

**Vorläufige Stellungnahme des
Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU),
zum Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsrechts**

Köln/Berlin, 15. März 2004

I. Allgemeines

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen die Rechtsgrundlagen der Energieversorgung einer fundamentalen Neuordnung unterzogen werden. Das bewährte Prinzip, Versorgungssicherheit auf Grundlage unternehmerischer Entscheidungen zu gewährleisten, soll aufgegeben werden. An dessen Stelle soll eine staatliche, durch Ordnungswidrigkeitsrecht flankierte, Regulierung wesentlicher Kernbereiche der Versorgung treten.

Ein derart radikaler Wandel bedarf einer breiten und intensiven Diskussion aller Beteiligten, die eine zuverlässige Abschätzung der hieraus resultierenden mittel- und langfristigen Konsequenzen für die künftige Energieversorgung am Standort Deutschland möglich macht. Der VKU bedauert, dass der vom BMWA für die Novellierung des Energiewirtschaftsrechts vorgesehene Zeitrahmen diese notwendige Diskussion nicht zulassen wird.

So wird bereits im Anfangsstadium des Verfahrens für eine Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf, der sowohl vom Inhalt als vom Umfang her mit dem bisherigen Energiewirtschaftsgesetz in nichts zu vergleichen ist, eine unangemessen kurze Frist gesetzt. In der zur Verfügung stehenden Zeit war allenfalls eine cursorische Prüfung verschiedener Schwerpunkte des Gesetzes möglich, die eine abschließende Bewertung und Stellungnahme nicht erlauben. Sämtliche Regelungen konnten ohnehin nicht einer sachgerechten, vollständigen Prüfung unterzogen werden. Die Stellungnahme gibt daher lediglich eine erste Bewertung einiger wesentlicher Regelungen des Gesetzentwurfs wieder.

Bereits jetzt kann festgestellt werden, dass der Gesetzentwurf dem Ziel einer normierenden Regulierung, das auch im Monitoring-Bericht zum Ausdruck kommt, nicht ausreichend Rechnung trägt und ohne die Flankierung durch zeitgleich in Kraft tretende Rechtsverordnungen die Neuordnung des Energierechts unvollständig und nicht umsetzbar ist.

Zu bemängeln ist darüber hinaus, dass den Vollzugsbehörden nicht die Verpflichtung auferlegt wird, die in §1 Abs.1 des Gesetzentwurfs verankerten Ziele Versorgungssicherheit und Umweltschutz als gleichrangigen Maßstab im regulatorischen Verwaltungshandeln, z. B. bei der Kontrolle des Netzzugangs und bei der Überwachung der Einhaltung der Kalkulationsmethoden der Netznutzungsentgelte, zu beachten.

Außerdem wird vorsorglich darauf hingewiesen, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in den Unternehmen (z. B. Personal- und Sachinvestitionen zur Einlösung der Entflechtungsvorgaben) eine Erhöhung der Netznutzungsentgelte auslösen wird. Durch das zukünftige Regulierungsregime werden damit die nach Einführung der liberalisierten Energiemärkte erzielten Synergie- und Kostensenkungseffekte in den Energiewirtschaftsunternehmen zunichte gemacht. Der vom Gesetzgeber unausgesprochen verfolgte Zweck der Regulierung - sinkende Energiepreise für die Wirtschaft und die Letztverbraucher - wird sich deshalb nicht einstellen können.

II. Entflechtung

Bereits die erste Analyse der Entflechtungsvorschriften des Referentenentwurfes lässt eine deutliche Ausweitung der europäischen Vorgaben und eine Vielzahl noch klärungsbedürftiger Fragen erkennen.

1. Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften muss ausdrücklich auf die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beschränkt werden.

Die Zusammenfassung spartenübergreifender Aufgaben in Infrastrukturgesellschaften muss zulässig sein.

Der in § 6 definierte Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften ist unpräzise hinsichtlich der geforderten Unabhängigkeit der Geschäftsbereiche des Netzbetriebs formuliert. So wird durch die pauschale Forderung nach der Unabhängigkeit des Netzbetreibers „von anderen Geschäftsbereichen“ nicht hinreichend deutlich, ob es

dem Netzbetreiber im neuen Ordnungsrahmen möglich ist, neben dem Netzbetrieb in den Sektoren Strom und Gas auch außerhalb der Energieversorgung angesiedelte Aktivitäten – wie etwa Wasser- oder die Fernwärmeversorgung – in einer gemeinsamen Infrastrukturgesellschaft zu bündeln. Bislang wird der Referentenentwurf in diesem Punkt allenfalls bei Heranziehung der Begründung verständlich. Da nach den dortigen Ausführungen die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von den „anderen Geschäftsbereichen des vertikal integrierten Unternehmens“ angestrebt ist, geht der VKU davon aus, dass eine Separierung nur innerhalb der Wettbewerbsbereiche in den Sektoren Strom und Gas erforderlich und die Gründung einer - die Energiewirtschaft übergreifenden - Infrastrukturgesellschaft zulässig ist. Im Interesse der Rechtssicherheit fordert der VKU an dieser Stelle eine explizite Klarstellung durch eine entsprechende Ergänzung des Gesetzestextes.

Es ist nicht verständlich, weshalb neben den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen auch noch die rechtlich selbständigen Betreiber von Energieversorgungsnetzen verpflichtet werden. Diese Einheiten können zur Gewährleistung von mehr Transparenz nichts mehr beitragen.

2. Rechtliche Entflechtung

Der VKU fordert eine Entflechtungsbestimmung, die es der Entscheidungsfreiheit der Unternehmen überlässt, entweder den Netzbereich oder die Wettbewerbsbereiche auszugliedern.

Weiterer Klarstellungsbedarf besteht auch im Hinblick auf die in § 7 Abs. 1 S. 1 enthaltene Verpflichtung einer hinsichtlich der Rechtsform unabhängigen Ausgestaltung des Netzbetriebs. In der Begründung heißt es hierzu, dass „vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen den Geschäftsbereich Netzbetrieb in einer gesellschaftsrechtlich selbständigen Einheit organisieren“ müssen. Nach dieser Formulierung scheint die Ausgründung des Vertriebes in eine Vertriebsgesellschaft und der Verbleib der Netzaktivitäten in der Muttergesellschaft als Alternative zur Gründung einer Netzgesellschaft den Anforderungen der Entflechtungsvorgaben des Referentenentwurfes nicht zu entsprechen. Die Alternative wird allerdings nach unserer Ein-

schätzung von der Richtlinie offen gehalten und sollte auch durch den nationalen Gesetzgeber ermöglicht werden.

3. Operationelle Entflechtung

Der VKU fordert eine Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf die von den Richtlinien vorgegebenen Anforderungen sowie die aus Gründen der Rechtssicherheit unabdingbare Konkretisierung des für die personelle Entflechtung zentralen Begriffes der „Leitungsaufgaben“.

Die in § 7 Abs. 2 getroffene Regelung der personellen Trennung stellt eine wesentliche Verschärfung der EU – Vorgaben dar. Während die Binnenmarktrichtlinien lediglich Anforderungen im Hinblick auf Personen mit Leitungsfunktionen vorsehen, benennt der Referentenentwurf weitere mit Netzaufgaben befasste Personengruppen und stellt für diese bzw. deren Tätigkeit restriktive strukturelle Vorgaben auf. Die über das Leitungspersonal hinausreichende Regelung der personellen Entflechtung konkurrenziert die Möglichkeit zu Gründung und Betrieb einer „schlanken Netzbetriebsgesellschaft“. Sie führt zusätzlich zu einer unnötigen Belastung der Netznutzungsentgelte. Eine durch personelle Strukturvorgaben erfolgende Einschränkung der durch die Art. 12 und 14 GG geschützten aufbauorganisatorischen Freiheit ist nicht hinzunehmen.

