



Ministerium für Verkehr, Energie und Landesplanung des Landes Nordrhein-Westfalen

Postanschrift:

Ministerium für Verkehr, Energie und Landesplanung NRW · 40190 Düsseldorf

Bundesministerium für Wirtschaft
und Arbeit
Herrn Ministerialrat Dr. Mentz

11019 Berlin

Dienstgebäude und Lieferanschrift
Haroldstraße 4
40213 Düsseldorf

Telefon +49 (0) 2 11 / 837 - 02
Telefax +49 (0) 2 11 / 837 - 2200

Bearbeiter/in Herr Franke
Durchwahl +49 (0) 2 11 / 837 - 2496
Telefax +49 (0) 2 11 / 837 - 2756
E-Mail peter.franke@mvel.nrw.de

Datum

12. März 2004

Aktenzeichen (bei Antwort bitte angeben)

IV 1 – 11-20 (EnWG)

Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts Ihr Schreiben vom 26.02.2004 –IX B 1–

Zu dem mit Bezugsschreiben übersandten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts bemerke ich nach erster, angesichts der zur Verfügung stehenden Zeit noch vorläufiger Prüfung folgendes:

1. Die Länder haben mehrfach, zuletzt im Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz vom 10./11. Dezember 2003, deutlich gemacht, dass sie im Interesse eines funktionierenden Systems der Netzregulierung eine **Einbeziehung der Länder in den Vollzug der Regulierungsvorschriften** für angezeigt halten. Der Gesetzentwurf sieht hingegen eine ausschließliche Vollzugszuständigkeit der Bundesregulierungsbehörde bei der Netzregulierung vor (§ 49). Die Begründung lässt nicht erkennen, in welcher Weise sich die Bundesregierung mit den Argumenten für einen Vollzug durch Bundes- und Landesbehörden auseinandergesetzt hat. Zu den in der Entwurfsbegründung (S. 65) angedeuteten Gründen – Effizienz der Rechtsanwendung und einheitliche Durchsetzung der Regulierungsziele – haben die Länder bereits eingehend ihren Standpunkt dargelegt, dass der Effizienzgesichtspunkt eindeutig für eine Einbeziehung der Länder in den Regulierungsvollzug spricht, ohne dass der einheitliche Gesetzesvollzug beeinträchtigt wird.

Nachdem nunmehr der gesamte Gesetzentwurf vorliegt, wird deutlich, dass die Frage der Einbeziehung der Länder in den Regulierungsvollzug in engem Zusammenhang

mit anderen Regulierungselementen steht, die in ihrem Zusammenwirken die grundsätzliche Frage nach dem Regulierungskonzept des Entwurfs aufwerfen müssen.

Das gilt zunächst für die Ermächtigung in § 20 Abs. 6, deren inhaltliche Vorgaben unvollständig und nicht hinreichend bestimmt sind; insbesondere wird der Gesichtspunkt der Substanzerhaltung nicht hinreichend berücksichtigt. Diese Defizite der materiell-rechtlichen Vorgaben sollen offenbar ausgeglichen werden durch die in § 20 Abs. 6 Satz 1 vorgesehene Möglichkeit, dass die Bundesregulierungsbehörde selbst Maßstäbe für ihr Verwaltungshandeln "festlegen" kann.

Zum anderen ist die im Entwurf vorgesehene Beitragsregelung zur Finanzierung der Tätigkeit der Bundesregulierungsbehörde (§ 88) bedeutsam. Mit diesem System der Umlagefinanzierung kann die Personal- und Sachausstattung der Bundesregulierungsbehörde sich ohne praktisch wirksame Begrenzung an der jeweils gewünschten Regulierungsintensität orientieren. Der Zusammenhang mit der im Entwurf eingeräumten Möglichkeit, dass die Bundesregulierungsbehörde selbst auch Maßstäbe für ihr Verwaltungshandeln "festlegen" kann, liegt auf der Hand.

