspaares „formal-informal“ konzentriert die Analyse auf das Alternativverhältnis zwischen dem Steuerungsmechanismus Hierarchie (Gewaltmonopol) und Tausch. Wegen dieses steuerungstheoretischen Erkenntnisinteresses erfasst das empirisch-analytische Konzept des formalen und informalen Rechtsstaats nur eine Teilmenge der Verhaltensweisen, die in der Organisationsliteratur als formal oder informal bezeichnet werden.

Zahlreiche Untersuchungen haben die verbreitete Anwendung informaler Handlungsweisen im Gesetzesvollzug und bei der Normsetzung nachgewiesen.²³⁶ In der Praxis ist informales Verwaltungshandeln eine beliebte Alternative zu staatlicher Regulierung. Funktionalität und Rechtmäßigkeit informaler Handlungsweisen sind ambivalent und lassen sich nur für konkrete Handlungssituationen beurteilen. Im Ergebnis dürfte jedoch feststehen: Informales Verwaltungshandeln ist die unvermeidbare Folge rechtlicher Formalisierungen. Es lässt sich weder wirksam verbieten, noch stellt es eine „Wunderwaffe“ des liberalen Verfassungsstaats dar.

Das skizzierte Konzept ist nunmehr für die Beurteilung des verhandelten und regulierten Netzzugangs heranzuziehen.

folgt ausgedrückt: „Das Recht wird zu einer wirksamen Größe nur in der Ausgestaltung und Sicherung durch den Staat wie umgekehrt der Staat erst durch rechtliche Ordnung Wirklichkeit gewinnt.“

235 Der Begriff stammt von *Luhmann*, (Fn. 204), S. 304 und bezieht sich auf die den Systembestand sichernde Funktion, die sogar rechtswidrige Handlungen haben können. Dies heißt umgekehrt, dass die vollständige Einhaltung des Rechts, die Funktionsfähigkeit einer Organisation empfindlich stören kann, eine Erkenntnis, die sich Streikende mit dem „Dienst nach Vorschrift“ zunutze machen.

236 Siehe die Literaturnachweise in Fn. 194, 195, 198 und 199.

c) Netzverbundsystem

Die elektrischen Übertragungs- und Verteilungsnetze sind in Deutschland – unbeschadet der vielfältigen, unterschiedlichen Eigentumsverhältnisse – aus physikalischen und wirtschaftlichen Gründen technisch und organisatorisch so eng miteinander verbunden, dass man sie als ein Gesamtnetz begreifen kann, das von der Gesamtheit der Netzbetreiber unterhalten, betrieben und ausgebaut wird. Der Handlungsverbund der Netzbetreiber wird sogar gelegentlich als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts i. S. § 705 BGB oder als eine Nutzungsgemeinschaft i. S. § 741 BGB beurteilt.²³⁷ Diese Rechtsfrage muss hier unerörtert bleiben. Fest steht jedoch, dass der Handlungsverbund der Netzbetreiber aus organisations- und systemtheoretischer Sicht ein rechtlich strukturiertes, formales Interaktionssystem darstellt, das sich als Subsystem des umfassenden, formalen Rechtsstaatssystems begreifen lässt.

Zur rechtlichen Struktur des Netzverbundsystems gehören außer privatrechtlichen Verträgen auch das Energiewirtschaftsgesetz und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die insbesondere in §§ 4, 6 Abs. 1 EnWG und in §§ 19, 20 GWB die systembildenden Handlungsziele in allgemeiner Weise beschreiben.

Die Verbändevereinbarung ist wegen ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit Teil der informalen Systemstrukturen.

Netzbenutzer sowie zuständige Bundes- und Landesbehörden gehören zur (sozialen) Umwelt des Netzverbundsystems und sind mit diesen durch vielfältige formale und informale Interorganisationsbeziehungen verbunden.

Nach dem oben dargelegten organisations- und systemtheoretischen Ansatz lassen sich die zentralen Handlungsprobleme des Netzverbundsystems in allgemeiner Weise kennzeichnen durch die Begriffe

²³⁷ So *Hans-Peter Schintowski*, Der Netzverbundvertrag: Dogmatik und Leistungsfähigkeit eines Modells, ZNER 2001, 215-223, 218 ff. Siehe auch: *Eberhard Bohne*, Grundzüge einer wettbewerbs- und umweltorientierten Reform des energierechtlichen Ordnungsrahmens der Stromwirtschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), *Umweltpolitische Steuerung in einem liberalisierten Stromnetz*, 1995, S. 140-206, 188 f., der die Rechtsbeziehungen zwischen den Stromverkäufern und Stromkäufern an einer nach Poolgrundsätzen organisierten Strombörse rechtlich als Gemeinschaft im Sinne des § 741 BGB qualifiziert hat.

- Zielerreichung i. S. des Betriebs eines leistungsfähigen Übertragungs- und Verteilungsnetzes nach § 4 Abs. 1 EnWG²³⁸ sowie Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs zu angemessenen Entgelten i. S. § 6 Abs. 1 EnWG,
- der Bestandserhaltung des Netzverbundsystems,
- Integration i. S. der Vermeidung und Lösung interner Konflikte,
- Anpassung an technische, wirtschaftliche, ökologische und rechtliche Veränderungen in der Umwelt, insbesondere Vermeidung und Lösung externer Konflikte,
- Ressourceneffizienz i. S. der Minimierung des Einsatzes knapper finanzieller, sächlicher, personeller und sonstiger Ressourcen bei der Bewältigung der vorgenannten Probleme.