4. „De minimis“-Klausel

Der VKU fordert eine strikte Umsetzung der „de minimis“-Klausel aus der Richtlinie.

Schwerwiegende Bedenken äußert der VKU auch gegen die in § 7 Abs. 6 vorgenommene Umsetzung der „de-minimis“-Regelung. Während die Richtlinien die Freistellungsmöglichkeit in Bezug auf Maßnahmen der rechtlichen und operationellen Entflechtung für vertikal integrierte Unternehmen, „die weniger als 100.000 angeschlossene Kunden beliefern“, vorsehen, knüpft der Entwurf an die „unmittelbar oder mittelbar“ angeschlossenen Kunden an, ohne auf die Lieferverhältnisse abzustellen.

Der Verzicht auf das Kriterium der Belieferung durch das integrierte Unternehmen geht wesentlich über die Forderungen der Binnenmarktrichtlinien hinaus. Die Befreiungstatbestände der Art. 15 Abs. 2 Strom-RL bzw. Art. 13 Abs. 2 Gas-RL gelten für vertikal integrierte Unternehmen und beziehen sich auf die Kunden, die von diesen Unternehmen beliefert werden und zugleich an deren Netz angeschlossen sind. Ein Kunde mit mehreren Abnahmestellen zählt nur einmal. Außerdem zählen diejenigen Kunden nicht mit, die von dritten Unternehmen im Wege der Netznutzung beliefert werden. Folglich ist auch das Merkmal des „mittelbar angeschlossenen Kunden“ nicht richtlinienkonform. Die Regelung in § 7 Abs. 6 stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Einengung des von dem Befreiungstatbestand erfassten Adressatenkreises dar und führt damit zu einer unverhältnismäßigen Belastung für kleinere Unternehmen.

5. Konzernklausel

In das Gesetz ist eine Vermutungsregelung aufzunehmen, wonach ein bestimmender Einfluss in der Regel nur gegeben ist, wenn 50 % oder mehr des Kapitals oder der Stimmrechte des Energieversorgungsunternehmens gehalten werden.

Als unabdingbar sieht der VKU in diesem Kontext auch das Erfordernis einer belastbaren Ausgestaltung des Begriffes des „vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens“. Angesichts der zentralen Funktion des im Hinblick auf die Regelung des § 3 Nr. 33 bedeutsamen „bestimmenden Einflusses“ ist eine Präzisierung der Kriterien, unter welchen Voraussetzungen ein solcher anzunehmen ist, hilfreich. Angesichts der Tragweite der Konzernklausel erscheint eine diesbezügliche Regelung geboten, die verhindert, dass die vorgesehene Ausnahmeregelung nicht durch eine zu weite Auslegung des Begriffes des „bestimmenden Einflusses“ ausgehöhlt wird.

6. Informationelle Entflechtung

Der VKU fordert, dass der in der Begründung zu § 9 genannte Rahmen des technisch, zeitlich und wirtschaftlich Zumutbaren für alle Maßnahmen zur Si-

Herstellung der informationellen Entflechtung gelten muss und ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wird.

Die Regelung des § 9 stellt einen massiven Eingriff in die bestehenden Unternehmensstrukturen dar. Betroffen sind die gesamten technischen und personellen Organisationsstrukturen der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen. Dies gilt insbesondere auch für die in den letzten Jahren von diesen Energieversorgungsunternehmen zur Erzielung von Synergie- und Kostensenkungseffekten implementierten komplexen Datenverarbeitungssysteme. Die Systeme lassen die durch § 9 geforderte vertrauliche Behandlung wirtschaftlich sensibler Daten mit Wirkung ab Inkrafttreten des neuen EnWG nicht zu, zumal bislang noch keine entsprechenden handelsüblichen Softwarelösungen von den Systemanbietern entwickelt worden sind. Solche Lösungen werden bis zum 01. Juli 2004 nicht vorliegen. Die Erfahrungen mit Toll Collect belegen, welche Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten bei der Entwicklung und Implementierung hoch komplexer IT-Systeme auftauchen.

Ohnehin sind wir der Auffassung, dass die geforderte Vertraulichkeit durch ein innerbetriebliches, durch Dienstanweisungen flankiertes Sanktionsprogramm hinreichend gewährleistet werden kann. Dies entspricht auch dem Ziel des Gesetzes, eine preisgünstige Versorgung zu gewährleisten.

Tatsächlich unmögliche oder technisch, zeitlich oder wirtschaftlich unzumutbare Maßnahmen zur informationellen Entflechtung stellen keine Zuwiderhandlung im Sinne von § 11 und auch keine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 91 Abs. 1 Nr. 6 dar.

Anordnungsmaßnahmen und Sanktionen setzen ein zurechenbares und bewusstes Fehlverhalten voraus. Solange die Umsetzung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist, verstößt eine staatliche Sanktionierung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den allgemeinen Grundsatz, dass der Staat nichts Unmögliches oder Unzumutbares verlangen kann. Ein solcher Eingriff verstieße gegen das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Übermaßverbot.

7. Rechnungslegung und interne Buchführung

Der VKU fordert eine Änderung von § 10 Abs. 3 Satz 1, so dass nur Energieversorgungsunternehmen, welche ein Energieversorgungsnetz oder die Gasspeicherung von LNG-Anlagen betreiben, den Anforderungen des buchhalterischen Unbundling unterliegen.

Die Einschränkung ergibt sich aus den Vorgaben der Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas. Das buchhalterische Unbundling soll eine Erleichterung für kleine und mittlere Unternehmen sein, die nicht dem gesellschaftsrechtlichen Unbundling unterliegen. Wenn nach der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung z.B. der Betrieb des Energieversorgungsnetzes auf ein anderes rechtlich selbständiges Unternehmen übertragen worden ist, dann entfällt damit die Grundlage, das Unternehmen mit seinen verbleibenden Tätigkeiten, die z.B. nur die Elektrizitäts- oder Gasversorgung umfassen, zum buchhalterischen Unbundling zu verpflichten. Vorrangiges Ziel der Binnenmarktrichtlinien ist die Entflechtung des natürlichen Monopols „Netz“.

Der VKU fordert, die wirtschaftliche Nutzung eines Eigentumsrechts an Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetzen, Gasspeichern oder LNG-Anlagen nicht als Tätigkeit im Sinne des § 10 Abs. 3 zu behandeln. Dies würde eine Verschärfung gegenüber den Regelungen der Binnenmarktrichtlinien darstellen. Die bloße Überlassung eines Netzes begründet keine Tätigkeit und damit keine gesonderte Bilanz und keine gesonderte GuV in der internen Rechnungslegung. Erforderlich ist nur, die Einnahmen aus dem Eigentum dieser Vermögensgegenstände in den Konten gesondert auszuweisen.

Daher sollte Satz 2 in § 10 Abs. 3 gestrichen werden. Stattdessen sollte er wie folgt gefasst werden: „Einnahmen aus dem Eigentum von Energieversorgungsnetzen, Gasspeichern oder LNG-Anlagen, die nicht aus dem eigenständigen Betrieb dieser Anlagen resultieren, sind in den Konten gesondert auszuweisen.“ Zur Klarstellung sollte in der Begründung herausgestellt werden, dass bloße Pachteinahmen keine Tätigkeit im Sinne des § 10 Abs. 3 begründen.

Der VKU fordert eine Klarstellung im Gesetz, dass die bisherige Praxis der retrograden Erstellung der Segmentabschlüsse beibehalten werden kann.

