

Dr. Holger Schmitz*

Förderung des Strom- und Glasfasernetzausbaus durch Regulierung oder durch Regulierungsverzicht?

Der Stand des Netzausbaus in den Bereichen Strom sowie Telekommunikation fällt hinter die hochgesteckten Ziele zurück. Dabei ist in beiden Sektoren erklärter Zweck der Regulierung neben der Wettbewerbsförderung auch die Sicherstellung einer leistungsfähigen Infrastruktur. Mit der konkreten Ausgestaltung setzt die Regulierung den Rahmen für die wirtschaftliche Attraktivität der Investitionen und hat damit entscheidenden Einfluss auf die Umsetzung der politischen Vorgaben. Die Regulierung des Strom- und des Glasfasernetzes bedient sich unterschiedlicher Regulierungsmethoden, um einen effizienten Netzbetrieb sicherzustellen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzgebung werden in dem folgenden Beitrag die Grundzüge der Regulierung in diesen Netzwirtschaften aufgezeigt und auf ihre Investitionsfreundlichkeit hin untersucht.

I. Einleitung

Sowohl in das Strom- als auch in das Telekommunikationsnetz müssen Milliarden Euro investiert werden. Dabei führte die Katastrophe in Fukushima in Deutschland zu einer schlagartigen Priorisierung des Stromnetzausbaus, der für eine sichere Versorgung durch regenerative Energien unabdingbar ist. Die Politik reagierte mit der Schaffung des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes,¹ um durch eine Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren einen engpassfreien Transport des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms sicherzustellen, und erweiterte damit gleichzeitig massiv das Aufgabengebiet der Bundesnetzagentur. Zusätzlich wurden der Regulierungsbehörde durch die Änderung des EnWG Instrumente an die Hand gegeben, mit denen diese die Umsetzung des Netzentwicklungsplanes wirksamer betreiben kann.² Auch hinsichtlich der Telekommunikationsnetze werden verstärkt gesetzgeberische Anstrengungen für den Netzausbau unternommen. So soll die Planungssicherheit der Investoren durch die Vorgabe von Regulierungskonzepten und die Gewährung angemessener Renditen für das eingesetzte Kapital verbessert werden.³

So unterschiedlich die jeweiligen Mechanismen sind, die den Netzausbau ermöglichen, stehen sie in ihrer prinzipiellen Aus-

gestaltung in der Diskussion. Genügt es, wenn private Unternehmen sich des Problems annehmen, oder muss der Staat seinen lenkenden Einfluss auf die Entwicklung nehmen?

Unser Wirtschaftssystem basiert auf der Grundannahme, dass eine effektive Mittelallokation durch den Markt erreicht werden kann. Dennoch gibt es Bereiche, in denen das Marktsystem an Grenzen stößt. Wo der Markt Ineffizienz hervorruft, wird der lenkende Eingriff des Staates als legitim angesehen, um dem „Marktversagen“ entgegenzuwirken. Eine solche Gefahr eines Marktversagens ist im Bereich von Netzinfrastrukturen offensichtlich. Zum einen ist die Kostenstruktur hier in der Regel so gestaltet, dass ein einzelner Anbieter den relevanten Markt günstiger bedienen kann als mehrere Anbieter (Subadditivität).⁴ Zum anderen sind getätigte Investitionen häufig irreversibel, können also nicht ohne signifikanten Wertverlust anderweitig verwendet werden. Bestehen darüber hinaus keine relevanten Weiterveräußerungsmöglichkeiten im Falle eines Marktaustritts des Unternehmens, liegen sog. versunkene Kosten („sunk costs“) vor.⁵ Diese Situation stellt ein Zugangshemmnis für potentielle Wettbewerber dar. Viele Netzstrukturen weisen deshalb monopolistische Engpässe („bottlenecks“) auf. Ein Aufbau paralleler Infrastrukturen kommt nicht in Frage; gleichzeitig sind andere Anbieter jedoch zwingend auf die Nutzung dieser Engpassressourcen angewiesen. Im Gegensatz zu den Produktionsstufen Erzeugung

* Der Verfasser dankt für die Mitwirkung an dem Manuskript Herrn Rechtsreferendar *Martin Engelmann*, der in der Zeit zwischen Februar und Juli 2011 als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Noerr LLP tätig war.

1 Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze, BGBl. 2011 I, 1690.

2 Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2011 I, 1554, vgl. auch den Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 395/11.

3 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen v. 4.5.2011, siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707.

4 *Betzüge/Kesting*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2011, S. 68, 71.

5 *Haucap/Heimeshoff*, WiVerw 2010, 92, 93 f.

und Vertrieb stellen daher Transport- und Verteilernetze häufig natürliche Monopole dar.⁶

Namentlich in den Fällen, in denen Investitionen in den Ausbau bestehender Netze von übergeordnetem, allgemeinem Interesse sind, stellt sich daher die Frage, ob die Nachteile von monopolistischen Strukturen nicht besser zumindest zeitweise hingenommen werden sollten, als die Investitionen durch unvollkommene Regulierungsinstrumente zu behindern. Angesichts der verzerrenden Wirkungen, die mit einem staatlichen Eingriff in den Markt einhergehen, sollte Regulierung stets unter der Prämisse betrieben werden, den Wettbewerb zu fördern und ein Eingreifen zu unterlassen, sobald das Marktversagen abgestellt ist. In diesem Sinne folgt die Bundesnetzagentur dem Grundsatz „so viel Regulierung wie nötig und so wenig Regulierung wie möglich.“⁷ Die verzerrenden Wirkungen, die leicht zu einem ungewünschten Verhalten der regulierten Akteure führen können, zeigen sich insbesondere in der Investitionsfreudigkeit in den verschiedenen Netzsektoren. Unangemessene Regulierungsmaßnahmen können schnell ineffizientes Ausbau- und Instandhaltungsverhalten der Netzbetreiber hervorrufen.

Unter diesem Gesichtspunkt soll zunächst allgemein untersucht werden, wie sich Regulierung in ihren verschiedenen Ausprägungen und Methoden auf die Investitionsattraktivität von Netzinfrastrukturen auswirkt (unten, unter II.), um sodann den Fokus auf die Bereiche der Telekommunikations- (unten, unter III.) und Stromnetze (unten, unter IV.) zu legen.

II. Regulierungsmethoden und ihre Auswirkungen auf die Investitionsattraktivität von Netzinfrastrukturen

Gibt es Anhaltspunkte, die auf ineffizientes Marktverhalten schließen lassen, erfolgt der Eingriff in das Marktgeschehen ex post. Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass das Marktversagen tatsächlich beobachtet und beschrieben werden kann und die Ermittlung von Informationen umfassender und weniger ressourcenintensiv möglich ist.⁸ In bestimmten Bereichen kann es indes nicht hingenommen werden, dass Marktversagen erst abzuwarten. Dies gilt namentlich für diejenigen Märkte, in denen keine Substitutionsmöglichkeiten gegeben sind. Es wird eine Ex-ante-Regelung notwendig. Werden hier zum Zwecke der Marktöffnung Netzzugangsrechte für Wettbewerber eingeräumt, bedarf es stets auch einer Regulierung der damit zusammenhängenden Bedingungen, insbesondere der Netzentgelte. Anderenfalls würde die Maßnahme ins Leere laufen.⁹