Zur Problembewältigung werden formale und informale Handlungsinstrumente eingesetzt, deren Effektivität und Funktionalität unterschiedlich ausgeprägt sind. Zur Debatte stehen hier die Modelle des verhandelten und des regulierten Netzzugangs. Bevor die Effektivität und Funktionalität dieser Netzzugangsmodelle zur Bewältigung der vorgenannten Systemprobleme geprüft wird, sind aus organisations- und systemtheoretischer Sicht zwei Gesichtspunkte hervorzuheben:

Erstens bestehen die Systemprobleme unabhängig von den Netzzugangsmodellen und müssen angemessen bewältigt werden, wenn die rechtlich vorgegebenen Ziele erreicht und die hierfür erforderlichen Interaktionssysteme Bestand haben sollen.

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

238 Der Begriff „Versorgungsnetze“ in § 4 Abs. 1 EnWG umfasst das Übertragungs- und Verteilungsnetz; vgl. die Bundesregierung in der Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (Fn. 140), S. 34 (zu Art. 1 § 3 a).

Ausgehend von dieser Erkenntnis, setzt die Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Netznutzung zu angemessenen Entgelten voraus, dass formale und informale Instrumente miteinander verbunden und Rahmenbedingungen geschaffen werden, die das Risiko des Auftretens diskriminierender, formaler und informaler Praktiken minimieren.

4. Vergleich von Effektivität und Funktionalität der Netzzugangsmodelle

Der Vergleich des verhandelten und regulierten Netzzugangsmodells leidet in der laufenden Diskussion häufig darunter, dass – je nach Interessenlage – entweder ein idealisierter verhandelter Netzzugang mit einem bürokratischen und mit Vollzugsmängeln behafteten regulierten Netzzugang verglichen wird oder dass ein idealisierter regulierter Netzzugang einem diskriminierenden verhandelten Netzzugang mit übererhöhten Nutzungsentgelten gegenübergestellt wird. Da nach der Lebenserfahrung komplexe Rechtsvorschriften nie in vollem Umfang verwirklicht werden, ist davon auszugehen, dass beide Netzzugangsmodelle in der Praxis Mängel aufweisen, insbesondere durch informationelle Restriktionen in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt sein werden. Ferner fehlen objektive Maßeinheiten für die Bewertung der Effektivität und Funktionalität beider Netzzugangsmodelle. Daher ist es nur möglich, die relative Überlegenheit bzw. Unterlegenheit des einen gegenüber dem anderen Modell oder aber die Gleichwertigkeit (Äquivalenz) beider Modelle unter dem Gesichtspunkt der Effektivität und Funktionalität mit möglichst plausiblen Argumenten zu belegen. Abbildung 3 fasst die Ergebnisse des Effektivitäts- und Funktionalitätsvergleichs zusammen.

Abbildung 3: Vergleich von Effektivität und Funktionalität des verhandelten und des regulierten Netzzugangsmodells

Systemprobleme		Netzzugang	
		verhandelt	reguliert
Effektivität	Netzbetrieb i. S. des § 4 Abs. 1 EnWG	+/-	+/-
	Netzzugang i. S. des § 6 Abs. 1 EnWG	+/-	+/-
Funktionalität	Bestandserhaltung	+	-
	Integration	+/-	+/-
	Umweltanpassung	+	-
	Ressourceneffizienz	+/-	+/-

+ = größer als Vergleichsmodell

- = kleiner als Vergleichsmodell

+/- = gleichwertig mit Vergleichsmodell

a) Effektivität der Zielerreichung

Die rechtlich formalen Ziele des Netzverbundsystems sind in § 4 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 EnWG allgemein beschrieben. Danach müssen die Übertragungs- und Verteilungsnetze so betrieben, unterhalten und ausgebaut werden, dass eine sichere, preisgünstige und umweltverträgliche Stromversorgung i. S. des § 1 EnWG gewährleistet ist. Ferner muss für Dritte ein diskriminierungsfreier Netzzugang zu angemessenen Nutzungsentgelten ermöglicht werden.

Das Modell des verhandelten Netzzugangs trägt in wirksamer Weise zum Betrieb, zur Unterhaltung und zum Ausbau leistungsfähiger Übertragungs- und Verteilungsnetze gemäß § 4 Abs. 1 EnWG bei. Denn die hierdurch verursachten Kosten können die Netzbetreiber auf die Netznutzungskunden und die von ihnen zu versorgenden Stromkunden abwälzen. Allerdings sind – wie die Erfahrung lehrt – dabei teilweise überhöhte Netzkosten hinzunehmen, die sich in entsprechend überhöhten Netznutzungsentgelten und Strompreisen niederschlagen und die Verwirklichung des Ziels einer preisgünstigen Stromversorgung i. S. des § 1 EnWG beeinträchtigen.