Die Energieversorgungsunternehmen sind gemäß § 10 Abs. 3 Satz 6 verpflichtet, mit der Erstellung des Jahresabschlusses für die in Satz 1 genannten Tätigkeitsbereiche intern eine den in Absatz 1 genannten Vorschriften entsprechende Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen. Weder der Wortlaut der Norm noch die Begründung lassen hinreichend deutlich erkennen, ob die bisherige Praxis zu § 9 EnWG, im Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses für das gesamte Unternehmen eine retrograde Erstellung der internen Segmentabschlüsse für die einzelnen Tätigkeitsbereiche vornehmen zu können, auch zukünftig fortgeführt werden kann. Eine fortlaufende Bebuchung der Konten verbessert den Erkenntniswert der internen Rechnungslegung nicht. Eine nachträgliche Aufteilung nach Aktivitäten muss zulässig sein.

Die Erfassung von Aufwendungen und Erträgen im Rahmen der Kostenrechnung sollte ebenfalls als zulässig angesehen werden. Wir schlagen daher vor, in Absatz 3 folgende neue Sätze 6 und 7 einzufügen (die bisherigen Sätze 6 und 7 werden die Sätze 8 und 9):

„Eine retrograde Zuordnung des Buchungsstoffes zu den Tätigkeiten ist nach der Erfassung des jeweiligen Geschäftsvorfalles in der Finanzbuchhaltung im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses zulässig, wenn die Zuordnungsgrundsätze im Wesentlichen im Voraus festgelegt worden sind und nachvollziehbar zu belegen sind. Aufwendungen und Erträge können auch in der Kostenrechnung erfasst werden.“

Eine anderweitige Regelung würde zu einem unverhältnismäßigen Aufwand führen, ohne dass zusätzliche Erkenntnisse gewonnen würden. Die Masse der komplexen Konten (wie Forderungen, Verbindlichkeiten, Finanzkonten, flüssige Mittel) schlägt sich im Laufe des Jahres mehrfach um. Relevant ist aber für die Bilanz nur der Wert zum 31.12. Da die Aufwendungen und Erträge der Gewinn- und Verlustrechnungen z.B. für die Elektrizitätsverteilung oder die Gasverteilung die Grundlage für die Ermitt-

lung der Netzzugangsentgelte bilden, die nur einmal jährlich ermittelt bzw. überprüft werden, ist eine progressive Verbuchung nicht erforderlich. Eine **progressive Verbuchung sämtlicher Geschäftsvorfälle würde zu unvertretbar hohen Kosten für die Unternehmen führen**, da die Anzahl der Buchungsfälle explosionsartig zunehmen würde. Die zusätzlichen Aufwendungen hätten letztlich die Netzkunden zu tragen.

Wie bisher muss es **zulässig** sein, dass **Aufwendungen und Erträge auch im Rahmen von** - vielfach bereits bestehenden - **Systemen der Kostenrechnung mit erfasst werden**. Es kann daher nicht sinnvoll sein, diese Daten, die in der Kostenrechnung bereits erfasst werden, nochmals parallel im Rahmen einer erweiterten kostenaufwändigen Finanzbuchführung zu erfassen.

Die **innerbetriebliche Leistungsverrechnung** zwischen den einzelnen Tätigkeitsbereichen wird in der Regel zu Kostenpreisen, Marktpreisen bzw. zu den Kalkulationsregelungen der geplanten Netzzugangsverordnungen für Elektrizität und Gas abgerechnet. Die kalkulatorischen Ansätze für einzelne Kostenpositionen, z.B. zur Ermittlung des Netznutzungsentgelts für die innerbetriebliche Leistungsverrechnung, führen insgesamt nicht zu einem Abweichen von dem Ergebnis der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung, da sich die Beträge der innerbetrieblichen Leistungsverrechnung für alle Tätigkeitsbereiche zwangsläufig insgesamt ausgleichen. Insofern ist eine Überleitung von den Gewinn- und Verlustrechnungen für die einzelnen Tätigkeitsbereiche zur handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung für das gesamte Unternehmen gegeben.

Unüblich ist der Begriff „Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens“ in § 10, Abs. 3 Satz 7. **Wir schlagen vor, diesen durch die gebräuchlichen Begriffe Aktiva und Passiva zu ersetzen.**

Die in § 10 Abs. 4 des Entwurfs geschaffene **Prüfungspflicht für die Einhaltung der Pflichten zur internen Rechnungslegung führt zu stark ansteigenden Kosten**. Dies gilt insbesondere aufgrund der Pflicht zur Prüfung der Wertansätze und der „Zuordnung der Kosten“. Nach unserer Auffassung **erfordern die Regelungen der**

Binnenmarktrichtlinien nur eine Prüfung, ob bei den Unternehmen die in Absatz 3 geforderten getrennten Konten und Segmentabschlüsse vorliegen. Wir weisen darauf hin, dass die erhöhten Prüfungskosten bei der Ermittlung der Netznutzungsentgelte einkalkuliert werden müssen. Hält man an der Prüfung der Wertansätze und der Zuordnung fest, ist es **sachgerechter, von der Zuordnung der Aufwendungen und Erträge sowie der Aktiva und Passiva zu sprechen.**

Der VKU fordert, dass das geprüfte Unternehmen selbst und nicht, wie in § 10 Abs. 5 geregelt, der Wirtschaftsprüfer der Bundesregulierungsbehörde **eine Ausfertigung des geprüften Jahresabschlusses einschließlich des Bestätigungsvermerks oder des Vermerks über seine Versagung sowie die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen für die einzelnen Tätigkeitsbereiche unverzüglich nach Erhalt durch den Wirtschaftsprüfer übersendet.** Entsprechend soll dies gemäß unserem Vorschlag für eine Einbindung der Länder in die Regulierung für die Übersendung an die jeweils für das Stadtwerk zuständige Landesbehörde gelten. Dies führt zu einer Vereinfachung. Außerdem bietet es dem Energieversorgungsunternehmen die Möglichkeit, ggf. ergänzende bzw. erklärende Hinweise zu den Feststellungen des Wirtschaftsprüfers mit der Übersendung zu verbinden.

8. Behördenzusammenarbeit

Für ein Einvernehmensefordernis zwischen REGTP und BKartA besteht kein Anlass.

Als undurchsichtig und überflüssig kritisiert der VKU die durch § 53 des Entwurfes für den Komplex der Entflechtung vorgesehene Zusammenarbeit zwischen der Bundesregulierungsbehörde und den Kartellbehörden. Folgt man dem Konzept des Entwurfes, wonach der Bundesregulierungsbehörde die abschließende Aufsicht über den Netzbereich obliegt, während die Kartellbehörden im nicht regulierten Wettbewerbsbereich des Strom- und Gassektors zuständig bleiben, ist ein sachgerechter Grund für die - sogar das Einvernehmen der REGTP mit dem Bundeskartellamt erfordernde - enge Abstimmung nicht ersichtlich.

III. Regulierung des Netzbetriebs

1. Netzzugang

Der VKU fordert, dass zumindest die wesentlichen Merkmale des Netzzugangssystems unmittelbar im EnWG geregelt werden. Hierzu zählen zumindest das Netzzugangsmodell und die Festlegung, ob der Zugangsanspruch auf gesetzlicher oder auf vertraglicher Grundlage (Kontrahierungszwang) besteht.

In § 20 Abs. 1 ist lediglich festgelegt, dass Betreiber von Energieversorgungsnetzen jedermann nach objektiven Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren haben. Im Übrigen sieht die Ermächtigungsgrundlage in § 20 Abs. 6 vor, dass die Bedingungen oder Methoden für die Festlegung der Bedingungen für den Netzzugang durch den Verordnungsgeber oder gar durch die Regulierungsbehörde festgelegt werden. Diese fragmentarische Regelung widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip und der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitsrechtsprechung, die verlangt, dass alle wesentlichen, insbesondere die grundrechtsrelevanten Fragen im Parlagengesetz zumindest ansatzweise festgelegt werden müssen.