Im übrigen werden die Netzbetreiber die durch die Umlagefinanzierung verursachten Kosten auf die Netznutzer umlegen. Der erste verlässlich voraussehbare Erfolg des vorgesehenen Regulierungskonzepts wird also eine Anhebung der Netznutzungsentgelte zur Finanzierung der Bundesregulierungsbehörde sein. Angesichts des Fehlens wirksamer Mechanismen zur Begrenzung der Beitragshöhe - § 88 Abs. 3 Satz 3 sieht sogar die Möglichkeit einer Subdelegation der Verordnungsermächtigung auf die Bundesregulierungsbehörde selbst vor - ist zu erwarten, dass die Beitragsregelung nicht nur in der Phase der Errichtung der Bundesregulierungsbehörde, sondern auch in Zukunft zur Erhöhung der Netznutzungsentgelte beitragen wird. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass die Möglichkeit eines unter Effizienzgesichtspunkten zumindest gleichwertigen und zugleich kostengünstigeren Vollzugs durch Landesbehörden für hierfür geeignete Bereiche der Netzregulierung nicht genutzt werden soll.

Insgesamt ist durch

- den Verzicht auf die Einbeziehung der Länder in den Regulierungsvollzug
- die in § 20 Abs. 6 Satz 1 vorgesehene Möglichkeit, dass die Bundesregulierungsbehörde selbst Maßstäbe für ihr Verwaltungshandeln "festlegen" kann
und
- die Umlagefinanzierung nach § 88

in wesentlichen Elementen ein Regulierungskonzept vorgeprägt, das den bisher von allen Beteiligten für richtig gehaltenen Weg einer "schlanken" Regulierung mit klaren und abschließenden normativen Vorgaben für den Regulierungsvollzug eindeutig verlässt. Hieraus ergeben sich grundsätzliche Bedenken gegen den Entwurf.

2. In § 3 sind die Begriffsbestimmungen vielfach unklar bzw. unstimmig:

- Der "lieferbezogene" Versorgungsbegriff (§ 3 Nr. 15 1.Hs. 1.Alt.) wird in § 3 Nr. 31 als Verkauf von Energie an Kunden näher definiert. Unter "Kunden" sind nach § 3 Nr. 21 zu verstehen "Großhändler, Letztverbraucher und Unternehmen, die Energie kaufen". Die Abgrenzung der letztgenannten Kundengruppe ist nicht nachvollziehbar. Art. 2 Nr. 7 EltRL unterscheidet nur zwischen Großhändlern und Endkunden. Art. 2 Nr. 27 GasRL sieht als dritte Kundengruppe *Erdgasunternehmen* vor, was erkennbar damit zusammenhängt, dass Art. 2 Nr. 29 GasRL – anders als die Binnenmarkttrichtlinie Elektrizität – Gasnetzbetreiber, die Gas kaufen, nicht als Großhändler behandelt. Hieran scheint, wie die Definition des Großhändlers (§ 3 Nr. 18) zeigt, der Entwurf anknüpfen zu wollen. Als dritte Kundengruppe kommen dann aber nur die vom Begriff des Großhändlers ausgenommenen Unternehmen in Betracht; alle sonstigen Unternehmen sind entweder Großhändler oder Letztabnehmer.
- In § 3 Nr. 15 2.Hs. wird der Begriff des Gasversorgungsunternehmens definiert. Danach soll u.a. der "Kauf von Erdgas" dazu führen, dass der Käufer Gasversorgungsunternehmen wird. Das dürfte so nicht gewollt sein. Es dürfte sich empfehlen, aus Art. 2 Nr. 1 GasRL auch das – möglicherweise übersehene – Definitionselement "mit Ausnahme der Endkunden" zu übernehmen.

Diese Ergänzung würde auch eine Klärung des Verhältnisses zwischen den Begriffen Energieversorgungsunternehmen und Gasversorgungsunternehmen ermöglichen. Lieferung bzw. Kauf von Gas werden durch den lieferbezogenen Versorgungsbegriff abgedeckt (§ 3 Nr. 31), weil nach Art. 2 Nr. 1 GasRL als "Käufer" nur Großhändler erfasst werden sollen. Aufgrund § 3 Nr. 15 1.Hs. 2.Alt. werden die Funktionen Fernleitung, Verteilung und Speicherung durch die Definition des Gasversorgungsnetzes (§ 3 Nr. 17) abgedeckt. § 3 Nr. 15 2.Hs. könnte sich demnach auf die Regelung beschränken, dass über die Definition des Energieversorgungsunternehmens hinaus auch Betreiber von Gewinnungsvorhaben Gasversorgungsunternehmen sind.