Demgegenüber können die Netzkosten im Rahmen des regulierten Netzzugangsmodells „herunterreguliert“ werden, was zwar einer preis-

günstigen Stromversorgung dienlich ist, aber die Sicherheit der Stromversorgung i. S. des § 1 EnWG gefährden kann. Denn wenn die Netzbetreiber aufgrund einer restriktiven Entgeltregulierung nicht die für die Modernisierung der Netze erforderlichen Gewinne erwirtschaften können, leidet die Sicherheit und der Ausbau der Netze. Wenn nun die Regulierungsbehörde dieses Ergebnis vermeiden will und nur behutsam in das Entgeltsystem eingreift, läuft sie Gefahr, mangels ausreichender Informationen über die Kostensituation zu hohe Netzkosten zuzulassen. Es ist nämlich höchst unwahrscheinlich, dass die Regulierungsbehörde punktgenau jeweils die richtige Kostenhöhe festlegt. Insgesamt weisen beide Netzzugangsmodelle Vor- und Nachteile auf, die sie im Hinblick auf die Zieleffektivität nach § 4 Abs. 1 EnWG als gleichwertig erscheinen lassen.

Ebenso ist die Zieleffektivität nach § 6 Abs. 1 EnWG zu beurteilen. Diskriminierungsfreie Netzzugangsbedingungen und nicht überhöhte, angemessene Netznutzungsentgelte i. S. des § 6 Abs. 1 EnWG können – wie die Erfahrung zeigt – in der gegenwärtig gültigen Ausgestaltung des verhandelten Netzzugangs nicht gewährleistet werden. Es gibt keinen Grund zu der Annahme, dass die Netzbetreiber künftig im Interesse des Gemeinwohls auf die wirtschaftlichen Vorteile verzichten werden, die sie aus ihrer Monopolstellung ziehen können.

Eben dieses eigennutzorientierte Verhalten der Netzbetreiber macht es auch höchst unwahrscheinlich, dass sie im Rahmen eines regulierten Netzzugangsmodells freiwillig die für Regulierungsmaßnahmen erforderlichen Informationen den Behörden geben werden. Rechtliche Auskunfts-, Informations- und Nachweispflichten lassen sich in der Praxis noch allemal auf informalem Wege unterlaufen. Ein hartes Regulierungsregime würde unter den gegebenen rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen neue informale Praktiken in der Grauzone zweifelhafter Legalität hervorbringen, von zusätzlichen gerichtlichen Konflikten ganz zu schweigen. Daher sind beide Nutzungsmodelle im Hinblick auf die Zieleffektivität nach § 6 Abs. 1 EnWG als gleichwertig anzusehen.

b) Bestandserhaltung

Die Bestandserhaltungsfunktion des Netzverbundsystems überlappt sich teilweise mit der formalen Zielsetzung nach § 4 Abs. 1 EnWG,

einen an den Anforderungen des § 1 EnWG orientierten Netzbetrieb aufrecht zu erhalten.

Unterhalb dieser Zielebene gewinnt die Bestandserhaltungsfunktion ihre selbständige praktische Bedeutung. Der Bestand des Netzverbundsystems ist auch dann nicht in Frage gestellt, wenn die Ziele der Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit nur unvollständig verwirklicht werden. Der Extremfall eines Systemzusammenbruchs ist unter den bestehenden politischen und wirtschaftlichen Bedingungen Deutschlands nicht möglich. Allerdings wäre die Funktionsfähigkeit des Netzverbundsystems beeinträchtigt, wenn einzelne Netzbetreiber gemeinsame „Spielregeln“ für den Netzbetrieb zumindest teilweise nicht akzeptieren, wie dies zeitweise bei ostdeutschen Netzbetreibern hinsichtlich der Verbändevereinbarung der Fall war. Einheitliche Regeln für den Netzbetrieb und ihre Einhaltung können zwar eher durch Rechtsvorschriften im Rahmen des regulierten Netzzugangs als durch freiwillige Vereinbarungen gewährleistet werden. Allerdings stellt sich auch in diesem Fall wieder das staatliche Informationsproblem. Einheitliche, aber inhaltlich falsche Regulierungen können – wie das Beispiel Kaliforniens im Jahre 2000 zeigt – zum zeitweisen Zusammenbruch der Netze führen.²³⁹ Insgesamt dürfte daher die Bestandsfunktion des Netzverbundsystems im Rahmen des verhandelten Netzzugangs besser als im regulierten Netzzugang gewährleistet sein.

c) Integration

Der innere Zusammenhalt des Netzverbundsystems, insbesondere die Lösung interner Konflikte, scheint auf den ersten Blick am wirksamsten im Rahmen des verhandelten Netzzugangs gewährleistet zu sein. Denn die Netzbetreiber können im Verhandlungswege ihre Interessen weitgehend sichern. Allerdings fehlt die Steuerungsmöglichkeit, die im Modell des regulierten Netzzugangsmodells besteht und die angesichts der divergierenden Interessen erforderlich ist, um Konsenslösungen auf dem kleinsten – oft nicht sachgerechten Nenner – zu vermeiden. Der Gasbereich ist hierfür ein Beispiel.