Das BMWA hat sich im Monitoring-Bericht dahingehend bekannt, dass das transaktionsunabhängige Punktmodell der VV II plus sich in der Praxis bewährt hat und einen hinreichenden Wettbewerb auf dem Strommarkt gewährleistet. Da offensichtlich seitens der Bundesregierung die VV II plus durch das neue EnWG fortgeführt werden soll, muss dies konkret im Gesetz festgeschrieben werden, um der Wesentlichkeitsrechtsprechung zu genügen.

Denn das Netzzugangsmodell der VV II plus berührt insbesondere die Eigentums- und Berufsausübungsfreiheit der Verteilnetzbetreiber in ganz erheblichem Maße. Diese haben sich bisher freiwillig dazu verpflichtet, nicht nur ihr eigenes Netz Dritten für die Durchleitung zur Verfügung zu stellen, sondern darüber hinaus auch die Nutzung aller vorgelagerten Netze durch den Netznutzer zu gewährleisten. Darüber hinaus übernimmt der Verteilnetzbetreiber als Schnittstelle zwischen Endverbrauchern,

Lieferanten und vorgelagerten Netzbetreibern vielfältige und hochkomplexe Dienstleistungspflichten. Soll der Verteilnetzbetreiber diese Dienstleistungen, die notwendige Voraussetzungen für das Funktionieren des Handlungspunktkonzepts sind, in Zukunft zwangsweise erbringen müssen, ist eine entsprechende Verpflichtung durch ein Parlamentsgesetz nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung unverzichtbar. Denn dies ist ein ganz außergewöhnlicher Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Netzbetreiber.

Angesichts dieser Tatsache versteht es sich von selbst, dass die Festlegung des Netzzugangsmodells und der damit verbundenen Verpflichtungen der Netzbetreiber nicht auf die Regulierungsbehörde übertragen werden kann, die anderenfalls eigene Regelungen aufstellen und anschließend exekutieren dürfte.

Vor diesem Hintergrund sind auch die Bedingungen und Methoden des Netzzugangs, die nicht im Gesetz geregelt werden, abschließend in der Rechtsverordnung nach § 20 Abs. 6 durch das BMWA mit Zustimmung des Bundesrates zu regeln.

Der Entwurf bleibt zudem auch hinter dem derzeit geltenden § 6 Abs. 1 EnWG zurück. Bisher muss der Netzbetreiber lediglich *sein Netzeigentum* Dritten für die Durchleitung zur Verfügung stellen, nicht aber den Zugang zum gesamten Verbundnetz gewähren. Hatte sich der Gesetzgeber 1998 noch darauf beschränkt, eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Netzeigentums vorzusehen, bleibt im Referentenentwurf völlig im Unklaren, ob es beim status quo bleiben soll, oder ob über die nach § 20 Abs. 6 zu erlassende Rechtsverordnung zusätzliche Pflichten aus dem System der VV II plus auferlegt werden sollen. Die Begründung zu § 20 Abs. 1 legt nahe, dass die Verpflichtung nur auf die Bereitstellung des Netzeigentums gehen soll. Dann hätte dies auch so formuliert werden müssen, würde aber das eigentlich angestrebte Ziel eines Zugangs zur Gesamtheit der Elektrizitätsversorgungsnetze nicht abbilden. Die konturlose Formulierung „Netzzugang zu gewähren“ nährt den Verdacht, dass wie bisher schon fälschlicherweise davon ausgegangen wird, das Vertragssystem der VV II plus sei lediglich die Konkretisierung des § 6 Abs. 1 EnWG. Will die Regulierungsbehörde zukünftig per Eingriffsverwaltung die Netzbetreiber

verpflichten, Zugang nicht nur zu ihrem eigenen Netz sondern zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz zu verschaffen, ist eine eindeutige Ermächtigungsgrundlage für die belastenden Verwaltungsakte unerlässlich. Diese Ermächtigungsgrundlage muss die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff hinreichend konkret umschreiben. Diesen Anforderungen wird § 20 Abs. 1 nicht annähernd gerecht.

2. Systemverantwortung

Im Gesetz muss die Systemverantwortung der Verteilnetzbetreiber konkretisiert werden.

Die VV II plus weist dem Verteilnetzbetreiber eine Vielzahl von Verpflichtungen zu. Hierzu gehört auch die Verantwortung für die Systemdienstleistungen mit Ausnahme der Frequenzhaltung, weil jeder Netzbetreiber grundsätzlich die Verantwortung für sein eigenes Netz zu tragen hat. Diese Zuständigkeitsverteilung spiegelt § 15 mit seiner Verweisung auf §§ 13 und 14 aber nicht konkret genug wider.

3. Netzanschluss

Der VKU bekräftigt nochmals seine Forderung, dass ein Anspruch auf Anschluss eines gleich- oder nachgelagerten Netzes an das Netz für die allgemeine Versorgung nicht besteht, soweit das nachgelagerte Netz nicht ausschließlich der Eigenversorgung eines Letztverbrauchers dient.

Insbesondere ein auf Mittelspannungs- bzw. Hochdruckebene angestrebter Anschluß von sog. Arealnetzen (d.h.von separierten, mit eigenen Umspann- bzw. Umformeranlagen versehenen Niederspannungs- bzw. Niederdruck-Iselnetzen auf einzelnen Grundstückspartzen mit verdichteter baulicher Nutzung oder auf neu zu erschließenden bzw. neu zu bebauenden Gebietsflächen) gefährdet die Einheitlichkeit des örtlichen Verteilernetzes und damit zum Nachteil der Mehrheit der Kunden in einem Gemeindegebiet dessen Preisgünstigkeit. Die örtlichen Weiterverteilernetze der allgemeinen Versorgung bieten vor allem dort, wo sie mehrere Spannungs- bzw. Druckstufen umfassen, optimale Sicherheitsstandards durch eine spannungs- bzw.

druckstufenübergreifende Netzvermaschung. Die Kosten dieser besonderen Sicherheitsstruktur gehören ebenso wie der aus der Verpflichtung, jedermann ungeachtet der jeweiligen spezifischen Situation an das Netz der allgemeinen Versorgung anzuschließen, resultierende Aufwand zu denjenigen Netzgesamtkosten, deren Durchschnittswert die Grundlage für das für alle Endkunden gleiche Netznutzungsentgelt bildet. Die Akzeptanz von Arealnetzen, deren Herstellungs- und Betriebsaufwand unterhalb denen des örtlichen Netzes für die allgemeine Versorgung liegen muß, erhöht zwangsläufig die Netznutzungsentgelte für diejenigen Endkunden, die auf einen Anschluß an das allgemeine Versorgungsnetz angewiesen bleiben. Außerdem befördert diese Akzeptanz die Auflösung des allgemeinen Versorgungsnetzes in eine Fülle nicht mehr überschaubarer Einzelnetze.

Zudem gefährden Arealnetze mit dem Ziel einer allgemeinen Fremdversorgung die gemeindliche Entscheidungsbefugnis im Bereich der örtlichen Energieversorgung, da Arealnetze an der periodischen Entscheidung der Gemeinde über den Betreiber des Netzes der allgemeinen Versorgung (s. § 42 Abs. 2) nicht teilnehmen.

Hinsichtlich der nach § 17 Abs. 3 noch zu erlassenden Rechtsverordnung fordert der VKU, dass in der Verordnung abschließende Bestimmungen getroffen werden. Unverzichtbar ist zudem die Klarstellung, dass der Netzbetreiber Art und Ort des Netzanschlusses unter angemessener Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Anschlussnehmers festlegt.

Die Trennung von Netzanschluss, Netzzugang und Versorgung bringt die schon lange benötigte Klarheit, dass es sich hierbei um unterschiedliche Sachverhalte handelt. Richtigerweise werden Detailregelungen des Netzanschlusses Rechtsverordnungen gemäß § 17 Abs. 3 und § 18 Abs. 3 überlassen. Diese Rechtsverordnungen müssen die Fragen des Netzanschlusses abschließend regeln und der Regulierungsbehörde vor allem die Aufsicht zugewiesen werden.