Die verschiedenen Regulierungsmethoden zur Entgeltermittlung verfolgen zwar grundsätzlich das Ziel, den Einsatz der günstigsten Produktionsweise sicherzustellen und Preise zu generieren, die den Grenzkosten entsprechen. Dabei darf aber nicht die Steuerung der Investitionstätigkeit aus dem Blick verloren werden, die als wichtigste Herausforderung von Regulierung bezeichnet wird.¹⁰ Denn Netzinfrastrukturen bedürfen regelmäßiger Wartung. Auch ist angesichts einer steigenden Inanspruchnahme in der Regel in jedem Netz ein gewisser Ausbaubedarf gegeben. Im perfekten Wettbewerb werden die Anreize für Modernisierungs-, Instandhaltungs- und Ausbaumaßnahmen so gesetzt, dass der Investor in Anbetracht der höheren Nutzungsmöglichkeiten stets für einen effizienten Zustand des Netzes sorgt und entsprechende Investitionen tätigt.¹¹ In regulierten Märkten kommt es nun aufgrund der ein-

gesetzten Instrumente zu einer Verschiebung der Anreize. Dies soll im Folgenden untersucht werden, wobei auf die gängigen Regulierungsinstrumente eingegangen wird. Neben kostenbasierten Ansätzen (unten, unter 1.) und Anreizsystemen (unten, unter 2.) wird auch der Regulierungsverzicht (unten, unter 3.) berücksichtigt.

1. Kostenbasierte Regulierung

Die Grundidee aller kostenbasierten Ansätze besteht darin, dem Netzbetreiber ein Entgelt zu genehmigen, das die ihm entstehenden Kosten möglichst realitätsnah widerspiegelt. In einem funktionierenden Markt nähern sich die Preise den Grenzkosten an. Man könnte also eine Entgeltfestlegung entsprechend den Grenzkosten in Erwägung ziehen.¹² Beim Betrieb eines Netzes, das von Bündelungsvorteilen und damit einhergehend von fallenden Durchschnittskosten geprägt ist, liegen die Grenzkosten dauerhaft unterhalb der Durchschnittskosten, weshalb diese Lösung einen wirtschaftlichen Betrieb des Netzes nicht ermöglichen würde.¹³ Ein Netzbetreiber würde seine Kosten nicht wieder einnehmen, niemand würde auf dem so regulierten Markt tätig werden. Daher muss ein anderer Weg gefunden werden, die Netzentgelte möglichst niedrig, aber dennoch kostendeckend festzulegen. Es existieren verschiedene Konzepte, wie dies erreicht werden kann. Die bekanntesten sind die sog. Kostenzuschlagsregulierung („Cost-Plus“-Regulierung), die Kapitalverzinsungsregulierung („Rate of Return“-Regulierung) und das Konzept der durchschnittlichen inkrementalen Kosten („Average Incremental Cost Rule“).

Die „Cost-Plus“-Regulierung berücksichtigt nicht die jeweiligen Grenzkosten, sondern gewährt die Durchschnittskosten zuzüglich eines Gewinnaufschlags.¹⁴ Die Preisanpassung orientiert sich jeweils an den Kosten der Vorperiode. Das System kann in gewissem Umfang statische Effizienz herstellen: Da der Netzzugang in etwa in Höhe der anfallenden Kosten angeboten wird, wird sich die Nachfrage an der effizienten Menge einpendeln.¹⁵ In diesem System können maximale Erlöse aber nur unter Verschwendung von Ressourcen erzielt werden, da mit einem Anstieg der Vermögensbasis („rate base“) die Erlöse ansteigen.¹⁶ Insbesondere bestehen keine Anreize, nach Innovationen zu suchen oder kostensenkend tätig zu werden. Denn die Regulierungsbehörde wird oft nicht sachgerecht beurteilen können, ob die geltend gemachten Kosten tatsächlich zur Leistungsbereitstellung erforderlich waren oder ob der Netzbetreiber tatsächlich unwirtschaftlich arbeitet.¹⁷ Die Methode wurde beispielsweise in Deutschland bis Ende Juni 2007 in der Stromtarifpreisaufsicht eingesetzt; entsprechend

6 Bundesnetzagentur, Bericht nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG, 2006, S. 46.

7 Bundesnetzagentur, Eckpunkte über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur, 2010, S. 3.

8 *Haucap/Kruse*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, 2003, S. 4, abrufbar unter <http://opus.ub.hsu-hh.de/volltexte/2004/162/pdf/VWL_25.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.8.2011).

9 *Fetzer*, MMR 2010, 515.

10 *Ockenfels*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Fn. 4), S. 28, 53.

11 Vgl. *Ockenfels* (Fn. 10), S. 44 ff.

12 Vgl. *Betzüge/Kesting* (Fn. 4), S. 71.

13 *Betzüge/Kesting* (Fn. 4), S. 72.

14 Vgl. *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. A., 2005, S. 232 ff.

15 *Leschke*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 281, 321 ff.

16 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. A., 2008, S. 90 ff.

17 *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 14), S. 228 f.

den Nachteilen der Methode konnte aber keine rationelle und effiziente Betriebsführung sichergestellt werden.¹⁸

Eine weitere Form der kostenorientierten Regulierung ist die Kapitalverzinsung („Rate Of Return“-Regulierung). Als Bemessungsgrundlage dient dabei das eingesetzte Kapital, worauf dem Netzbetreiber als Rendite der Kapitalmarktzins zusätzlich eines Risikoaufschlags gewährt wird.¹⁹ Hier ist – wie auch bei der „Cost-Plus“-Regulierung – ein hoher Informationsaustausch notwendig, da die Feststellung des Kapitaleinsatzes Schwierigkeiten bereitet. Würden die Angaben des Unternehmens einfach hingenommen, läge eine reine Kostenersatzung vor, die keine Rücksicht auf einen effizienten Ressourceneinsatz nimmt. Die Angaben müssen also geprüft und bewertet werden, was aber angesichts der erheblichen Informationsasymmetrien zwischen Unternehmen und Regulierer nicht vollkommen realitätsnah erfolgen kann.²⁰ Darüber hinaus wird ein Anreiz zu kapitalintensiven Investitionen bzw. zu kapitalintensiver Produktion gesetzt, da dies zu einer Erhöhung der (kapitalabhängigen) Rendite führt (sog. Averch/Johnson-Effekt).²¹ Kostensenkungen oder Produktivitätssteigerungen sind unter diesen Gesichtspunkten unwahrscheinlich. Diese Methode wurde dennoch bis Ende 2008 zur Festlegung der Netzentgelte im Energiesektor eingesetzt und stellt immer noch den Grundsatz dar, soweit nicht die Anreizregulierung angewendet wird (vgl. § 21 Abs. 2 S. 1, § 23a EnWG i. V. m. StromNAV bzw. GasNAV).²²

Das Konzept der durchschnittlichen inkrementalen Kosten („Average Incremental Cost Rule“) wird vor allem angewendet, wenn vielen Nutzern Zugang zum Netz gewährt wird, dabei aber eine Verringerung der Effizienz vermieden werden soll. Grundlage sind die Kosten, die dem Netzanbieter für jeden weiteren Nutzer durchschnittlich entstehen.²³ So finden allerdings die Fixkosten des Netzbetreibers keine Berücksichtigung, weshalb Investitionen unterbleiben.²⁴ Daher muss ein Zuschlag für Fixkosten gewährt werden, der einen Anreiz für neue Investitionen in das Netz sicherstellt. Die Bemessung des Zuschlags ist problematisch. Erfolgt sie mehr oder weniger willkürlich, entstehen Anreize für Über- oder Unterinvestitionen.²⁵ Erweitert man das Modell dadurch, dass dem Betreiber zu den inkrementalen Kosten als Zuschlag diejenigen Erträge zugestanden werden, die er abschöpfen würde, wenn auch der nachgelagerte Markt von einer Monopolsituation geprägt wäre (Regel der effizienten Komponentenpreise, „efficient component pricing rule“),²⁶ muss der Nutzer mindestens so effizient wirtschaften wie der (fiktive) Monopolist. Die Feststellung dieser hypothetischen Preise durch Annahmen über die Nachfrageentwicklung auf dem Endkundenmarkt birgt aber Schwierigkeiten.²⁷ Im Hinblick auf die Investitionsattraktivität besteht darüber hinaus das Problem, dass der Wettbewerb nicht seine Funktion als Innovationsmotor ausübt. Die Investitionsanreize entsprächen lediglich denen in einer Monopolsituation.