239 Dazu *Timothy J. Brennan*, *Opening Electricity Markets: Lessons from the US experience*, in: *Bohne*, (Fn. 113).

Im Ergebnis erscheint keines der beiden Netzzugangsmodelle im Hinblick auf die Integrationsfunktion dem anderen überlegen zu sein.

d) Umweltanpassung

Die erste Verbändevereinbarung von 1998 wies eine Reihe gravierender Mängel auf, die durch zwei Fortschreibungen in den Jahren 1999 und 2001 beseitigt wurden. Es erscheint höchst unwahrscheinlich, dass eine Netzverordnung nach § 6 Abs. 2 EnWG ebenso schnell zustande gekommen und neuen Erkenntnissen angepasst worden wäre wie die Verbändevereinbarung. Denn die Erfahrungen zeigen, dass technisch komplexe, wirtschaftlich bedeutsame und politisch umstrittene Rechtsverordnungen – wie z. B. die Großfeuerungsanlagenverordnung – viele Jahre brauchen, bis sie erlassen oder grundlegend geändert werden können. Unter dem Gesichtspunkt der Lern- und Anpassungsfähigkeit ist daher die Verbändevereinbarung sicherlich einer Netzverordnung überlegen, die beim regulierten Netzzugang vorgesehen ist.

Die Kritik an der Verbändevereinbarung wegen der fehlenden oder mangelhaften Einbeziehung von Akteuren mit geringerer Verhandlungsmacht – wie z. B. Verbraucher- und Umweltverbände, Händler und ausländische Unternehmen – in die Erarbeitung der Verbändevereinbarung ist im Kern sicherlich zutreffend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die aktuellen Machtverhältnisse auch in dem Zustandekommen von Rechtsverordnungen widerspiegeln. Die im Verordnungsverfahren nach §§ 47 Abs. 3, 62 Abs. 2 GGO vorgeschriebene Beteiligung der Verbände trägt weitgehend symbolischen Charakter. Denn entscheidend ist, welcher Verband den unmittelbaren Zugang zum federführenden Bundesminister besitzt. Nur diese Akteure können frühzeitig und auf informale Weise ihre Vorstellungen in die Erarbeitung der ersten internen Verordnungsentwürfe einbringen. Unter dem Gesichtspunkt von Transparenz und Pluralität der beteiligten gesellschaftlichen Gruppen ist das Verfahren zum Erlass untergesetzlicher Rechtsvorschriften nicht weniger unbefriedigend als die Verbändevereinbarung.

Falls sich ein Netzbenutzer in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt, kann er zur Durchsetzung seiner Rechte gegen den Netzbetreiber die Zivilgerichte und die Kartellbehörden anrufen. Darüber hinaus könnte er sich im Rahmen des regulierten Netzzugangs an die Regulierungs-

behörde und an die Verwaltungsgerichte wenden. Daher erscheint die Rechtsstellung der Netzbenutzer im Modell des regulierten Netzzugangs stärker zu sein als im Modell des verhandelten Netzzugangs. In der Praxis wird diese zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit durch das behördliche Informationsdefizit wieder weitgehend relativiert. Dies belegt der kartellrechtliche Fall „Puttgarden“.²⁴⁰

Das Bundeskartellamt²⁴¹ hatte der Betreiberin des Fährhafens Puttgarden gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sinngemäß untersagt, gegenüber zwei Konkurrenzunternehmen die Mitbenutzung des Fährhafens gegen ein „angemessenes Entgelt“ und die hierfür „erforderlichen Vorkehrungen“ (z. B. Baumaßnahmen) zu verweigern. Durch diese etwas sibyllinisch formulierte Untersagungsverfügung,²⁴² die vom BGH²⁴³ bestätigt wurde, sollte der Weg zu Verhandlungen der Hafentreiberin mit wenigstens einem der beiden Konkurrenzunternehmen eröffnet werden. Der BGH betont, dass in komplexen Entscheidungssituationen dieser Art, in denen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten bestehen, die Festlegung von Höchstentgelten und konkreten Umbaumaßnahmen etc. nicht sinnvoll sei. Die Lösung dieser Probleme müsse von den Betroffenen ausgehandelt werden. Gegebenenfalls werde dann ein zweites kartellbehördliches oder gerichtliches Verfahren erforderlich.

Dieselbe Informationsproblematik würde auch bei Ex-ante-Regulierungsverfügungen bestehen. Das bedeutet, dass diese Verfahren langwierig, kostspielig und hinsichtlich der Erfolgsaussichten höchst unsicher – also mit hohen Transaktionskosten verbunden – wären.

Insgesamt scheinen der verhandelte Netzzugang und die Verbänderevereinbarung geeigneter als der regulierte Netzzugang in Verbindung mit einer Netzverordnung zu sein, um das Netzverbundsystem flexibel und schnell an neue Umstände anzupassen und Fehler der Vergangenheit zu korrigieren. Unter dem funktionalen Gesichtspunkt der Umweltanpassung durch Lösung externer Konflikte weisen beide Netzzugangsmodelle Mängel auf.

240 Dazu Monopolkommission, (Fn. 50), Rdnr. 449-458 und dies., (Fn. 8), Rdnr. 378-383; *Engel*, (Fn. 147), S. 14 f.

241 Beschluss vom 21.12.1999, WuW/E DE-R 253.

242 Das OLG Düsseldorf vom 2.8.2000 (WuW/E DE-R 569) hatte die kartellrechtliche Verfügung als Gebot, die Mitbenutzung des Hafens zu gestatten, interpretiert und wegen nicht hinreichender Bestimmtheit aufgehoben.