Eine andere Frage ist, ob man – wohl vornehmlich mit Blick auf den Anwendungsbereich der §§ 6 ff. – eine Definition des Energieversorgungsunternehmens wählen sollte, die dazu führt, dass der Begriff "Energieversorgungsunternehmen" entgegen dem bisherigen Sprachgebrauch nicht mehr den Oberbegriff für die spartenbezogenen Begriffe "Elektrizitätsversorgungsunternehmen" und "Gasversorgungsunternehmen" bildet; nach der Entwurfsfassung des § 3 Nr. 15 2.Hs. gäbe es ja Gasversorgungsunternehmen (nämlich Betreiber von Gewinnungsvorhaben), die nicht Energieversorgungsunternehmen sind.

- Unter Gasversorgungsnetzen sind nach § 3 Nr. 17 "alle Fernleitungsnetze, Gasverteilernetze, LNG-Anlagen oder Speicheranlagen" zu verstehen. Warum LNG-Anlagen und Speicheranlagen bei der Definition der "Betreiber von Gasversorgungsnetzen" (§ 3 Nr. 8) nicht berücksichtigt werden, ist nicht nachvollziehbar.
3. In § 4 sollte klargestellt werden, dass die Aufnahme des Betriebs von Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen der Genehmigung bedarf. In beiden Sparten sind unterschiedliche technische Anforderungen zu stellen, so dass bei Hinzunahme der jeweils anderen Sparte nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die erforderliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. Insbesondere bei späterer Übernahme eines Gasversorgungsnetzes ist das Erfordernis präventiver behördlicher Kontrolle der technischen Leistungsfähigkeit offensichtlich. Die Frage wurde bekanntlich schon unter der Geltung des § 5 EnWG 1935 diskutiert und ist in der Verwaltungspraxis der Länder stets im Sinne eines spartenbezogenen EVU-Begriffs beantwortet worden.
 4. Weiterhin ist bei § 4 zu berücksichtigen, dass der Betrieb von Energieversorgungsnetzen nach allgemeiner Ansicht bisher genehmigungsfrei war. Die Klarstellung der Widerrufsmöglichkeit (§ 4 Abs. 3) geht daher für Betreiber, die bisher keiner Genehmigung bedurften, ins Leere. Erforderlich ist eine Untersagungsmöglichkeit, deren Voraussetzungen sich an den Versagungsgründen des § 4 Abs. 2 orientieren könnten. Für Netzbetreiber, denen eine Genehmigung nach § 5 EnWG 1935/§ 3 EnWG 1998 erteilt worden ist (etwa weil sie auch Tätigkeiten ausüben, die bisher schon genehmigungspflichtig waren), kommt hingegen eine Aufhebung der Genehmigung in Betracht. Hier empfiehlt sich die Klarstellung, dass §§ 48, 49 VwVfG unberührt bleiben.
 5. Die nach § 5 anzeigepflichtigen Tätigkeiten sind in der Vorschrift so eng umgrenzt, dass sich die Frage stellt, welche "Änderungen" noch anzeigepflichtig sein könnten.

Dass die Aufnahme der Belieferung weiterer Kunden als "Änderung" angesehen wird, dürfte kaum gewollt sein.

6. § 10 soll für alle "Energieversorgungsunternehmen" gelten. Damit werden etwa auch reine Stromhändler zur getrennten Kontenführung und zur Aufstellung von Segmentbilanzen verpflichtet, obwohl sie kein Netz betreiben. Schon mit Blick auf die mit der Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses verbundenen Kosten sollte geprüft werden, ob diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs nach der Zielsetzung der Vorschrift sachgerecht ist.
7. In § 20 Abs. 3 sollte die Verpflichtung der Netzbetreiber geregelt werden, dass die Netzentgelte aus den nach § 10 Abs. 3 zu erstellenden Segmentbilanzen zu entwickeln sind. Die Segmentbilanzen sind in Zukunft nur noch der Regulierungsbehörde zuzuleiten (§ 10 Abs. 5); der Entwurf sieht in ihnen also (zu Recht) ein Mittel, um die Kontrolleffizienz der Regulierungsbehörde zu erhöhen. Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn der Netzbetreiber verpflichtet ist, bei der Kalkulation der Netzentgelte von der in den Segmentbilanzen vorgenommenen Kostenzuordnung auszugehen oder Abweichungen zu begründen.