Kostenbasierte Regulierungsansätze, welche die traditionelle Form der Regulierung von Netzentgelten darstellen, bieten also sehr geringe oder sogar inverse Anreize zu Effizienzverbesserungen und Ausbaumaßnahmen. U. U. kann auch ein Anreiz zu überhöhten Investitionen gesetzt werden, der zwar möglicherweise ein hohes Qualitätsniveau erzeugt, dies aber auf Kosten von volkswirtschaftlich ineffizienten Maßnahmen erreicht, die letztlich die Verbraucher zu tragen haben.²⁸

2. Anreizbasierte Regulierung

Anreizbasierte Systeme setzen dem Netzbetreiber einen gewissen Anreiz, kostensenkend zu wirtschaften. Dem Regulierungsbetroffenen wird hierzu für einen gewissen Zeitraum eine Obergrenze für die Netzentgelte gesetzt. Senkt der Netzbetreiber während dieser Regulierungsperiode seine Kosten, darf er die Einsparungen einbehalten. Zur nächsten Periode werden die Entgelte dann entsprechend der neuen Kostenstruktur abgesenkt. Auf diese Weise werden theoretisch fortlaufend Kostenszenarien generiert, die sich dem möglichen Minimum annähern.

Die Anreizregulierung tritt in zwei Formen auf. Im Preisobergrenzenverfahren („Price Cap“-Verfahren) werden Einzelpreise oder gewichtete Durchschnittswerte aller Produktpreise festgelegt. Der Erlös ist hierbei proportional abhängig von der Produktmenge. Alternativ kann eine Obergrenze für den erlaubten Gesamterlös gezogen werden, sog. Erlösobergrenzenverfahren („Revenue Cap“-Verfahren). Bei veränderlichen Mengen sind die Preise hier umgekehrt proportional zur Mengenänderung.²⁹ Der Unterschied besteht also darin, dass bei einem „Price Cap“ das Risiko von Mengenschwankungen dem Unternehmen auferlegt wird, während bei einem „Revenue Cap“ auf geringere Mengen mit höheren Preisen reagiert werden kann.³⁰ In der Reinform tritt keine der beiden Varianten auf; in der Praxis werden hybride Methoden angewandt, die weitere Parameter implementieren (sog. Erweiterungsfaktoren), um z. B. Mengenänderungen angemessen einfließen zu lassen.³¹

Unabhängig von der Unterscheidung zwischen „Price Cap“ und „Revenue Cap“ sind bei der Festlegung der Preis- bzw. Erlösgrenze weitere Umstände zu berücksichtigen. Die auf diese Weise regulierten Unternehmen könnten versucht sein, die durch die Anreizregulierung angestrebten Kostensenkungen (und damit Erlössteigerungen) durch Qualitätsminderung zu erreichen. Durch die Implementierung von Qualitätssicherungsmaßnahmen in Form eines Leistungsvergleichs der regulierten Unternehmen (sog. „Benchmarking“) soll dem entgegengewirkt werden.³²

Um zudem eine Manipulation der Preis-/Erlösgrenze durch das regulierte Unternehmen zu verhindern, könnte die Produktivität an einem Branchendurchschnitt bemessen werden. Dadurch würden besonders produktive Unternehmen belohnt, während unproduktive Unternehmen bestraft werden.³³ Diese sog. „Yardstick-Competition“ kommt allerdings aufgrund der zumeist stark heterogenen Effizienzstruktur der Akteure erst nach einigen Perioden vorausgegangener Marktregulierung

18 *Missling*, in: Danner/Theobald, *Energierrecht*, Loseblattsammlung, Stand: 69. Ergänzungslieferung (März 2011), § 23a EnWG Rn. 6.

19 *Leschke* (Fn. 15), S. 323.

20 *Pedell*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Fn. 4), S. 1197, 1199 f.

21 *Pedell* (Fn. 20), S. 1200 m. w. N.

22 *Betzüge/Kesting* (Fn. 4), S. 94; *Busse v. Colbe*, in: Berliner Kommentar zum *Energierrecht*, Bd. 1, 2. A., 2010, Vor §§ 21 ff. EnWG Rn. 3.

23 *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 14), S. 235.

24 *Donges/Schmidt*, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, 2008, S. 37, 57.

25 *Leschke* (Fn. 15), S. 322.

26 *Fritsch/Wein/Ewers* (Fn. 14), S. 236.

27 *Donges/Schmidt* (Fn. 24), S. 57.

28 Bundesnetzagentur (Fn. 6), S. 47.

29 Bundesnetzagentur (Fn. 6), S. 47 f.

30 *Pedell* (Fn. 20), S. 1203.

31 Bundesnetzagentur (Fn. 6), S. 48.

32 *Busse v. Colbe* (Fn. 22), Vor §§ 21 ff. EnWG Rn. 103.

33 *Leschke* (Fn. 15), S. 324.

mit individuellen Produktivitätsvorgaben in Betracht.³⁴ Dann entsteht, so die Theorie, ein Vergleichswettbewerb, der einem tatsächlichen Wettbewerb bestmöglich nahekommt.³⁵

Im Hinblick auf Investitionen in den Netzausbau oder Innovationsförderung bietet dieser Ansatz jedoch kaum Anreize. Im Grundsatz besteht die gleiche Problematik wie bei der Kostenregulierung, wobei das Unternehmen hier noch für Investitionen sanktioniert wird. Denn die mit den Investitionen verbundenen Kostensteigerungen spiegeln sich nicht unmittelbar in den Preis-/Erlösgrenzen wider, sondern werden erst mit einem Zeitversatz in der nächsten Regulierungsperiode berücksichtigt. Lediglich im Rahmen des Qualitätsmanagements kann ein derartiges Engagement berücksichtigt werden, wenn die Investition messbar zur Qualitätssteigerung beiträgt. Eine vollständige Kompensation des eingesetzten Aufwandes – insbesondere unter Berücksichtigung des Risikos einer Fehlinvestition – wird auf diese Weise aber nicht erreicht. Insofern ist eine reine Anreizregulierung als strukturell investitionsfeindlich anzusehen.

3. Regulierungsverzicht

Die Entlassung eines Marktes aus der Regulierung in einen funktionierenden Wettbewerb sollte Ziel eines jeden regulatorischen Handelns sein. Doch kann auch das bewusste Unterlassen von Regulierung selbst in Bereichen, in denen ein freier Markt ohne Marktversagen nicht sichergestellt ist, sinnvoll sein.