243 Beschluss vom 24.9.2002, WRP 2003, S. 77-83.

e) Ressourceneffizienz

Der unmittelbare Aufwand für die Verwirklichung des verhandelten Netzzugangs dürfte für die Netzbetreiber höher sein als für den regulierten Netzzugang. Denn Abschluss und Fortschreibung der Verbändevereinbarung, die Erarbeitung der zahlreichen Regularien wie Grid Code, Distribution Code und Metering Code sowie die Mitwirkung in der Task Force Netznutzung und in Schlichtungsgremien erfordern praktisch die Unterhaltung einer umfangreichen Verbandsbürokratie nur für das Netzverbundsystem.

Im Gegensatz hierzu müsste der Staat die Kosten der Netzregulierung im Modell des regulierten Netzzugangs tragen. Allerdings sind für eine umfassende Effizienzbeurteilung neben den geringeren unmittelbaren Regulierungskosten der Netzbetreiber im Rahmen des regulierten Netzzugangs auch die höheren Funktionalitätsnachteile des Modells als Kosten zu berücksichtigen. Schließlich ist bei diesem Modell das Kostenrisiko fehlerhafter Regulierungen von Netznutzungsbedingungen und Höhe der Nutzungsentgelte in Rechnung zu stellen, das die Netzbetreiber wirtschaftlich härter treffen kann als entsprechende Fehlentscheidungen im Rahmen des verhandelten Netzzugangs. Insgesamt werden diese zusätzlichen Kosten des regulierten Netzzugangs, die vornehmlich die Netzbetreiber treffen, den höheren unmittelbaren Koordinations-, Organisations- und Regelungskosten der Netzbetreiber im Rahmen des verhandelten Netzzugangs entsprechen, wenn nicht gar übersteigen.

Alsdann sind für beide Modelle die Gesamtkosten ins Verhältnis zum Umfang der Zielverwirklichung zu setzen. Eine quantitative Effizienzbeurteilung ist natürlich nicht möglich. Angesichts der weitgehend gleichwertigen Zieleffektivität beider Netzzugangsmodelle ist daher bei ebenfalls gleichen Kostenbelastungen die Gesamteffizienz der Modelle als gleichwertig einzustufen.

f) Ergebnis

Wie Abbildung 3 zeigt, weist das Modell des verhandelten Netzzugangs in seiner derzeitigen Ausgestaltung im Hinblick auf die Funktionen der Bestandserhaltung und der Umweltanpassung Vorteile gegenüber dem Modell des regulierten Netzzugangs auf. Im Übrigen sind keine signifikanten Vorteile des verhandelten Netzzugangs gegenüber

dem regulierten Netzzugang und umgekehrt zu erkennen. Mit der Feststellung dieses Befundes darf es jedoch nicht sein Bewenden haben, da beide Modelle nicht überzeugen. Reformmaßnahmen sollten beim Modell des verhandelten Netzzugangs ansetzen, weil die Informationsasymmetrien zwischen Netzbetreibern und Behörden sich nur durch den Steuerungsmechanismus des Tauschs bewältigen lassen, der das Modell des verhandelten Netzzugangs prägt und im Modell des regulierten Netzzugangs fehlt.

5. Folgerungen für die Fortentwicklung des verhandelten Netzzugangs

a) Aufgabe

Die Fortentwicklung des verhandelten Netzzugangs muss bei den aus Abbildung 3 ersichtlichen Schwachstellen ansetzen. Das bedeutet: Zum einen ist die Kombination tausch- und hierarchiegestützter Instrumente so zu verändern, dass die gesetzlichen Ziele des § 4 Abs. 1 und des § 6 Abs. 1 EnWG – nämlich die Aufrechterhaltung leistungsfähiger, den Anforderungen des § 1 EnWG entsprechender Übertragungs- und Verteilungsnetze sowie die Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Netznutzung zu angemessenen Entgelten – effektiver als bisher verwirklicht werden. Zum anderen sind die funktionalen Mängel des geltenden Netzzugangsmodells zu beseitigen, ohne seine funktionalen Vorzüge zu beeinträchtigen. Hierzu sind folgende Anforderungen zu erfüllen:

- Das Netzzugangsregime muss eine größere Verbindlichkeit als die geltende Verbändevereinbarung aufweisen, um die Einheitlichkeit und Verlässlichkeit der Anwendung zu erhöhen (vgl. Funktionen Bestandserhaltung, Integration).
- Die Transparenz und Interessenpluralität beim Zustandekommen des Netznutzungsregimes müssen erhöht werden (vgl. Funktion Umweltanpassung).
- Die Kosteneffizienz des Netznutzungsregimes ist zu erhöhen, insbesondere durch einen wirksameren Vollzug (vgl. Funktion Ressourceneffizienz).
- Die Flexibilität und Anpassungsfähigkeit der Verbändevereinbarung ist zu bewahren (vgl. Funktion Umweltanpassung).

Die Erfüllung der aufgeführten Ziel- und Funktionsanforderungen setzt ein neues Austarieren der tausch- und hierarchiegestützten Steuerungsinstrumente voraus. Das Kernproblem ist dabei, wie die negativen Folgen der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Staat und Wirtschaft gering gehalten werden können. Appelle an die Eigenverantwortung der Wirtschaft und an eine marktwirtschaftliche Gesinnung reichen hierfür nicht aus. Daher wird das folgende Netzzugangsmodell vorgeschlagen, das sich als eine Fortentwicklung des verhandelten Netzzugangs begreift, das andere aber als einen regulierten Netzzugang qualifizieren mögen. Wortetikette sind jedoch unerheblich.