Bereits die Abschlussprüfung nach § 10 Abs. 4 schließt die Prüfung ein, ob die Wertansätze und die Zuordnung der Kosten sachgerecht und nachvollziehbar erfolgt sind und der Grundsatz der Stetigkeit beachtet worden ist. Der hiervon ausgehende Anreiz kann für die Kontrolle durch die Regulierungsbehörde nur nutzbar gemacht werden, wenn eine Verpflichtung der Netzbetreiber besteht, bei der Kalkulation der Entgelte von den Segmentbilanzen auszugehen. Die Erfahrungen im Strompreisgenehmigungsverfahren nach § 12 BTO/Elt bestätigen, dass ein Vergleich der prognostizierten Kosten- und Erlöslage mit den Ist-Zahlen vergangener Jahre Aufschlüsse vermittelt, die für eine sachgerechte Beurteilung der Kalkulation unerlässlich sind.

Da die Segmentbilanzen nach den Binnenmarktrichtlinien ohnehin zu erstellen sind, ist ihre "Verwertung" bei der Kalkulation und Kontrolle der Netzentgelte auch im Sinne einer schlanken Regulierung.

8. Nach den Erfahrungen der Aufsichtsbehörde in Nordrhein-Westfalen sind ferner zur Vermeidung von Mitnahmeeffekten Anreize zur Erhöhung der Prognosegenauigkeit bei der Kalkulation der Netzentgelte erforderlich. Ergeben sich prognosebedingt "Überschüsse" gegenüber der Kalkulation, wirken sich diese derzeit gewinnerhöhend aus.

Nach den Erfahrungen im Strompreisgenehmigungsverfahren können die Prognoseungenauigkeiten beachtlich sein.

Ein Anreiz zur Erhöhung der Prognosegenauigkeit könnte dadurch begründet werden, dass "Überschüsse" periodenübergreifend zu berücksichtigen sind. Ein solches Modell hätte allerdings den Nachteil, dass die Netzentgelte u.U. erheblich schwanken könnten; ferner wäre der Kreis der belasteten und der begünstigten Netznutzer nicht deckungsgleich. Alternativ könnte daher eine – in § 20 Abs. 3 zu regelnde – Anpassungspflicht während der laufenden Periode in Betracht kommen, wenn sich Umstände, die der Kalkulation zugrundegelegt worden sind, wesentlich ändern. Durch die Sanktionierung einer Verletzung dieser Anpassungspflicht (z.B. rückwirkende Senkung der Netzentgelte) könnten wirksame Anreize zur Erhöhung der Prognosegenauigkeit gegeben werden.

9. § 20 Abs. 6 Satz 1 sieht vor, dass die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit zu erlassende Rechtsverordnung auch "Sachverhalte und Voraussetzungen" vorgeben kann, "bei denen oder unter denen die Bundesregulierungsbehörde Bedingungen und Methoden festlegen kann." Auf die grundsätzlichen Bedenken, die sich hieraus mit Blick auf das Konzept einer "normativen" Regulierung ergeben, ist bereits eingegangen worden. Darüber hinaus sind Rechtsnatur und Bindungswirkung der "Festlegungen" unklar. Schon mit Blick auf die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten in Betracht kommen, bedarf dies der Klärung.
10. Nach § 31 Abs. 2 soll für die Grund- und Ersatzversorgung das Energieversorgungsunternehmen zuständig sein, das die meisten Haushaltskunden im jeweiligen Netzgebiet versorgt. Das mag ein "objektives Kriterium" (S. 90) sein; sachgerecht erscheint es angesichts der tatsächlichen Versorgungsverhältnisse nicht. Für die gegenwärtige Situation der Kleinkundenversorgung ist kennzeichnend, dass der Gebietsversorger in der Regel einen Marktanteil hat, mit der die Marktstellung anderer Versorger schon der Größenordnung nach nicht verglichen werden kann; daher sind auch die Möglichkeiten anderer Versorger, ggf. Aufgaben der Grund- und Ersatzversorgung zu übernehmen, mit denen des Gebietsversorgers nicht vergleichbar. Auch bei einer nachhaltigen Intensivierung des Wettbewerbs im Kleinkundenbereich dürfte sich an diesen grundsätzlichen Unterschieden in Marktstellung und Leistungsvermögen nichts ändern. Bei einem Ausfall des bisherigen Grundversorgers – eine Möglichkeit, die schon angesichts der Trennung von Netz und Vertrieb in Betracht gezogen werden muss – kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass andere Versorger zur Übernahme der Grund- und Ersatzversorgung stets bereit und in der Lage sein werden.