Während nämlich sowohl Kosten- als auch Anreizregulierung für eine statische Effizienz förderlich sind, vermögen sie eine dynamische Effizienz, die den Netzausbau und Innovationen berücksichtigt,³⁶ nicht zu leisten. Denn das Netzzugangsrecht ermöglicht konkurrierenden Unternehmen – wenn auch gegen Entgelt – die Teilnahme und die Nutzziehung an jeder Investitionsmaßnahme; das Risiko für eine Fehlinvestition trägt hingegen der Investor alleine. Darüber hinaus besteht aufgrund des Zugangsrechts für Dritte die Möglichkeit, an erfolgreichen Investitionen teilzuhaben, ohne dafür investieren zu müssen. Die Attraktivität von Investitionsmaßnahmen wird dadurch beeinträchtigt.

Zur Förderung einer dynamischen Effizienz muss eine Regulierung daher wenigstens kurzzeitig Preise über den Grenzkosten zulassen, was sich dementsprechend negativ auf die statische Effizienz auswirkt.³⁷ Die Abweichung von der statischen Effizienz muss dabei umso höher ausfallen, je unsicherer die Investition ist.³⁸

Zutreffend wird aus den vorgenannten Gründen insbesondere für neue Märkte, in denen erst wenig Erfahrungswerte bestehen, gefordert, von einer Regulierung abzusehen, auch wenn der Netzbetreiber dadurch zunächst (statisch höchst ineffiziente) Monopolpreise abschöpfen kann. Der Anreiz für die Investition ergibt sich also aus den Renditemöglichkeiten. Erst wenn sich später kein wirksamer Wettbewerb einstellt, sollte regulierend eingegriffen werden.³⁹

Die Dauer der Monopolpreisabschöpfung bestimmt dabei die Attraktivität der Investitionen entscheidend. Der Netzbetreiber muss also einem Regulierungsrahmen vertrauen können, der ihn ausreichend lange vor einer störenden Intervention („Hold Up“) des Staates – also der Auferlegung von Netzzugangspflichten – schützt.⁴⁰ Damit die Regulierung nicht nur von der Einschätzung – und damit auch dem Wohlwollen – der Regulierungsbehörde abhängt, wird das Konzept der „Re-

gulierungsferien“ diskutiert. Dabei wird dem Investor die Zusage gegeben, bis zum Eintritt konkret definierter Bedingungen von einer Regulierung abzusehen, um eine angemessene Kompensation für die Investition und das damit verbundene Risiko zu bieten.⁴¹

Die Abwägung zwischen Regulierung und Regulierungsverzicht steht also im Spannungsfeld von statischer und dynamischer Effizienz. Dass sich beide gegenseitig dauerhaft ausschließen, ist jedoch nicht zutreffend. Die Bundesnetzagentur merkt in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf ihre bisherige Tätigkeit an, dass Wettbewerbsintensivierung und Investitionsförderung nicht im Widerspruch zueinander stehen, da Wettbewerb einer der wichtigen Motoren für Investitionen sei. Wo effiziente Regulierung den Wettbewerb voranbringt, gebe es deshalb keinen Konflikt zwischen Regulierung und Investitionen.⁴²

4. Fazit

Unabhängig von der Regulierungsmethode sind Infrastrukturmaßnahmen auch von der Rechtssicherheit des Regulierungsrahmens abhängig. Selbst ein im Grundsatz investitionsfreundliches Umfeld kann Investitionen verhindern, wenn Unsicherheiten über die regulatorischen Vorgaben (in inhaltlicher und zeitlicher Dimension) bestehen.⁴³

Die Investitionsfreundlichkeit von regulierten Märkten ist also stark von der gewählten Regulierungsmethode und ihrer konkreten Ausgestaltung abhängig. Regulierungsmethoden, die sich an den effizienten Kosten der Leistungserstellung orientieren, induzieren dabei immer ineffizient geringe Investitionsanreize, da ein möglicher sehr hoher Gewinn, der normalerweise zur Investition motiviert, abgeschöpft und auf den zugestandenem Gewinnzuschlag begrenzt wird.⁴⁴ Bei der Anwendung einer Kosten- oder Anreizregulierung sollte daher stets besonderes Augenmerk auf die dynamische Effizienz des Marktes gelegt werden.

Die beiden Netze, denen in Deutschland gegenwärtig Ausbaubedarf attestiert wird, sind das Stromnetz sowie die sog. „Next Generation“-Netze, also die Netze, die Breitbandinternet ermöglichen. Diese beiden Bereiche bedienen sich unterschiedlicher Regulierungsmethoden, um einen effizienten Netzbetrieb sicherzustellen. Im Folgenden werden die Grundzüge der Regulierung aufgezeigt und diese anhand der oben beschriebenen Grundsätze auf ihre Investitionsfreundlichkeit untersucht.

III. Regulierung der Glasfaserleitungen

1. Ausbaubedarf

Nach dem Willen der Bundesregierung sollen bis spätestens 2018 Breitbandinternetanschlüsse mit einer Bandbreite von

34 Säcker/Böcker, in: Picot (Fn. 24), S. 69, 100.

35 Bundesnetzagentur (Fn. 6), S. 48.

36 Vertiefend zur dynamischen Effizienz Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, 2007, S. 25 ff.

37 Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey (Fn. 36), S. 53 f.

38 Fetzer, MMR 2010, 515, 516.

39 Haucap/Heimeshoff, WiVerw 2010, 92.

40 Haucap/Heimeshoff, WiVerw 2010, 92, 97.

41 Näher dazu unten, unter III. 3.

42 Bundesnetzagentur (Fn. 7), S. 9.

43 Fetzer, MMR 2010, 515.

44 Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey (Fn. 36), S. 28 f.

mindestens 50 Megabit pro Sekunde (MBit/s) flächendeckend verfügbar sein.⁴⁵

Während Ende des Jahres 2010 bei 98,5% der Haushalte zwar immerhin eine Breitbandgrundversorgung von mindestens 1 MBit/s gegeben war, standen 50 MBit/s oder mehr aber erst knapp 40% der Haushalte zur Verfügung.⁴⁶ Die notwendige enorme Bandbreitensteigerung soll auf verschiedenen Wegen vollzogen werden: Neben der Nutzung von Kabelanschlüssen und Breitbandmobilfunk soll vor allem der Ausbau von Glasfasernetzwerken bis in die Haushalte („Fibre To The Home“, FTTH/„Fibre To The Building“, FTTB) vorangetrieben werden. Da die Verbindung der Hauptverteiler in Deutschland bereits nahezu vollständig als Glasfasernetz verlegt ist, besteht der Ausbaubedarf hier auf der „letzten Meile“, also bei den Teilnehmeranschlüssen bis in das Haus hinein.