Der Vorschlag beruht auf drei Grundsätzen:

- Beibehaltung des Instruments der Verbändevereinbarung mit der neuen Rechtswirkung einer „guten fachlichen Praxis“, sofern bestimmte vorgegebene Verfahrensbedingungen beim Zustandekommen der Verbändevereinbarung erfüllt sind;
- Einführung gesetzlicher Grundlagen im Energiewirtschaftsgesetz für Ex-ante-Regulierungen des Netzzugangs im Einzelfall;
- Vollzug der Ex-ante-Regulierungen durch ein privatwirtschaftliches Unternehmen, das mit dieser Aufgabe beliehen wird.

b) Fortentwicklung der Verbändevereinbarung

Das Instrument der Verbändevereinbarung sollte beibehalten werden. Der Erlass einer Netzverordnung würde dem Netznutzungsregime die notwendige Flexibilität, Lern- und Anpassungsfähigkeit nehmen. Darüber hinaus ist damit zu rechnen, dass der Vollzug der Netzverordnung unter staatlichen Informationsmängeln leiden würde, da sich die Wirtschaft vermutlich auf die Bereitstellung der allernotwendigsten Informationen beschränken würde.

Um die Verbindlichkeit und Verlässlichkeit der Verbändevereinbarung zu erhöhen, sollte sie grundsätzlich die Rechtswirkung „guter fachlicher Praxis“ erhalten. Hierdurch würde für alle Marktteilnehmer der Anreiz geschaffen, die Verbändevereinbarung einzuhalten, um regulatorischen oder kartellrechtlichen Verfügungen zu entgehen. Eine solche Regelung ist auch in der anstehenden Novellierung des Ener-

giewirtschaftsgesetzes durch Ergänzung des § 6 Abs. 1 EnWG vorgehen.²⁴⁴

Allerdings sollte die Rechtswirkung der „guten fachlichen Praxis“ davon abhängig gemacht werden, dass bei dem Zustandekommen der Verbändevereinbarung alle betroffenen gesellschaftlichen Gruppen Gelegenheit zur Mitwirkung erhielten. Nur so kann die erforderliche Transparenz und Interessenpluralität der Verbändevereinbarung hergestellt werden. § 6 Abs. 1 EnWG sollte um eine entsprechende Verfahrensklausel ergänzt werden.

Die Verfahrensanforderungen könnten in die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) aufgenommen werden. Rechtspolitisch vorzugswürdig wäre allerdings eine gesetzliche Grundlage für das Entscheidungsverfahren beim Erlass untergesetzlicher Regelungen wie Rechtsverordnung, Allgemeine Verwaltungsvorschrift, gesetzesvertretende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft einschließlich der ihrer Umsetzung dienenden Vereinbarungen wie die Verbändevereinbarung. Denn diese Rechtssetzungsproblematik geht über den Energiebereich hinaus.

Auf jeden Fall sollte in der GGO vorgeschrieben werden,²⁴⁵ dass

- ordnungsvertretende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft sowie die ihrer Umsetzung dienenden Vereinbarungen im Entwurf ins Internet gestellt werden müssen,²⁴⁶
- jedermann innerhalb einer bestimmten Frist eine Stellungnahme gegenüber dem federführenden Ressort abgeben kann (Konsultation der Öffentlichkeit),

244 Siehe Art. 1 Nr. 3 des Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drs. 15/197.

245 Die aufgeführten Grundsätze stützen sich auf entsprechende Vorschläge der Europäischen Kommission zur Verbesserung ihrer Kommunikationsbeziehungen mit der Öffentlichkeit, die Teil ihres Konzepts von „European Governance“ ist. Siehe: Mitteilung der Kommission vom 5.6.2002 (KOM (2002) 277 endg.). Konsultationsdokument: Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs – Vorschlag für allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission. (Internet: http://www.europa.eu.int/eur.lex/de/com/cnc/2002/com2002_0277de01.pdf).

246 Die Möglichkeit der Veröffentlichung von Gesetzes- und Verordnungsentwürfen im Internet sehen §§ 48 Abs. 3, 62 Abs. 2 GGO vor.

- das federführende Ressort nach Ablauf der Konsultationsfrist eine schriftliche Würdigung der eingegangenen Stellungnahmen und der hieraus zu ziehenden Folgerungen im Internet zu veröffentlichen hat,
- eine Begründung für die vereinbarten Regelungen und für ihre Anerkennung als „gute fachliche Praxis“ im Internet zu veröffentlichen ist.