Wir stimmen daher der Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 08.03.2004 (S. 6) jedenfalls insoweit zu, als die Übertragung der Grundversorgung bei dem Regelungsansatz des § 31 nur durch *rechtsbehelfsfähige* Verwaltungsentscheidung erfolgen könnte, die sich an inhaltlichen Kriterien und nicht an dem – u.U. zufälligen – Kriterium der Kundenzahl orientieren müsste.

Aus unserer Sicht sollte, wie bei den bisherigen Bund-Länder-Besprechungen mehrfach vorgetragen, als Alternative zum Regelungsansatz des § 31 eine Verknüpfung von Netzbetrieb und Grund- bzw. Ersatzversorgung in Betracht gezogen werden. Damit wäre zugleich klargestellt, dass die Verantwortlichkeit für die Sicherstellung der örtlichen Versorgung bei den Beteiligten des Konzessionsvertrags liegt.

11. Verfahren und Maßstäbe der "**Besonderen Missbrauchsaufsicht**" für die Grund- und Ersatzversorgung (§ 35) bedürfen noch eingehender Erörterung unter Beteiligung der Preisreferenten.

§ 35 Abs. 1 Satz 3 geht zunächst davon aus, dass eine kostenorientierte Kontrolle stattfindet. Hier sollte klargestellt werden, dass Grundlage der behördlichen Entscheidung nicht – wie bisher – die gesamte Kosten- und Erlöslage der Elektrizitätsversorgung, sondern die Kosten- und Erlöslage der Grund- und/oder Ersatzversorgung ist. Das setzt zwar eine Prüfung der "gesamten" Kosten- und Erlöslage unter Abgrenzungsgesichtspunkten voraus; inhaltlich sollte die "gesamte" Kosten- und Erlöslage die Preisbildung in der Grund- und Ersatzversorgung aber nicht mehr beeinflussen.

Klärungsbedürftig ist weiterhin das Verhältnis zwischen § 35 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2: Bei einem kostenorientierten Kontrollansatz kann der Missbrauchstatbestand sich nicht in erster Linie am Vergleichsmaßstab orientieren.

Vor allem in verfahrensmäßiger Hinsicht wirft das Konzept der Besonderen Missbrauchsaufsicht zwei grundsätzliche Fragen auf:

- Zum einen geht es um die Frage, ob das bisherige System präventiver Kontrolle der Tarifikundenpreise (§ 12 BTO/Elt) zugunsten eines Systems repressiver Kontrolle aufgegeben werden sollte.

In den bisher wegen der Neufassung des Energiewirtschaftsrechts geführten Bund-Länder-Gesprächen ist seitens des Bundes nicht deutlich gemacht worden,

dass bereits im Energiewirtschaftsgesetz selbst eine Umgestaltung des bisherigen Strompreisgenehmigungsverfahrens erfolgen soll. Für die Besprechung am 17. März 2004 rege ich an darzustellen, aus welchen Gründen, insbesondere aufgrund welcher Erfahrungen mit dem geltenden Preisaufsichtssystem, die Genehmigungspflicht aufgegeben werden soll. Aus unserer Sicht wäre es angezeigt gewesen, den Ländern die Absicht einer Neuordnung des Preisaufsichtsrechts im Rahmen der EnWG-Novelle frühzeitig mitzuteilen, um ohne den jetzt bestehenden Zeitdruck Gelegenheit zu geben, die Erfahrungen und Schlussfolgerungen der Länder darzustellen.

Aus der Sicht Nordrhein-Westfalens haben gerade die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt, dass in einer erheblichen Zahl von Fällen Tarifierhöhungsanträge aufgrund der Prüfung durch die Strompreisaufsicht "nach unten" korrigiert werden mussten. Hierbei spielten überwiegend Gesichtspunkte eine Rolle, die in einem System der ex-post-Kontrolle nicht oder nicht ohne weiteres hätten aufgedeckt werden können. Insbesondere bei der Weitergabe der gesetzlich veranlassenen Mehrbelastungen (EEG und KWKG) durch die Energieversorgungsunternehmen waren fehlerhafte Berechnungen festzustellen, die sich nahezu ausschließlich zu Lasten der Kunden ausgewirkt hätten. Bei Preiserhöhungen wegen erhöhter Bezugskosten musste nach Vorlage der Bezugsverträge vielfach festgestellt werden, dass etwa Einmalzahlungen an die Energieversorgungsunternehmen (Marketingzuschüsse) nicht zugunsten der Stromkunden berücksichtigt worden waren.