Der Bedarf ist gewaltig: Für eine Versorgung von 50% der Haushalte mit 100 MBit/s und 30% mit 50 MBit/s bis 2020 auf Grundlage eines teilweisen FTTH-Ausbaus werden Investitionskosten von 35,9 Milliarden Euro errechnet,⁴⁷ an anderer Stelle werden noch erheblich höhere Kosten angegeben.⁴⁸ Der Breitbandausbau stellt sich dabei angesichts des internationalen Vergleichs als alternativlos dar. Die dritte jährliche Breitbandstudie der Saïd Business School der Universität Oxford⁴⁹ im Auftrag von Cisco setzt Deutschland auf Platz 18 in Bezug auf den Zustand der Breitbandversorgung. Während man sich hierzulande noch der MBit-Verbindungen rühmt, arbeiten andere Länder bereits an der flächendeckenden Bereitstellung von Gigabit (GBit)-Anschlüssen. Laut einer Studie der Unternehmensberatung Arthur D. Little⁵⁰ ist besonders der Ausbau des Glasfasernetzes stark ins Hintertreffen geraten. Mit einer Ausbaquote von 1,4% liegt Deutschland hier nicht nur deutlich hinter Technologienationen wie Korea (über 40%) und Japan (über 30%). Besonders andere europäische Länder wie Slowenien und Litauen mit Quoten von über 50% lassen den Nachholbedarf erahnen.

2. Grundzüge der Regulierung

Es wird selten sinnvoll und wirtschaftlich sein, zwei Glasfaserkabel in einen Haushalt zu verlegen. Daher könnte man bei den Glasfaserteilnehmeranschlüssen von Engpässen („bottlenecks“) ausgehen, die natürliche Monopole darstellen. Allerdings sind Telekommunikationsnetze heutzutage von einer hohen Substituierbarkeit geprägt. Dies liegt am „Wettbewerb der Netze“, der den Wettbewerb im Netz ablöst. Internetzugang ist schließlich nicht mehr auf die Telefonleitung begrenzt; auch über Kabel, Mobilfunk und grundsätzlich auch das Stromnetz lassen sich Datenströme übertragen. Da also keine Monopolsituation gegeben ist, besteht ein Regulierungsbedürfnis nicht in gleichem Maße wie etwa im Stromnetz. Der Telekommunikationsbereich ist daher in besonderem Maße durch eine flexible Gestaltungsmöglichkeit der Regulierungsentscheidung gekennzeichnet, die es ermöglicht, die Regulierung weitestgehend zurückzufahren und nur punktuell dann einzugreifen, wenn ein Missbrauch gegeben ist. Ziel jeden Eingriffs ist dabei eine Rücküberführung der sektorspezifischen Regulierung in die allgemeine kartellrechtliche Aufsicht.

Aus diesem Grund ist die Regulierung im Telekommunikationsbereich von verhältnismäßig geringer Eingriffsintensivität geprägt. Der Marktzutritt unterliegt, abgesehen vom Bereich der Frequenzzuordnung und der Nummernvergabe, nur noch

einer Meldungspflicht (vgl. § 6 TKG), ist also nicht genehmigungsabhängig. Eine Entersagung der Tätigkeit im Telekommunikationsmarkt kann nur noch repressiv auf Grundlage des § 126 Abs. 3 TKG erfolgen.

Bei der Netzzugangsregulierung bestehen Besonderheiten. Zentrales Element der Regulierung im Telekommunikationsbereich ist der asymmetrische Ansatz:⁵¹ Wesentliche Verpflichtungen gelten nur für marktmächtige Unternehmen. Diese Verpflichtungen sind insbesondere Netzzugangsansprüche, Entgeltgenehmigungen und die besondere Missbrauchsaufsicht. Durchbrochen wird die Asymmetrie von der allgemeinen Zusammenschaltungspflicht nach §§ 16, 18 TKG, die unabhängig von der jeweiligen Marktmacht besteht.

Angeordnet wird eine Regulierungsmaßnahme durch eine sog. Regulierungsverfügung. Darin müssen sowohl die Regulierungsbedürftigkeit besonders abgesteckter Märkte festgestellt als auch die sich darin befindlichen marktmächtigen Unternehmen identifiziert werden. Erst danach können die jeweiligen Verpflichtungen (vgl. § 13 Abs. 3 TKG) für die entsprechenden Unternehmen festgelegt werden. Auch die Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 Abs. 1 TKG bedarf einer vorherigen Marktdefinition und -analyse; liegt diese nicht vor, ist das allgemeine Wettbewerbsrecht einschlägig.⁵²

Wird eine Netzzugangspflicht auferlegt (§ 21 TKG), gilt zunächst der Vorrang der Selbstregulierung. Erst wenn sich Zugangspetent und Netzbetreiber nicht auf einen Zugangsvertrag einigen können, kann eine Zugangsanordnung gemäß § 25 TKG ergehen. Diese kann sich auch auf die Entgelte erstrecken. Die Anordnung der Entgeltregulierung kann in Form einer Vorabregulierung mit Entgeltgenehmigungspflichten (§§ 31 ff. TKG) oder einer nachträglichen Entgeltregulierung (§ 38 TKG) erfolgen. Die zweite Variante soll lediglich Preismissbräuche verhindern, während die erste Variante nur Kosten erlaubt, welche die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung nicht übersteigen.⁵³ Die Ex-ante-Entgeltregulierung kann in Form einer klassischen kostenbasierten Preisregulierung einzelner Zugangsleistungen oder in Form einer „Price Cap“-Regulierung erfolgen (§ 32 TKG). Dabei besteht kein Vorrang einer der beiden Methoden, die Wahl erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen der Regulierungsbehörde.⁵⁴

Grundlage jeder Regulierung im Kommunikationsbereich ist aber die Wertung, die sich aus Art. 8 Abs. 5 lit. f der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG ergibt. Danach sollen regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegt werden, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt, bzw. derartige Verpflichtungen gelockert oder aufgehoben werden, sobald sich ein solcher einstellt.

45 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Pressemitteilung v. 2.3.2011.

46 BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik 3/2011, 13 f.

47 Katz/Vaterlaus/Zenhäusern/Suter, Die Wirkung des Breitbandausbaus auf Arbeitsplätze und die deutsche Volkswirtschaft, 2009, S. 12.

48 Doose/Elixmann/Jay, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 330, 2009.

49 Abrufbar unter <<http://www.sbs.ox.ac.uk/Documents/broadband%20study/Third%20annual%20broadband%20study%202010.pdf>> (zuletzt abgerufen am 5.8.2011).

50 Taga/Faggiano/Niegel, FTTH: Double Squeeze of Incumbents – Forced to Partner?, 2010.

51 Heinen-Hosseini/Woesler, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. A., 2009, § 9 Rn. 2.

52 BVerwGE 128, 305 (Urt. v. 18.4.2007 – Az. 6 C 21.06) (= N&R 2007, 169).

53 Mielke, in: Berliner Kommentar zum TKG (Fn. 51), § 38 Rn. 2.

54 Schneider, in: Fehling/Ruffert (Fn. 15), S. 365, 394.

3. Infrastrukturförderung

§ 1 TKG bestimmt als zentrale Ziele neben der Wettbewerbsförderung auch die Förderung einer leistungsfähigen Infrastruktur sowie die Gewährleistung von flächendeckend angemessenen und ausreichenden Dienstleistungen. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG betont als Ziel der Regulierung die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen. Dennoch kann die Regulierungsbehörde keine Netzausbauweisung abgeben, da der Gesetzgeber die Dynamik im Markt als ausreichende Triebfeder für den Netzausbau ansieht.⁵⁵ Auch der Netzzugangswillige hat keinen Anspruch auf Netzausbau, wenn er sich nicht an den Investitionsrisiken beteiligt.⁵⁶ Die Steuerung der Tätigkeiten erfolgt also über eine Anreizsetzung durch entsprechende Regulierungsverfügungen.