Außerdem muss die Ermächtigungsgrundlage des § 17 Abs. 3 dahingehend konkretisiert werden, dass der Netzbetreiber bei der Interessenabwägung im Rahmen der technischen und wirtschaftlichen Zumutbarkeit nicht nur die Interessen des An-

schlussnehmers und seine eigenen, sondern auch die der übrigen Anschlussnehmer an einer gleichmäßigen Kostenverteilung berücksichtigen muss.

Unverständlich und deshalb klärungsbedürftig ist die Formulierung in § 18 Abs. 2 S. 1, wonach einen Anspruch auf Anschluss an das Netz für die allgemeine Versorgung nicht hat, wer sich von einem Dritten an das Energieversorgungsnetz anschließen lässt. Hier bleibt Raum für Interpretationen, ob der Anschluss auch von anderen Personen als dem Netzbetreiber ausgeführt werden könnte oder ob hier nicht nur der Anschluss an ein weiteres Netz eines Dritten gemeint ist.

4. Netznutzungsentgelte

Der VKU fordert, dass die Methoden der Entgeltfindung bereits im EnWG festgelegt werden.

Eine Anreizregulierung zum jetzigen Zeitpunkt wird abgelehnt.

Im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht nach § 26 Abs. 3 ist die ständige Rechtsprechung zum Erheblichkeitszuschlag aufzunehmen, wonach ein Missbrauch voraussetzt, dass zwischen Vergleichspreisen und den angegriffenen Preisen ein erheblicher Unterschied besteht.

Durch das EnWG muss sichergestellt werden, dass das Nettowälzungsprinzip einschließlich der Vergütung für dezentrale Einspeisung entsprechend der VV II plus erhalten bleibt.

Auch die Regelungen zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte sind nicht annähernd bestimmt genug. Das Rechtsstaatsprinzip und die Eigentumsgarantie gebieten eine Präzisierung. Aus der Ermächtigungsgrundlage in § 20 Abs. 6 lässt sich ableiten, dass auch zukünftig der Netzzugang auf vertraglicher Basis erfolgen soll. Bisher ist aber weder erkennbar, welche Leistungen der Netzbetreiber im Zusammenhang mit dem Netzzugang anbieten muss, noch welche Gegenleistung in Form der Entgelte er verlangen darf. Ohne nähere Konkretisierung können die wesentlichen Vertragsinhalte nicht bestimmt werden. Dies gilt insbesondere für die Methoden der Entgeltfindung. Dies ist wiederum mit Blick auf den Kontrahierungszwang einerseits und

die Bußgeldandrohung andererseits in einer marktwirtschaftlichen Ordnung unerträglich und aus rechtsstaatlichen Gründen unzulässig.

Ziel, Zweck und Bedingungen einer Anreizregulierung sind zurzeit noch völlig ungeklärt. Von daher kann eine Anreizregulierung keine Grundlage für die Bemessung von Netznutzungsentgelten sein. Insoweit sollte ein Prüfungsauftrag an das BMWA vorgesehen werden, unter den Gesichtspunkten Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Sozialbindung des Eigentums die Notwendigkeit und Kriterien einer Anreizregulierung zu prüfen.

Die bislang vorgesehene Kostenorientierung ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, trägt aber der notwendigen Festlegung der Entgeltfindungsmethoden nicht ausreichend Rechnung. Hierzu zählt, dass das betriebswirtschaftlich anerkannte Prinzip der Nettosubstanzerhaltung in das Gesetz aufgenommen wird. Darüber hinaus muss gewährleistet sein, dass Investoren eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erhalten. Dieses schließt eine kapitalmarktorientierte Eigenkapitalverzinsung einschließlich Wagniszuschlag ein.

Die gesicherte Refinanzierung des Netzes ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Netze auch mittel- und langfristig im heutigen Qualitätsstandard gehalten werden können. Die Leistungsfähigkeit der Netze, so wie sie hier verstanden wird, ist allerdings etwas ganz anderes als der sehr ungenaue Begriff der „Lebensfähigkeit der Netze“, der in § 20 Abs. 6 gebraucht wird. Die Versorgungssicherheit und die Versorgungszuverlässigkeit muss die Leitschnur für die Planungs- und Investitionsentscheidungen sein. Die „Lebensfähigkeit“ eines Netzes ist kein Qualitätskriterium der Versorgungssicherheit und Versorgungszuverlässigkeit. Es handelt sich eher um eine unterste Grenze dessen, was erforderlich ist, um die Kunden zu versorgen. Es ist festzuschreiben, dass unter notwendigen Investitionen die dauerhafte Gewährleistung der Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit zu verstehen ist und die besonderen wirtschaftlichen Belastungen der Netzbetreiber, die Netze für die allgemeine Versorgung betreiben, Berücksichtigung finden müssen. Die Erfahrungen der Ausfälle in den USA, aber auch in Europa haben die Notwendigkeit sicherer Netze deutlich vor Augen geführt.

Vor diesem Hintergrund ist die im Referentenentwurf gewählte Reihenfolge der Kategorien für die Bestimmung der Netzentgelte nach § 20 Abs. 3 nicht nachvollziehbar. In allererster Linie sollen danach die Entgelte angemessen, transparent und nicht diskriminierend sein. Konkretisiert werden diese Vorgaben primär dadurch, dass die Wettbewerbschancen anderer Unternehmen nicht beeinträchtigt werden dürfen. Und erst danach wird auf die Kostenorientierung abgestellt.

Für die Bestimmung von Netznutzungsentgelten sind die „Wettbewerbschancen anderer Unternehmen“ eine untaugliche Größe. Es handelt sich nicht etwa um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der lediglich der Ausfüllung durch den Rechtsanwender bedürfte, sondern um einen Programmsatz, mit dem Rechtspolitik auf die Verwaltung delegiert werden soll. Der Kausalitätsnachweis zwischen der Höhe der Netznutzungsentgelte und den Wettbewerbschancen von Netznutzern lässt sich nie führen, weil Wettbewerbschancen von vielfältigen Umständen abhängen, auf die die Netzbetreiber, insbesondere im Hinblick auf die strikten Entflechtungsgebote, keinen Einfluss haben. Ausgeräumt ist die letzte denkbare Behinderung der Wettbewerbschancen dritter Unternehmen aber erst, wenn für die Benutzung der Netze überhaupt kein Entgelt mehr zu zahlen ist. Im Übrigen werden an diesem Punkt zahlreiche Streitfälle eröffnet, die sowohl den Netzbetrieb, den Energievertrieb als auch die Regulierungstätigkeit nachhaltig belasten werden. Das ist zu vermeiden.

Das Gesetz muss zudem klarstellen, dass jeder Netzbetreiber nur die in seinem Netz anfallenden Entgelte zu verantworten hat. Dies ist insbesondere wegen der im Gesetz vorgesehenen Missbrauchsaufsicht nach § 26 und der Schadensersatzansprüche nach § 28 aus rechtsstaatlichen Gründen unabdingbar. Die Anschlussnetzbetreiber dürfen daher nicht Risiken ausgesetzt sein für Netznutzungsentgelte, die in fremden Netzen anfallen und die im Rahmen des gesetzlich noch zu umschreibenden Handlungspunktkonzepts auf den Anschlussnetzbetreiber gewälzt werden. Dies ergibt sich schon aus der grundsätzlichen Überlegung, dass der Anschlussnetzbetreiber für die in anderen Netzen anfallenden Entgelte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Verantwortung trägt. Muss der Netzbetreiber auch noch im Missbrauchsverfahren oder vor Gericht für die auf ihn gewälzten Netznutzungsentgelte

haften, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Verstöße gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind verfassungswidrig.