Diese Grundsätze gelten auch für Fortschreibungen der Vereinbarungen. Wenn diese Verfahrensanforderungen nicht eingehalten werden, erhält die Verbändevereinbarung nicht die Rechtswirkung einer „guten fachlichen Praxis“.

c) Gesetzliche Grundlagen für Ex-ante-Regulierungen

In Anlehnung an die einschlägigen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes²⁴⁷ sind in das Energiewirtschaftsgesetz die erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen für die Ex-ante-Regulierung von Netznutzungsverhältnissen aufzunehmen. Die Regelungen dienen der Durchsetzung der „guten fachlichen Praxis“ der Verbändevereinbarung im Einzelfall durch Verwaltungsakt (hierarchische Steuerung).

d) Beleihung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens mit der Aufgabe der Ex-ante-Regulierung

Der Erlass von Ex-ante-Regulierungsverfügungen ist nur sinnvoll, wenn die zuständige Stelle über die hierfür erforderlichen Informationen verfügt. Dies ist bei staatlichen Regulierungsbehörden im Energiebereich nicht gewährleistet. Unabhängige Gutachter mit den erforderlichen Insider-Informationen über den Netzbetrieb sind selten. Daher kann das Regulierungsregime nur funktionieren, wenn die Energiewirtschaft mitwirkt. Hierzu wird ein Organisationsmodell vorgeschlagen, das im Bereich des Umweltaudits mit Erfolg verwirklicht wurde (vgl. §§ 24, 25, 28, 29 UAG). Es beruht – etwas überspitzt ausgedrückt – auf dem Tauschprinzip: Zurverfügungstellung erforderlicher Informationen durch

247 Siehe Fn. 164.

die Wirtschaft gegen Übertragung hoheitlicher Befugnisse durch den Staat.

aa) Vorbild DAU

Die Zulassung und Beaufsichtigung von Umweltgutachtern i. S. der EMAS-Verordnung der EG erfolgt bundesweit durch die „Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter mbH (DAU)“ mit Sitz in Bonn. Träger der Gesellschaft sind 13 Wirtschaftsverbände unter der Federführung von BDI, DIHK, ZdH und der „Der freie Beruf“ – Verlagsgesellschaft mbH als Vertreterin des Bundesverbandes der freien Berufe. Die DAU wurde durch Rechtsverordnung mit den genannten ordnungsrechtlichen Zulassungs- und Aufsichtsaufgaben beliehen²⁴⁸. Sie ist funktional eine Bundesoberbehörde i. S. des Art. 87 Abs. 3 GG in Verbindung mit § 1 Abs. 4 VwVfG und besitzt begrenzte Selbstverwaltungsbefugnisse unter der Aufsicht des Bundesumweltministeriums.²⁴⁹ Sie finanziert sich weitgehend aus Gebühren, die sie für ihre Tätigkeit erhebt.

Die DAU exekutiert das einschlägige Zulassungs- und Verwaltungsverfahrenrecht. Für die Zulassung und Beaufsichtigung der Umweltgutachter bedient sie sich mehrerer Prüfungsausschüsse, die mit Spezialisten aus den durch Prüfungen betroffenen Wirtschaftsbranchen besetzt sind. Auf diese Weise erhält die DAU die erforderlichen Informationen, über die eine staatliche Behörde nicht verfügen würde. Die Mitarbeiter der DAU sind Angestellte der Gesellschaft.

Neben der Erweiterung der Informationsgrundlagen für die Wahrnehmung ordnungsrechtlicher Aufgaben liegt die besondere innovative Wirkung dieses Modells darin, dass Mitarbeiter eines privatwirtschaftlichen Unternehmens öffentliches Recht vollziehen. Dies hat einen

248 Verordnung über die Beleihung der Zulassungsstelle nach dem Umweltauditgesetz (UAG-Beleihungsverordnung – UAGBV) vom 18.12.1995 (BGBl I, S. 2013).

249 Dazu: Das Umweltauditgesetz – politische Innovation oder Formenmissbrauch des deutschen Verwaltungsrechts?, Streitgespräch zwischen *Eberhard Bohne* und *Rainer Pitschas*, in: Eberhard Bohne (Hrsg.), Erfahrungen mit dem Umweltauditgesetz, 1998, S. 9-20, 10 f; ferner: *Siegfried Waschow*, Aufsicht über DAU und Umweltgutachterausschuss durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, im selben Band, S. 68-82.