Dabei unterliegen Marktdefinition und -analyse, welche die Voraussetzung für Regulierungsverfügungen sind, Ermessenserwägungen. Somit besteht auch die Möglichkeit, auf eine Regulierung zu verzichten. Auf den Endkundenmärkten hat die Bundesnetzagentur auf den entstandenen Wettbewerb reagiert und alle ehemals regulierten Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen bzw. unterwirft sie im Wesentlichen nur noch einer nachträglichen (Entgelt-) Regulierung.⁵⁷

Auch im Bereich von neuen Märkten wird eine solche Praxis diskutiert. Investitionen in „Next Generation“-Netze sind unsicher, da hier Neuland betreten wird; das Investitionsrisiko ist hoch. Es besteht aber – im Gegensatz zu anderen Netzen – intermodaler Wettbewerb. Hier hat ein Verzicht auf Regulierung nicht die gleichen Auswirkungen auf die statische Effizienz wie in Netzen mit lediglich intramodalem Wettbewerb.⁵⁸ Mit § 9a TKG wurde auch versucht, in neuen Märkten die Freistellung von einer Ex-ante-Regulierung als Grundsatz zu definieren, um Investitions- und Innovationsanreize zu erhöhen. Eine Vorabregulierung wäre danach nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich. Diese Ermessensvorgabe an die Regulierungsbehörde wurde aber vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrig eingestuft, da die Behörde bei ihrer Entscheidung durch den deutschen Gesetzgeber unzulässig beeinflusst werde.⁵⁹ Der Versuch, „Regulierungsferien“ zu institutionalisieren, schlug also fehl. Ein Verzicht auf Regulierung ist zwar weiterhin möglich. Die Monopolkommission bedauert jedoch, dass der europäische Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Rechtsrahmens in dieser Frage keine Klarheit geschaffen habe.⁶⁰ Daher seien Investoren in neuen Märkten weiterhin von einer glaubwürdigen Versicherung der Regulierungsbehörde abhängig, die Regulierung nachträglich nicht zu verschärfen („Hold Up“-Problematik), indem durch eine entsprechende Regulierungsverfügung eine Zugangs- oder Entgeltregulierung angeordnet wird.⁶¹

4. Aktuelle Entwicklungen

Aufgrund einer am 21. März 2011 nach Vorlage an die EU-Kommission und die anderen nationalen Regulierungsbehörden⁶² von der Bundesnetzagentur erlassenen Regulierungsverfügung unterliegen (die bisher unregulierten) Glasfaserteilnehmeranschlussleitungen der Telekom Deutschland GmbH in Zukunft der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß §§ 30, 38 TKG.⁶³ Damit weicht die Bundesnetzagentur von der Empfehlung der Kommission ab, die bezweifelt, dass der nun eingeschlagene Weg zu einer Orientierung der Ge-

bühren an den Kosten führt.⁶⁴ Begründet wird dies damit, dass die Ex-post-Kontrolle nur potentiell missbräuchliches Verhalten aufdecken soll, aber nicht die tatsächliche Orientierung an den Kosten sicherstellt. Zudem entbehre die Regulierungsentcheidung der notwendigen Rechtssicherheit.

Die Bundesnetzagentur hält dennoch an ihrem Vorgehen mit der Begründung fest, die Ex-ante-Regulierung der Kupferteilnehmeranschlussleitung, die weiterhin betrieben wird,⁶⁵ werde einen maßregelnden Einfluss auf die Glasfaserteilnehmeranschlussleitung ausüben, da unter aktuellen Marktverhältnissen die beiden Anschlussarten noch als Substitute angesehen werden können.⁶⁶ Solange also die Kupferteilnehmeranschlussleitungen zu kostenorientierten Gebühren bereitgestellt werden müssen, müssten demnach die Gebühren für Glasfaserteilnehmeranschlussleitungen angemessen ausfallen. Eine nachträgliche Entgeltregulierung stelle daher für diesen Bereich die verhältnismäßige Regulierungsmethode dar.

Diese Entscheidung steht im Einklang mit dem Standpunkt der Regulierungsbehörde zur Weiterentwicklung moderner und leistungsfähiger Telekommunikationsnetze, wonach sie bei der Abwägung zwischen Ex-post- und Ex-ante-Entgeltregulierung von neu entstehenden Infrastrukturen insbesondere das Ziel der Förderung effizienter Investitionen sowie der Unterstützung von Innovationen berücksichtigen will.⁶⁷ Hierin kann zwar kein Regulierungsverzicht i. S. v. Regulierungsferien verstanden werden. Dennoch beschränkt sich die Bundesnetzagentur auf eine nachträgliche Entgeltkontrolle, die der Telekom Deutschland GmbH eine höhere Preissetzungautonomie gewährt als eine präventive Festsetzung der Nutzungsentgelte durch die Regulierungsbehörde.

Auch die TKG-Novelle hat die Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Netze im Blick. Zu diesem Zweck soll gemäß § 15a des Regierungsentwurfs eine ausdrückliche Ermächtigung für die Bundesnetzagentur geschaffen werden, langfristige Regulierungskonzepte vorzugeben. Durch diese Eindämmung der „Hold Up“-Problematik soll die Planungssicherheit für Investitionen erhöht werden. Des Weiteren soll Investoren eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital ermöglicht werden, indem bei der Zugangs- und Entgeltregulierung explizit die Berücksichtigung der jeweiligen Investitionsrisiken vorgegeben wird. Hierzu soll durch § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG-RegE die Bundesnetzagentur verpflichtet werden, bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen das Investitionsrisiko des investierenden Unternehmens gebührend in Rechnung zu stellen, was z.B. bei der Festsetzung der angemessenen Kapitalverzinsung erfolgen kann.⁶⁸ In diesem Zu-

55 Schneider (Fn. 54), S. 390.

56 VG Köln, MMR 2007, 198, 199 (Urt. v. 19.10.2006 – Az. 1 K 2976/05).

57 Bundesnetzagentur (Fn. 7), S. 9.

58 Fetzer, MMR 2010, 515, 517.

59 EuGH, MMR 2010, 119 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07).

60 Monopolkommission, 18. Hauptgutachten, BT-Drs. 17/2600, 64.

61 Haucap/Heimeshoff; WiVerw 2010, 92, 97.

62 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 25.1.2011.

63 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.3.2011 – Az. BK 3g-09/085, S. 56.

64 Kommission, Schreiben v. 24.2.2011 – Az. K (2011) 1338, SG-Greffe (2011) D/2850, S. 6.

65 Die Regulierung der Kupferteilnehmeranschlussleitung erfolgt auf der Basis von kostenbasierten Einzelpreisgenehmigungen; Kritik hieran und Empfehlung für eine „Price Cap“-Regulierung siehe Knieps, N&R 2010, 66, 68 f.

66 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.3.2011 – Az. BK 3g-09/085, S. 64.

67 Bundesnetzagentur (Fn. 7), S. 5.

68 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 129/11, 67, 103.

sammenhang ist die durch § 28 Abs. 1 S. 3 TKG beabsichtigte Beweislastumkehr von Bedeutung, wonach die Entgeltendifferenzierung im Rahmen von Risikobeteiligungsmodellen bei Projekten zur Errichtung von Netzen der nächsten Generation in der Regel keine Entgeltdiskriminierung darstellt.⁶⁹ Schließlich sieht § 14 TKG-RegE eine Verlängerung der Überprüfungsfrist der Märkte von dem bisherigen Zweijahres- auf einen Dreijahresrhythmus vor.