Die letzte "Genehmigungsrunde" hat in Nordrhein-Westfalen ergeben, dass in fast 20 % der Fälle den ursprünglichen Anträgen nicht oder nicht in vollem Umfang entsprochen werden konnte. Die entsprechenden Unternehmen haben in diesen Fällen ihre Anträge zurückgezogen oder ihren Antrag reduziert. Eine Auswertung aller seit Herbst 2003 entschiedenen Fälle hat ergeben, dass das gewichtete Mittel der genehmigten Erhöhungen um rd. 7 % unter den beantragten Anhebungen liegt. Der Übergang zu einem System der ex-post-Kontrolle würde nach diesen Erfahrungen zu Einbußen bei der Wirksamkeit des Kundenschutzes führen. Wir haben Zweifel, ob der Gesichtspunkt eines einheitlichen Aufsichtssystems für Preisaufsicht und Netzregulierung von solchem Gewicht ist, dass er diese Nachteile aufwiegt.

Wir schließen uns daher der Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 08.03.2004 (S. 17) und den im Schreiben des Vorsitzenden des Bund-Länder-Ausschusses Energiepreise vom 09.03.2004 dargelegten Zweifeln an, ob beim

derzeitigen Stand der wettbewerblichen Öffnung im Kleinkundenbereich der Verzicht auf eine präventive Kontrolle vertretbar ist.

- Zum anderen ist die in § 35 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Bindung der Preismissbrauchsaufsicht an die von den Netzbetreibern veröffentlichten Netznutzungsentgelte problematisch, die entsprechend für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht gelten soll (§ 106 Abs. 3).

Im Vergleich mit dem bisherigen Niveau des Kunden-, insbesondere des Kleinkundenschutzes – volle Kontrolle der Netzkosten als Element der "gesamten Kosten- und Erlöslage" im Rahmen der Strompreisaufsicht, spezifische Kontrolle der Netzentgelte im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – wird diese Regelung vor allem in der Anfangsphase zu einer faktischen Absenkung des Schutzniveaus beim Verbraucherschutz führen, das aus unserer Sicht nicht hingenommen werden kann.

Die Problematik ergibt sich daraus, dass den Preisaufsichts- und Kartellbehörden mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ein "Kontrollverbot" auferlegt werden soll, ohne dass bereits ab diesem Zeitpunkt eine rechtlich und praktisch gleichwertige Kontrolle durch die Regulierungsbehörde gewährleistet wäre.

Im Ausgangspunkt ist bei parallelen Aufsichtssystemen die Zuweisung der Regelungsbefugnisse an die beteiligten Behörden nach dem Kriterium der Sachnähe konsequent. Sie entspricht den für Parallelverfahren im Umweltrecht entwickelten Grundsätzen. Der wesentliche Unterschied besteht allerdings darin, dass im Anlagengenehmigungsrecht parallele *Genehmigungszuständigkeiten* bestehen. Schutzlücken sind also dadurch ausgeschlossen, dass vor Errichtung einer Anlage oder Aufnahme einer Tätigkeit *alle* erforderlichen behördlichen Gestattungen vorliegen müssen; damit ist gewährleistet, dass eine behördliche Kontrolle unter allen Gesichtspunkten erfolgt.

So ist die Situation nach dem Entwurf aber gerade nicht, weil für die Netzregulierung das System der ex-post-Kontrolle gelten soll. Dementsprechend sehen § 35 Abs. 2 Satz 2, § 106 Abs. 3 vor, dass Preisaufsichts- und Kartellbehörden nicht an Entscheidungen der Regulierungsbehörde, sondern an die von den Netzbetreibern veröffentlichten Entgelte gebunden sein sollen.

Eine solche Regelung, dass Aufsichtsbehörden an die von privaten Monopolunternehmen gebildeten Netznutzungsentgelte auch dann gebunden sein sollen, wenn diese nicht ansatzweise von der für die Netzregulierung zuständigen Behörde geprüft worden sind, ist beispiellos. Sie führt dazu, dass Preise für Kleinkunden selbst bei konkreten Anhaltspunkten für missbräuchlich überhöhte Netzentgelte von den Preisaufsichtsbehörden genehmigt werden müssten bzw. nicht beanstandet werden könnten. Der Entwurf geht damit weit über die umstrittene "Verrechtlichung" der Verbändevereinbarungen hinaus, weil die Frage, ob diese im Einzelfall zutreffend angewandt worden sind, nach geltendem Recht uneingeschränkter Kontrolle durch die Preisaufsichts- und Kartellbehörden unterliegt.