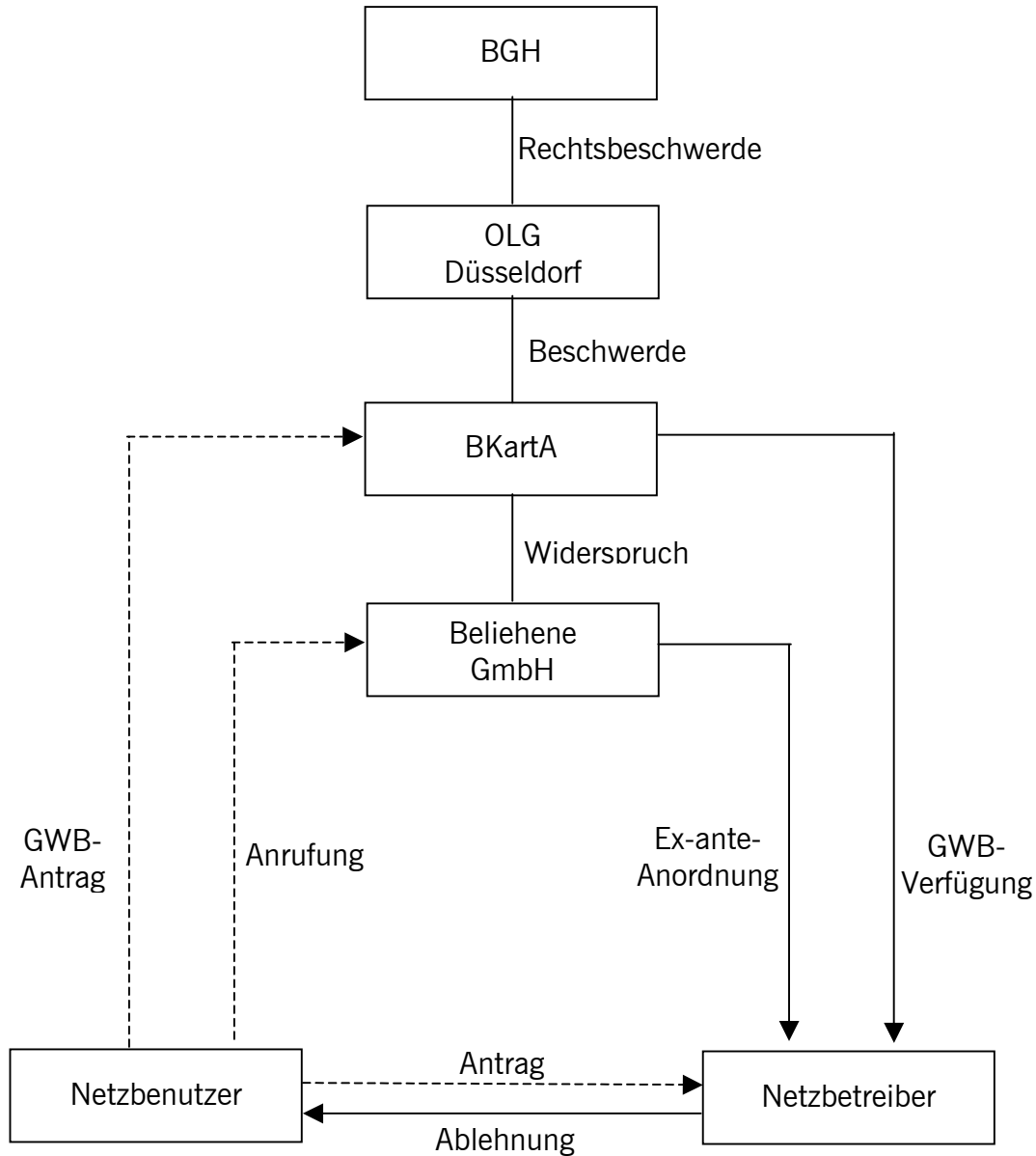
nicht zu unterschätzenden edukativen Effekt für die Wirtschaft. Zum einen stehen die Mitarbeiter unter dem Druck, durch besonders professionelles Arbeiten die öffentliche Reputation von BDI, DIHK, ZdH und der anderen Verbände wahren und dem Argwohn der Öffentlichkeit begegnen zu müssen, die Wirtschaft werde begünstigt. Zum anderen vollziehen die Mitarbeiter öffentliches Recht, das die Wirtschaft oft pauschal als „bürokratisch“ angreift. Hierbei unterliegen sie ministeriellen und verwaltungsgerichtlichen Kontrollen. Die hohen Durchfallquoten der Kandidaten bei den Zulassungsprüfungen vor der DAU belegen, dass diese Stelle ihre Aufgaben wirksam und rechtstreu wahrnimmt.²⁵⁰

bb) GmbH für Netzregulierungen

Überträgt man das skizzierte Modell auf den Netzbereich, so ergibt sich das in Abbildung 4 dargestellte Organisationsschema.

250 Die teilweise erhobene Kritik an der „Wirtschaftsnähe“ der DAU, die angeblich eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung verhindert, entbehrt der empirischen Grundlage und beruht auf Sprüchen wie „Wer selbst Störer sein kann, ist als Polizist wenig geeignet“, so z. B. *Ulrich Nissen*, Die EG-Öko-Audit-Verordnung, 1999, S. 474.

Abbildung 4: Privatwirtschaftlich gestützte Ex-ante-Regulierung und kartellrechtliche Aufsicht im Strom- und Gasmarkt



BDI, VDEW, VIK, VKU und andere interessierte Verbände gründen eine GmbH und statten sie mit dem erforderlichen Fachpersonal aus. Diese GmbH wird durch Rechtsverordnung mit der Aufgabe beliehen, bundesweit die Regulierungsvorschriften zur Durchführung der Verbändevereinbarung nach dem Energiewirtschaftsgesetz zu vollziehen. Die gesetzliche Regelungsbefugnis des Bundes ergibt sich aus Art. 87 Abs. 3 GG, der nach allgemeiner Meinung auch auf die Beleihung Pri-

vater Anwendung findet. Die GmbH steht unter der Aufsicht des Bundeswirtschaftsministeriums.

Die GmbH handelt hoheitlich. Widerspruchsbehörde gegen Verfügungen der GmbH ist das Bundeskartellamt, gegen dessen Entscheidungen der Rechtsweg zum OLG Düsseldorf und zum BGH nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eröffnet ist. Auf diese Weise wird die Doppelspurigkeit der Rechtswege vermieden, die im Telekommunikationsbereich nicht unproblematisch ist.

Fraglich ist, ob die Wirtschaftsverbände bei diesem Modell mitmachen werden, da sie stärker als bisher in die „rechtliche“ Verantwortung genommen werden.

Wer das Prinzip Eigenverantwortung ernst nimmt, wird sich ohne Reputationsverlust nicht dem Angebot des Staates entziehen können: Hoheitsgewalt gegen Informationen.