5. Bewertung

Die Instrumente des TKG sind vielfältig. Die Bundesnetzagentur hält sie für ausreichend, um den Herausforderungen des „Next Generation“-Netzausbaus zu begegnen. Im Hinblick auf den Fortschritt bei der Versorgung der Haushalte mit der Infrastruktur für digitale Hochgeschwindigkeitsteilnehmeranschlussleitungen („Very High Speed Digital Subscriber Line“, VDSL) sieht sie bestätigt, dass im bestehenden Regulierungsrahmen adäquate Anreize und hinreichende Handlungsspielräume bestehen.⁷⁰

Das effektivste Mittel, um den Netzausbau voranzutreiben, bleibt ein Verzicht auf Regularisierungsaufgaben. Um die Attraktivität von Investitionen zu steigern, muss ein derartiger Verzicht aber auf einer vertrauenswürdigen und langfristig angelegten Basis erfolgen, die „Hold Ups“ ausschließt und so ausreichende Investitionssicherheit erzeugen kann. Die Monopolkommission stellt dazu zutreffend fest: „Stabile Rahmenbedingungen sind eine Grundvoraussetzung für Investitionen der Unternehmen in neue Netze und Dienste. Nur auf dieser Grundlage kann der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten gesichert und fortentwickelt werden.“⁷¹

Nicht überall wird die Auffassung, angesichts der zu erwartenden Dynamik des Netzausbaus seien keine staatlichen Beihilfen erforderlich, geteilt. So verweist die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD) auf die hohen positiven externen Effekte etwa in den Bereichen Erziehung und Gesundheit, die aber nicht zwangsnötig in die Ausbauentscheidungen der Netzbetreiber einfließen. Daher seien staatliche Anstoßfinanzierungen in diesem Bereich durchaus ökonomisch sinnvoll.⁷² Auch der Bundesrat äußerte Zweifel, ob die gesetzten Hochgeschwindigkeitsbreitbandziele allein über anreizbietende Vorschriften erreicht werden können, und regte stattdessen eine zusätzliche Förderung durch mögliche weitere Erlöse aus Funkfrequenz(bereichs)versteigerungen an.⁷³ Sollen die ambitionierten Ausbauziele hingegen allein durch eine anreizbasierte Strategie erreicht werden, muss diese den Renditeerwartungen von privaten Geldgebern und Investoren genügen.

IV. Die hybride Anreizregulierung des Stromnetzes und der sich aus der energiepolitischen Wende ergebende Anpassungsbedarf

1. Ausbaubedarf

Die Netzstudie II der Deutschen Energie-Agentur (dena) bescheinigt dem deutschen Stromnetz einen schlechten Ausbauzustand. Bis zum Jahr 2020 prognostiziert sie einen Zubaubedarf von 3 600 km Höchstspannungsleitungen bei Verwendung der etablierten 380-Kilovolt (kV)-Freileitungstechnik. Alternative Ausbaumethoden könnten den Bedarf verringern, würden aber zu umfassenden Modernisierungsmaßnahmen

im bestehenden Netz führen.⁷⁴ Der Bedarf resultiert aus verschiedenen Faktoren: Überalterung der Netzstruktur, Installation von „Offshore“-Windenergieparks, die den Nord-Süd-Transport notwendig machen, Zunahme der Stromübertragungsmengen aufgrund der Dezentralität umweltverträglicher Energieerzeugung, Zunahme der Volatilität und ein zu erwartender Anstieg des grenzüberschreitenden Stromhandels. Das Ausmaß des benötigten Zubaus wird vom Bundeswirtschaftsministerium mit dem Infrastrukturausbaubedarf nach der Wiedervereinigung verglichen.⁷⁵ Trotz des drängenden Bedarfs verzögert sich der Stromnetzausbau in Deutschland erheblich. Laut dem Monitoringbericht 2010 der Bundesnetzagentur liegen allein bei bestehenden Netzausbauvorhaben bei 37 von 139 Vorhaben Verzögerungen vor.⁷⁶

In der aktuellen Debatte um die Energiewende in Deutschland ist der Netzausbau als notwendige Grundlage für eine umfassende Nutzung erneuerbarer Energien im Grundsatz unbestritten. Das Gesetzespaket, das geschnürt wurde, um dieser Herausforderung zu begegnen, setzt dabei auf die Einführung eines gänzlich neuen, zweistufigen Planungssystems, wobei die Zuständigkeit für beide Stufen in die Hände der Bundesnetzagentur gelegt wird,⁷⁷ sowie auf die Implementierung neuer Instrumente zur Durchsetzung von Netzausbauprojekten.

2. Grundzüge der Regulierung

Energienetze haben Eigenschaften natürlicher Monopole, so dass sich ihr Betrieb nicht durch Wettbewerb steuern lässt.⁷⁸ Aus diesem Grund wird von § 111 Abs. 1, 2 EnWG die Anwendung des GWB im Bereich der Regulierung des Netzbetriebs ausgeschlossen. Der Bereich unterliegt daher insoweit allein dem Regime der Regulierungsbehörden.

§ 17 Abs. 1 EnWG legt den Netzbetreibern die Verpflichtung auf, diskriminierungsfreien Netzanschluss unter technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen zu gewähren. Wird diese Vorgabe missachtet, kann ein Netzanschlussrecht auferlegt werden. Durch die KraftNAV wurde dieses Recht Kraftwerken ab einer bestimmten Größe gewährt. An die physikalische Verbindung mit dem Netz – den Netzanschluss – schließt sich die Netzzugangspflicht an, welche die Nutzung des Netzes betrifft.⁷⁹ Die §§ 20 ff. EnWG bestimmen, dass und auf welchem Weg der Netzbetreiber diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren hat. Die Entgelterhebung für diesen Netzzugang ist in den §§ 21, 21a, 23a EnWG ausgestaltet, die eine kosten- oder eine anreizbasierte Entgeltbildung ermöglichen.

Um Kosteneinspareffekte zu erzielen, wurde im Jahre 2009 die rein kostenorientierte Regulierung durch eine Anreizregulierung abgelöst (§ 21a EnWG, ARegV). Während der ersten zwei

69 Vgl. hierzu *Kiparski*, N&R 2011, 114, 118.

70 Bundesnetzagentur (Fn. 7), S. 15.

71 Monopolkommission (Fn. 60), BT-Drs. 17/2600, 61.

72 Vgl. OECD, Network Developments in Support of Innovation and User Needs, DSTI/ICCP/CISP(2009)2/FINAL, S. 4.

73 Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 129/11 (Beschluss), 27 f.

74 Deutsche Energie-Agentur, dena-Netzstudie II, 2010, S. 13.

75 BMWi, Eckpunktepapier für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz („NABEG“) – Verfahrensvereinfachung, Akzeptanz, Investitionen, 2011, S. 1.

76 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 30.11.2010.

77 Vgl. hierzu unten, unter 4.

78 *Britz*, in: Fehling/Ruffert (Fn. 15), S. 429, 434.

79 *De Wyl/Thole*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. A., 2011, S. 867, 870.