Der naheliegende Weg zur Vermeidung dieser Lücken im Kundenschutz wäre eine Bündelung der Zuständigkeiten für die Preisaufsicht und die Netzregulierung im praktisch bedeutsamen Bereich der örtlichen Versorgung. Diese Möglichkeit will der Entwurf nicht nutzen. In Betracht käme auch, den Preisaufsichts- und Kartellbehörden bei konkreten Anhaltspunkten für überhöhte Entgelte Befugnisse im Bereich der Netzregulierung einzuräumen, die im Einvernehmen mit der Bundesregulierungsbehörde auszuüben sind; dies läge insbesondere nahe, soweit bzw. solange integrierte Energieversorgungsunternehmen der Preisaufsicht unterliegen. Die – wegen des mehrmonatigen Zeitverlusts – drittbeste Alternative wäre, den Preisaufsichts- und Kartellbehörden die Möglichkeit einzuräumen, durch Mitteilung an die Bundesregulierungsbehörde ein Missbrauchsverfahren nach § 27 mit den dort vorgesehenen Entscheidungsfristen in Gang zu setzen. Nicht einmal diesen Vorschlag greift der Entwurf auf.

Die Aufsichtsbehörden der Länder sind aus vielfältigen Gründen oft besser als einzelne Marktteilnehmer in der Lage, Anhaltspunkte für überhöhte Netzentgelte zu erkennen. Das wird auch in Zukunft so sein, weil Preisaufsichts- und Kartellbehörden die Kosten- und Erlöslage des Netzbereichs unter dem Gesichtspunkt sachgerechter Abgrenzung zum Erzeugungs- und Vertriebsbereich weiterhin in den Blick nehmen müssen. Bisher konnten die Aufsichtsbehörden der Länder Hinweisen auf überhöhte Netzentgelte in eigener Zuständigkeit nachgehen; in Nordrhein-Westfalen haben wir dies, wie bereits geschildert, gerade in den letzten Jahren im Rahmen des Verfahrens nach § 12 BTOElt mit beachtlichen Erfolgen getan.

Stattdessen ist im Entwurf nur die Möglichkeit für private Betroffene vorgesehen, einen Überprüfungsantrag nach § 27 zu stellen. Dieses Instrument gewährleistet

ebenso wenig wie die Möglichkeit, dass die Bundesregulierungsbehörde von Amts wegen tätig wird, einen mit dem derzeitigen Schutzniveau vergleichbaren Kundenschutz.

Die Überprüfungsmöglichkeit nach § 27 kann keinen gleichwertigen Kundenschutz gewährleisten, weil einzelne Marktteilnehmer nicht immer in der Lage sein werden, Hinweise auf missbräuchlich überhöhte Netzentgelte zu erkennen. Sie werden in der Regel aus den bei ihnen vorhandenen Informationen, nämlich dem Vergleich mit Netzentgelten anderer Betreiber, auf das Vorliegen eines Missbrauchs schließen. Dieses Aufgreifkriterium entspricht nicht den materiellen Entgeltbildungsprinzipien, da die Netzentgelte grundsätzlich kostenorientiert zu bilden sind und der Vergleichsmaßstab unter dem Gesichtspunkt rationeller Betriebsführung nur eine Korrekturfunktion erfüllt (§ 20 Abs. 3 Satz 3). Damit besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass Netzentgelte in "unauffälliger" Höhe von privaten Betroffenen nicht aufgegriffen werden, auch wenn der Netzbetreiber nach seiner individuellen Kosten- und Erlöslage niedrigere Entgelte erheben müsste. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass derzeit nicht abgeschätzt werden kann, ob sich das Kostenrisiko (§ 27 Abs. 4 Satz 2) als Hemmnis für private Betroffene erweist, den Weg eines Antrags auf Überprüfung nach § 27 zu beschreiben.