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 11.02.2004, Az. VI Kart 4/03 (V) (TEAG./ BKartA) deutlich gemacht, dass die Netzbetreiber keiner strengeren Missbrauchsaufsicht unterliegen als andere marktstarke oder marktbeherrschende Unternehmen. Der Gesetzgeber muss dieser Rechtsprechung Rechnung tragen und einen Erheblichkeitszuschlag anerkennen.

Bei der Nettowälzung wird für die Berechnung des zu wälzenden Entgelts auf das nachgelagerte Netz auch die Einspeisung in das nachgelagerte Netz berücksichtigt. Durch die dezentrale Einspeisung werden Kosten im vorgelagerten Netz erspart. Diese Finanzreserven können nur im System der Nettowälzung auch bei den dezentralen Einspeisern richtig allokiert werden. § 4 Abs. 3 KWK-G 2002 verlangt ausdrücklich die Auskehrung der eingesparten Netznutzungsentgelte an die Anlagenbetreiber. Allerdings wird dort auf die „anerkannten Regeln der Technik“ (= VV II plus) verwiesen. Um sicherzustellen, dass auch in Zukunft die Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen gestützt werden, muss das Prinzip der Nettowälzung „veränderungsfest“ in das EnWG aufgenommen werden.

IV. Energielieferung an Letztverbraucher

1. Grundversorgung

Der neu eingeführte Begriff der Grundversorgung muss im Gesetz definiert werden. Die Auswahl und Bestimmung des Grundversorgers muss dabei im Rahmen der kommunalen Selbstbestimmung – wie bisher die Auswahl und Bestimmung des EVU der allgemeinen Versorgung – der Entscheidungshoheit der Kommunen vorbehalten bleiben.

Mit § 31 des Entwurfs wird zum einen die von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Elektrizitätsrichtlinie obligatorisch geforderte Zurverfügungstellung einer Grundversorgung für Haushaltskunden in Niederspannung umgesetzt sowie zugleich unter Anwendung

von Art. 3 Abs. 1 S. 1 bis 3 (richtiger Weise – wenn überhaupt – wohl eher Art. 3 Abs. 3 Sätze 1 und 2) der Gasrichtlinie auch für die Gasversorgung in Niederdruck eingeführt, zum anderen wird durch die Festlegung eines für die Niederspannungs- und Niederdruckversorgung pflichtigen Grundversorgers die Benennung eines Versorgers letzter Instanz nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Elektrizitätsrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 3 Satz 3 der Gasrichtlinie vollzogen.

Dies hat zur Folge, dass anderen Letztverbrauchern als Haushaltskunden, insbesondere dem (Klein-) Gewerbe, künftig kein energierechtlicher Versorgungsanspruch zu allgemein festgelegten und veröffentlichten Bedingungen mehr zusteht.

Unabhängig von diesen Konsequenzen für die Energieversorgung von Letztverbrauchern, die nicht Haushaltskunden sind, begegnen sowohl die Einführung einer Grundversorgungspflicht als auch das diesbezüglich beabsichtigte Verfahren zur Feststellung des jeweils pflichtigen Grundversorgers rechtlichen Bedenken.

Art und Umfang der Grundversorgung sind unbestimmt, insbesondere ist der Begriff der Grundversorgung in den Begriffsbestimmungen des § 3 des Entwurfs nicht definiert. Anhaltspunkte lassen sich allenfalls aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Stromrichtlinie ableiten, wonach die Grundversorgung das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen umfasst. Die in Bezug genommenen Regelungen der Gasrichtlinie enthalten hingegen keine näher erkennbaren Kriterien, die Rückschlüsse auf die Grundversorgung im Gasbereich zulassen.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin klarzustellen, ob die Grundversorgung im Rahmen der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie erfolgt oder als besondere (gemeinwirtschaftliche) Verpflichtung von der allgemeinen Versorgungsaufgabe zu trennen ist.

Dabei ist von Bedeutung, dass im Gesetzentwurf der Begriff der allgemeinen Versorgung wiederum nicht definiert ist, aber offensichtlich diese Versorgungsaufgabe weiterhin Bestand haben soll. Hierfür spricht zumindest, dass die Belieferung von Haus-

haushaltskunden im Rahmen der allgemeinen Versorgung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs genehmigungsbedürftig ist, es demgegenüber aber Energieversorgungsunternehmen geben kann, die eine Belieferung von Haushaltskunden außerhalb der allgemeinen Versorgung durchführen und diese nach § 5 Satz 1 des Entwurfs lediglich anzuzeigen haben.

Für die Festlegung der Grundversorgungspflicht bzw. des insoweit pflichtigen Energieversorgungsunternehmens nach § 31 Abs. 1 und 2 des Entwurfs ist es daher unerlässlich, zunächst grundsätzlich klarzustellen, ob diese Pflicht nur Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung oder auch Energieversorgungsunternehmen, die außerhalb der allgemeinen Versorgung Haushaltskunden beliefern, auferlegt werden kann.

Soweit nämlich nach § 31 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs Grundversorger dasjenige Energieversorgungsunternehmen sein soll, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, spricht dies zunächst dafür, dass alle Energieversorgungsunternehmen, die Haushaltskunden innerhalb oder außerhalb des Rahmens der allgemeinen Versorgung beliefern, in Betracht kommen können.

Diese Festlegung bzw. Abgrenzung ist auch für die Anwendung der Übergangsregelung nach Art. 2 § 5 des Entwurfs von Bedeutung. Denn danach soll Grundversorger bis zum 31.12.2006 dasjenige Energieversorgungsunternehmen sein, das die Grundversorgungsaufgabe im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen EnWG durchgeführt hat.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bis zum Inkrafttreten des neuen EnWG noch keine pflichtige Grundversorgungsaufgabe im Sinne von § 31 des Entwurfs, sondern allenfalls nur die allgemeine Versorgungspflicht des allgemeinen Versorgers zu Tarifkundenbedingungen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 des geltenden EnWG besteht, so dass dementsprechend und konsequenterweise nur dem im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen EnWG tätigen Allgemeinen Versorger die Grundversorgung von Haushaltskunden bis zum 31.12.2006 obliegen kann.

Erheblichen Bedenken unterliegt jedoch im Weiteren das Verfahren zur Feststellung des pflichtigen Grundversorgers (Versorgers letzter Instanz). Die Benennung eines Grundversorgers zur Gewährleistung der Grundversorgung hat – sofern die Mitgliedsstaaten von dieser Option Gebrauch machen – nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Stromrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 3 Satz 3 der Gasrichtlinie durch den Mitgliedstaat zu erfolgen.

Diesem Verfahren trägt lediglich die Übergangsregelung nach Art. 2 § 5 des Entwurfs Rechnung, da insoweit die Benennung des Grundversorgers für den Zeitraum bis zum 31.12.2006 durch den Mitgliedstaat als Gesetzgeber erfolgt.

Das nach § 31 Abs. 2 des Entwurfs ab 01.07.2006 anzuwendende Verfahren der Feststellung des Grundversorgers durch die Betreiber der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung verstößt hingegen gegen die vorgenannten Richtlinienvorgaben, da diese eine Delegation des Verfahrens zur Benennung des Grundversorgers von den Mitgliedstaaten auf (nicht-staatliche) Verteilernetzbetreiber nicht zulassen. Vielmehr ist die Benennung des Grundversorgers eine unmittelbare eigene Aufgabe der Mitgliedsstaaten, die er nur selbst durch die hierfür von ihm benannten staatlichen Organisationsformen wahrnehmen kann.

Die Grundversorgung ist ein wesentlicher Teil der durch die Gemeinde zu gewährenden Daseinsvorsorge. Deshalb muss den Kommunen die Entscheidungshoheit vorbehalten bleiben, wen sie im Rahmen ihrer kommunalen Selbstbestimmung als Grundversorger auswählen oder bestimmen.

Unabhängig hiervon ist das vorgesehene Verfahren zur Feststellung des Energieversorgungsunternehmens, das die meisten Haushaltskunden beliefert, noch nicht hinreichend durchdacht. So ist nicht geregelt, ob und in welcher Form Energieversorgungsunternehmen, die Haushaltskunden beliefern, die notwendigen Daten dem Betreiber des Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung mitzuteilen haben und wie diese Daten vom Netzbetreiber zu behandeln sind. Nicht geregelt ist fernerhin, wer Einwände gegen die Feststellungen des Netzbetreibers bei der zu-

ständigen Landesbehörde erheben kann und in welcher Form und mit welcher Wirkung hierüber seitens der Landesbehörde entschieden wird.

2. Ersatzversorgung

Voraussetzungen und Gegenstand der Ersatzversorgung müssen konkretisiert werden.

Zu der nach § 33 des Entwurfs vorgesehenen Ersatzversorgung durch den Grundversorger ist festzustellen, dass diese nicht nur für Haushaltskunden, sondern für alle Kunden gelten soll. Dabei ist von Bedeutung, dass Kunden nach § 3 Nr. 22 des Entwurfs „Großhändler, Letztverbraucher und Unternehmen, die Energie kaufen“ sind. Mit der Ersatzversorgung in Niederspannung oder Niederdruck dürften jedoch wohl eher Letztverbraucher im Sinne von § 3 Nr. 23 des Entwurfs, d.h. Kunden, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen, gemeint sein, so dass eine entsprechende Klarstellung notwendig erscheint.

Klarzustellen ist im Weiteren, dass die Ersatzversorgung – ebenso wie die ihr zugrunde liegende Grundversorgung – netzgebietsbezogen sein muss. Denn nicht in jedem Fall muss das Gemeindegebiet zwangsläufig mit einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung identisch sein.

Der Tatbestand der Ersatzbelieferung ist zu konkretisieren. Die fehlende Zuordnung von Energie zu Lieferverträgen kann nicht nur ihren Ursprung darin haben, dass kein Liefervertrag besteht, sondern auch, dass der Lieferant wegen fehlendem Netznutzungsvertrag die Netznutzung nicht innehat oder nach Kündigung des Bilanzkreises nicht mehr liefern kann.

In § 33 Abs. 2 muss klar gestellt werden, dass die Ersatzversorgung sich nicht nur auf Strom- sondern auch auf Gaslieferungen bezieht. Die Ersatzbelieferung betrifft nach dem Referentenentwurf ausschließlich die Versorgung im Niederspannungs- und Niederdrucknetz. Die Vorschrift lässt offen, wie Energielieferungen in den gleich gelagerten Fällen in den darüber liegenden Spannungs- und Druckstufen abgewi-

ckelt werden sollen. Da eine Buchung als Netzverlust offensichtlich nicht gewollt sein kann, muss die Regelung in § 33 Abs. 2 entsprechend ausgeweitet werden. Ebenfalls ungeregt ist die Sach- und Rechtslage für Lieferungen, die nach Ablauf der Ersatzbelieferung bezogen werden, ohne dass zwischenzeitlich ein Versorgungsvertrag abgeschlossen worden ist.

3. Übergangsregelung für bestehende Verträge

Es besteht die dringende Notwendigkeit, entweder ein zeitgleiches Inkrafttreten von EnWG und der Rechtsverordnungen über die allgemeinen Preise und Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden zu gewährleisten oder aber die Übergangsregelung für bisherige Tarifkundenverträge nach Art. 2 § 4 auch auf bestehende Tarifkundenverträge mit Haushaltskunden so zu erweitern, dass die §§ 10 und 11 EnWG sowie die AVBEItV und AVBGasV bis zum Inkrafttreten der Rechtsverordnungen über die allgemeinen Preise und Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden fort gelten.

Nach der Übergangsregelung für bestehende Tarifkundenverträge des Art. 2 § 4 des Entwurfs sollen die §§ 10 und 11 EnWG sowie die AVBEItV und AVBGasV nur für bestehende Tarifkundenverträge, die nicht mit Haushaltskunden abgeschlossen worden sind, bis zur Beendigung bzw. Änderung dieser Verträge fort gelten.

Diese Übergangsregelung wirft jedoch die Frage auf, wie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen EnWG bestehende Tarifkundenverträge mit Haushaltskunden zu behandeln sind.

Offensichtlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen EnWG ebenfalls die nach § 35 des Entwurfs vorgesehenen Rechtsverordnungen über die Gestaltung der allgemeinen Preise und Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden in Kraft treten und auf bestehende Tarifkundenverträge mit Haushaltskunden anzuwenden sind sowie das Außerkrafttreten der AVBEItV und AVBGasV bestimmt wird. Dies könnte erklären, warum ein Außerkraft-

treten dieser Verordnungen – anders als der BTOElt – in Art. 5 Abs. 2 des Entwurfs nicht vorgesehen ist.

Treten jedoch die Rechtsverordnungen über die Gestaltung der allgemeinen Preise und Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden nicht zeitgleich mit dem neuen EnWG in Kraft, bedeutet dies, dass die AVBEltV und AVBGasV mangels gesetzlichem Außerkrafttreten zunächst auch ohne ausdrückliche Übergangsregelung für bestehende Tarifikundenverträge mit Haushaltskunden weiter gelten.

Dies bedeutet aber weiterhin, dass Haushaltskunden, die erstmalig oder nach einem Umzug versorgt werden wollen, aufgrund des Außerkrafttretens des EnWG – und damit des § 10 Abs. 1 EnWG – keinen Versorgungsanspruch zu den Tarifikundenbedingungen der AVBEltV und AVBGasV mehr haben, sondern nur einen Anspruch auf Grundversorgung erheben könnten, deren Allgemeine Preise und Bedingungen jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht durch Rechtsverordnung geregelt sind, obgleich der Grundversorger nach § 35 Abs. 1 des Entwurfs diese zu veröffentlichen und danach Haushaltskunden zu versorgen hätte.

Im Hinblick auf die in Art. 2 § 3 des Entwurfs vorgesehene Übergangsregelung, wonach bestehende Verträge über Netzanschluss, Netzzugang und die Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie (Verträge zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen) mit einer Laufzeit bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Inkrafttreten des neuen EnWG unberührt bleiben, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen für diese Verträge nach Ablauf der sechs Monate gelten.

Eine Anpassung an die Bestimmungen des neuen EnWG (vgl. Art. 2 § 3 Abs. 3) kann insoweit nur dann in Betracht kommen, wenn entweder das EnWG diese Verträge ausdrücklich regelt (was jedoch nicht vorgesehen ist) oder aber zu diesem Zeitpunkt die vorgesehenen Rechtsverordnungen nach § 17 Abs. 3, § 18 Abs. 3, § 20 Abs. 6 und § 36 des Entwurfs in Kraft getreten sind und entsprechende Anpassungsvorschriften für die bestehenden Verträge enthalten.

4. Besondere Missbrauchsaufsicht durch die zuständige Landesbehörde

Die in § 35 vorgesehene Missbrauchsaufsicht stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Verschärfung der bisherigen Preisaufsicht dar und ist in der vorgesehenen Form abzulehnen.

Künftig sollen Inhalt und Aufbau der allgemeinen Preise der Grund- und der Ersatzversorgung durch Rechtsverordnungen geregelt werden. Die nach § 35 Abs. 1 vorgesehene Missbrauchsaufsicht der zuständigen Landesbehörde kann sich folglich nur darauf beschränken, ob die Vorgaben dieser Rechtsverordnungen eingehalten sind. Ob auf die Kosten- und Erlöslage abzustellen ist, muss in der Rechtsverordnung geregelt werden. Bereits jetzt weisen wir darauf hin, dass nicht die gesamte Kosten- und Erlöslage maßgeblich ist, sondern vielmehr nur der Kostenanteil, der die Grund- bzw. Ersatzversorgung betrifft.