Die Möglichkeit der Bundesregulierungsbehörde, von Amts wegen tätig zu werden, kann angesichts der Vielzahl der Netzbetreiber jedenfalls in der Phase der Einrichtung des Regulierungssystems nicht zu einem mit dem bisherigen Schutzniveau vergleichbaren Ergebnis führen. Hierbei fällt vor allem ins Gewicht, dass es bei einer kostenorientierten Ermittlung der Netznutzungsentgelte naturgemäß auf Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse ankommt, die bei der Bundesregulierungsbehörde fehlen oder nur mit einem Zeit- und Verwaltungsaufwand aufgebaut werden könnten, der jedenfalls für eine Übergangszeit zu Schutzlücken führen müsste (und im übrigen mit dem Konzept einer "schlanken" Regulierung nur noch wenig zu tun hätte).

Im Ergebnis würden die vorgesehenen Kontrollrestriktionen für Preisaufsichts- und Kartellbehörden dazu führen, dass auf absehbare Zeit mit erheblichen Einbußen an Kontrolleffizienz gerechnet werden müsste. Das Risiko, dass es unter diesen Bedingungen zu sachlich nicht gerechtfertigten Strompreiserhöhungen kommen könnte, liegt auf der Hand.

12. Für die nach § 35 Abs. 1 Satz 4 zu erlassende Rechtsverordnung ist aus unserer Sicht die Regelung von Vorlagepflichten entsprechend den derzeitigen Pflichten nach § 12 Abs. 3 BTOElt unverzichtbar, um die Aufgaben der Missbrauchsaufsicht wirksam wahrnehmen zu können. Das gilt unabhängig von der Entscheidung für eine ex-ante- oder eine ex-post-Kontrolle.
13. In § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sollte das Wort "Gasversorgungsleitungen" durch "Gas-transportleitungen" ersetzt werden. Damit wird klargestellt, dass alle dem Energie-wirtschaftsgesetz unterfallenden Gastransportleitungen, also auch Leitungen zur De-ckung des Eigenbedarfs, gemeint sind.
14. Weiterhin sollte in § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 – entsprechend der überwiegenden Ver-waltungspraxis – klargestellt werden, dass der *Innendurchmesser* gemeint ist.
15. Nach § 50 Abs. 2 Satz 2 sind u.a. auf Entscheidungen nach § 4 (Zulassung von E-nergieversorgungsunternehmen) grundsätzlich die Bestimmungen des Achten Teils anzuwenden mit der Folge, dass bei diesen Entscheidungen der Zivilrechtsweg eröff-net wäre. Da es sich bei der Genehmigung nach § 4 um eine Entscheidung mit ein-deutig gewerberechtlichem Einschlag handelt, liegt eine Zuständigkeit der Verwal-tungsgerichte näher. Das Verfahren nach § 4 sollte daher aus dem Anwendungsbe-reich des Achten Teils herausgenommen werden. Die besonderen Verfahrensregelun-gen des Achten Teils erscheinen im Verfahren nach § 4 entbehrlich, da die Anwen-dung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts ausreicht.

Eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte liegt auch für die Untersagung nach § 5 Satz 3 durch die Bundesregulierungsbehörde nahe; Bedenken wegen der "Rechtsweg-spaltung" dürften sich nicht ergeben, weil diese innerhalb der Bundesregulierungsbe-hörde ohnehin besteht.

16. Die allgemeinen Aufsichtsbefugnisse nach § 59 gelten aufgrund § 50 Abs. 2 Satz 2 für Landesbehörden nur in den Verfahren nach § 4, § 31 Abs. 2 und § 35. Damit fehlt eine dem geltenden § 18 EnWG vergleichbare Überwachungs- und Anordnungsbefug-nis für zentrale Kontrollbereiche außerhalb der Netzregulierung. Zu nennen sind etwa Anordnungen, wenn Energieanlagen den Anforderungen des § 44 nicht entsprechen, Maßnahmen bei formell illegalen Versorgungstätigkeiten oder bei formell illegal errichteten Leitungsbauvorhaben. Es dürfte sich empfehlen, außerhalb des Achten Teils eine an § 18 EnWG orientierte Überwachungs- und Anordnungsbefugnis für Maßnahmen außerhalb der Netzregulierung vorzusehen.

Wesentlich für die Beurteilung des gesamten Reformvorhabens ist der Inhalt der zu erlassenden Rechtsverordnungen; das gilt insbesondere für die Entgeltbildungsprinzipien (§ 20 Abs. 6) und das Verfahren der Preismissbrauchsaufsicht (§ 35 Abs. 1 Satz 4). Ich rege an, die entsprechenden Entwürfe nach Möglichkeit noch bis zu dem Besprechungstermin am 17. März 2004 zu übersenden.

Im Auftrag

(Peter Franke)