Die in § 35 Abs. 2 S. 1 festgelegte Missbrauchsvermutung (bei Verlangen ungünstigerer Preise als andere Grund-/Ersatzversorger) ist unlogisch und muss ersatzlos entfallen.

Ergibt die Prüfung nach § 35 Abs. 1, dass ein Unternehmen die Vorgaben aus den Rechtsverordnungen bei der Gestaltung seiner Preise einhält, ist das gesetzeskonforme Verhalten amtlich festgestellt. Wer sich aber gesetzeskonform verhält, dem kann kein Missbrauchsvorwurf gemacht werden.

V. Verhältnis Bundesregulierungsbehörde/Landesbehörden

Der VKU fordert, dass die Länder unmittelbar eigene Zuständigkeiten bei der Regulierung des Netzzugangs erhalten.

Die im Referentenentwurf vorgenommene Zuständigkeitsverteilung widerspricht der im Grundgesetz vorgesehenen allgemeinen Regelung, dass die Länder Bundesgesetze ausführen. Die föderale Zuständigkeitsverteilung hat sich insbesondere im allgemeinen Kartellrecht bewährt. Die ausschließliche Betrauung der Bundesregulie-

rungsbehörde trägt zudem der Forderung nach einer schlanken und effizienten Regulierung nicht hinreichend Rechnung. Bei den Ländern ist ausreichend fachliche Kompetenz für die Aufsicht über den Netzzugang vorhanden. Diese Kompetenzen müssen genutzt werden, damit die Ausstattung der Bundesregulierungsbehörde auf das notwendige Maß beschränkt wird.

VI. Verhältnis Bundesregulierungsbehörde/Kartellbehörden

Der Vollzug des allgemeinen Kartellrechts muss einheitlich durch die Regulierungsbehörden erfolgen. In diesem Zusammenhang muss § 130 Abs. 3 GWB gestrichen werden.

Das Verhältnis zwischen den Zuständigkeiten und Aufgaben der Regulierungsbehörden und den Kartellbehörden kann nicht überzeugen. Der Referentenentwurf sieht insoweit vor, dass die Bundesregulierungsbehörde die abschließende Aufsicht über den Netzbereich durchführt, während die Kartellbehörden im nicht regulierten Wettbewerbsbereich zuständig bleiben. Das Nebeneinander von Energie-, Preis- und Kartellaufsicht hat in der Vergangenheit immer wieder zu Friktionen geführt. Bei der Interpretation der Konzernklausel wird die REGTP an die Vorgaben des BKartA gebunden. Damit das BKartA aber die übrigen Bestimmungen der Regulierung berücksichtigt, ist eine Bindung des BKartA an die Wertungen des EnWG unerlässlich.

VII. Beitragsfinanzierung

Die „Beitrags“-Finanzierung der Regulierungsbehörde wird strikt abgelehnt.

Bei der nach § 88 vorgesehenen Finanzierung der Kosten der REGTP handelt es sich um eine verfassungsrechtlich unzulässige Finanzierungsabgabe. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Vorschrift die danach zu zahlenden Entgelte als „Beiträge“ bezeichnet. Insoweit kommt es allein auf den materiellen Gehalt der Vorschrift und nicht auf die beabsichtigte Qualifizierung als „Beiträge“ an. Es fehlt an einer nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts notwendigen sachgerechten Verknüpfung zwischen Belastungen und Begünstigungen. Von der

danach erforderlichen „Gruppennützigkeit“ der Verwendung des Sonderabgabenaufkommens kann keine Rede sein. Eine Behörde, deren Tätigkeit keiner haushaltsmäßigen Kontrolle unterliegt, wird den aus ihrer Sicht notwendigen Regulierungsbedarf und den hierfür erforderlichen personellen und sachlichen Aufwand weit interpretieren. Die Gefahr der Selbstausbildung liegt insbesondere im Hinblick auf die Subdelegationsoption auf die REGTP nach § 88 Abs. 3 nahe. Im Ergebnis läuft dies mittelfristig darauf hinaus, dass der Netzbetrieb weitgehend planwirtschaftlichen Grundsätzen mit den sich daraus bekanntermaßen ergebenden Konsequenzen unterworfen werden wird.

VIII. Bußgeldtatbestände

Die Bußgeldbewehrung der gesetzlichen Netzanschluss- und Netzzugangsregelungen unterliegt schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen Ordnungswidrigkeiten den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Der Gesetzgeber ist zwar nicht gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung nimmt ihr noch nicht die Bestimmtheit, die der Rechtsstaat von einem Gesetz erfordert. Es genügt dabei, wenn die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können (BVerfG NJW 1988, 2594). Es handelt sich bei § 91 Abs. 1 Nr. 11 um einen sog. Blanketttatbestand, der den jeweiligen Verbotstatbestand nicht abschließend umschreibt, sondern auf seinerseits ausfüllungsbedürftige Normen (§ 17 Abs. 1, § 20 Abs. 1) verweist. Damit ist der Normbefehl kaum mehr mit der erforderlichen Sicherheit vorhersehbar. Im Ergebnis gelten die Bedenken auch für die Bestimmungen in § 91 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 6.

Reine Zweckmäßigkeitserwägungen können zudem nicht rechtfertigen, dass die gerichtliche Verhandlung von Einsprüchen im Ordnungswidrigkeitsverfahren an das OLG in erster Instanz zugewiesen wird. Dies führt zu fundamentalen Verwerfungen im Rechtssystem. Ordnungswidrigkeiten stellen Verwaltungsunrecht dar und stehen im Unwertgehalt unterhalb der Straftaten. Aus diesem Grund weist §

68 Abs. 1 OWiG sämtliche Einsprüche unabhängig von der Höhe des Bußgeldes dem Amtsrichter als Strafrichter zu. Der Katalog von Straftaten, die in erster Instanz den Oberlandesgerichten zugewiesen sind, umfasst praktisch nur schwerste Verbrechen, die mit teilweise mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren geahndet werden. Selbstverständlich sieht die Strafprozessordnung aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus eine notwendige Verteidigung vor. Dieses Verfahrensgrundrecht soll bei demjenigen, der mit einem Bußgeldverfahren von der REGTP überzogen wird, außer Kraft gesetzt werden (§ 93 Abs. 3)!

Unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig ist auch der Bußgeldrahmen.

Obwohl Vergehen als Straftaten einen höheren Unwertgehalt haben als Ordnungswidrigkeiten, liegt die „Ahndungsgewalt“ der Regulierungsbehörde über der der Strafgerichte. § 40 Strafgesetzbuch legt die absolute Höchststrafe auf 360 Tagessätze á €5.000,00 (€ 1.800.000,00) fest. Die Regulierungsbehörde kann bis zu €2.000.000,00 verhängen und daneben noch Zwangsgelder bis zu €100.000,00 pro Tag der Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung *und* die Vorteilsabschöpfung verfügen.

Abzulehnen ist schließlich die Absicht, der Regulierungsbehörde auch die Aufgabe der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Verfahren nach Einspruch gegen den Bußgeldbescheid zuzuweisen. Auch in diesem Punkt soll aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, die letztlich der Abschreckung dienen, rechtsstaatliche Grundsätze über den Haufen geworfen werden. Dieser Ansatz ist für das GWB falsch und er ist auch für die Regulierung der Energiewirtschaft falsch. Der Grund, weshalb § 71 OWiG das gerichtliche Verfahren gegen den Bußgeldbescheid dem Strafbefehlsverfahren angleicht, liegt in der Nähe zum allgemeinen Strafverfahren. Die Staatsanwaltschaft ist gegenüber dem Betroffenen verpflichtet, auch Entlastungsmaterial zu berücksichtigen. Diese Unbefangenheit kann von der ermittelnden Regulierungsbehörde nicht erwartet werden.