Regulierungsperioden⁸⁰ wird jeweils für die Dauer von fünf Jahren (§ 3 Abs. 2 ARegV) eine Erlösobergrenze festgesetzt, die mit einer individuellen Effizienzvorgabe verbunden wird. Der Effizienzfaktor wird durch einen Vergleich aller deutschen bzw. im Falle der Übertragungsnetze mehrerer internationaler Netzbetreiber ermittelt. Der Idealwert orientiert sich dabei an den effizientesten Unternehmen („Frontier“-Ansatz),⁸¹ soweit es sich nicht um einen „Ausreißer“, also ein extrem effizientes Unternehmen, handelt (§§ 12 ff. i.V.m. Anlage 3 ARegV). Die als beeinflussbar geltenden Kosten werden durch den Effizienzfaktor errechnet, so dass ineffizientere Unternehmen erst das Effizienzniveau der effizientesten Unternehmen erreichen müssen, um die Erlöse in Höhe der Preisobergrenze realisieren zu können.

3. Mittel der Infrastruktursicherung

Die Infrastruktursicherung ist Gesetzeszweck des EnWG, um Wettbewerb und Versorgungssicherheit zu gewährleisten (§ 1 Abs. 2 EnWG).⁸² Diese Vorgabe spiegelt sich auch in der Praxis der Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Erlösobergrenzen wider. In die Berechnung dieser Grenze fließt ein Eigenkapitalzinssatz ein, der den Mitteleinsatz für Investitionen vergüten soll. Zur Einführung der Anreizregulierung Anfang 2009 wurde dieser Zinssatz auf 9,29% für Neuanlagen und auf 7,56% für Altanlagen vor Steuern festgesetzt. Damit ergaben sich erhebliche Steigerungen zur bis dahin zugestandenen Verzinsung von 7,91% bzw. 6,5%. Der Wert setzt sich aus einem risikolosen Grundbetrag von 4,23%, der dem Durchschnitt der Umlaufrendite der letzten zehn Jahre entspricht, und einem Wagniszuschlag zusammen, die beide noch um einen Aufschlag für Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag zu erhöhen sind. Unter Bezugnahme auf den Wagniszuschlag von 3,59% sowie das angeblich geringe Risiko spricht die Bundesnetzagentur von einer attraktiven Rendite für Investitionen.⁸³ Sie sieht in der Regulierungsentscheidung also einen starken Anreiz für Neuinvestitionen.

Wie gezeigt, wirkt jedoch das Konzept der Anreizregulierung grundsätzlich investitionsfeindlich. Selbst bei einer attraktiven Eigenkapitalverzinsung erbringen Investitionen grundsätzlich erst mit der nächsten Regulierungsperiode eine entsprechende Rendite, da der Kapitaleinsatz erst dann in die Erlösobergrenze einfließen kann. Dies kann je nach Zeitpunkt der Investition bis zu sieben Jahre dauern. Unter diesem Gesichtspunkt ist es wahrscheinlich, dass Investitionen einfach unterlassen werden oder, wenn sie doch durchgeführt werden, zu einem ineffizienten Zeitpunkt realisiert werden, um sie möglichst bald in die Erlösobergrenze einfließen zu lassen.⁸⁴ Um diesem Effekt entgegenzuwirken, stellt die ARegV weitere Mittel zur Sicherstellung der notwendigen Investitionen und des Erhalts der Versorgungssicherheit zur Verfügung: die Qualitätsregulierung, den Erweiterungsfaktor, pauschalierte Investitionszuschläge sowie Investitionsbudgets.

Nach Art. 17 der Stromhandelsverordnung (EG) Nr. 714/2009 besteht grundsätzlich zudem die Möglichkeit, grenzüberschreitende Gleichstromverbindungsleitungen (und in Ausnahmefällen auch Wechselstromverbindungsleitungen oder Kapazitätserhöhungen) von den Vorgaben über die Verwendung der Engpasserlöse sowie von Vorschriften über den Netzanschluss und Netzzugang zu befreien. Die dadurch gewonnenen Freiheiten erweitern den Spielraum des Netzbetreibers und erhöhen dadurch die Attraktivität von umfangreichen, risikoträchtigen Ausbaumaßnahmen, die ohne die Ge-

währung einer Ausnahme nicht getätigt würden. Im Falle der NorGer-Verbindungsleitung zwischen Deutschland und Norwegen etwa wurde eine solche Befreiung – noch gestützt auf die Vorgängerverordnung (EG) Nr. 1228/2003 – erteilt.⁸⁵

a) Qualitätsregulierung

Um der Gewinnsteigerung durch Qualitätseinbußen entgegenzuwirken, bestimmt § 19 Abs. 1 S. 1 ARegV, dass Zu- oder Abschläge auf die Erlösobergrenze vorgenommen werden können, wenn die Netzzuverlässigkeit oder die Netzleistungsfähigkeit vom Normwert abweicht. Führt das Investitionsverhalten des Netzbetreibers zu einer mangelhaften Leistungsfähigkeit oder wird durch Ausbaumaßnahmen ein besonders leistungsfähiges Netz bereitgestellt, führt dies zu einer negativen bzw. positiven Sanktionierung. Somit werden wenigstens Negativanreize verhindert. Da aber der Zuschlag auf die Erlösobergrenze nur qualitative Elemente berücksichtigt, also weder quantitative Aufwertungen noch das Investitionsrisiko einbezieht, wird eine Kompensation der Investitionssumme kaum erreicht werden; ein positiver Anreiz für Investitionen kann durch das Qualitätselement allein nicht gesetzt werden.

b) Erweiterungsfaktor und pauschalierter Investitionszuschlag

Für das Verteilernetz schafft die ARegV zwei verschiedene Instrumente, mittels derer Investitionen sichergestellt und gefördert werden können.

Der Erweiterungsfaktor (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. § 10 ARegV) dient dazu, die Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode anzupassen, wenn sich die Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers nachhaltig ändert. Führt beispielsweise eine Veränderung der Fläche des versorgten Gebiets, der Anzahl der Anschlusspunkte im Stromnetz oder der Jahreshöchstlast zu einer dauerhaften und erheblichen Veränderung, würde die Erlösobergrenze sofort überschritten. Daher muss diese angepasst werden, um die Netzbetreiber für die Investitionen zu kompensieren.⁸⁶ Diese Vorschrift ist Konsequenz aus der Wahl des „Revenue Cap“-Verfahrens. Würden „Price Caps“ verwendet, bedürfte es wegen der Bindung der Entgelte an die abgesetzten Mengen keiner derartigen Regelung. Der Anreiz für das Unternehmen, unter Inanspruchnahme dieses Instruments Investitionen zu tätigen, liegt in der Abschöpfung der damit einhergehenden Eigenkapitalverzinsung. Ist diese entsprechend gewählt, können sich Investitionen durchaus als attraktiv darstellen. Allerdings können Anträge immer nur zum 30. Juni eines Jahres für das Folgejahr gestellt werden (§ 4 Abs. 4 S. 2, § 17 Abs. 3 S. 1 ARegV). Dazu sind nur Istwerte zugrunde zu legen, Planwerte können in keinem Fall herangezogen werden.⁸⁷ Dieser Zeitversatz mindert wiederum die Investitionsattraktivität, die Eigenkapitalverzinsung kann nicht in voller Höhe realisiert werden. Die

⁸⁰ Danach Übergang zu einer „Yardstick-Competition“ mit zweijähriger Periode, vgl. *Groebel*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, § 21a Rn. 20, 56.

⁸¹ Für die Verwendung der durchschnittlichen Effizienz siehe *Ruge*, in: Schneider/Theobald (Fn. 79), S. 1070, 1080 f. m.w.N., 1087.

⁸² Zum Verhältnis der Ziele zueinander vgl. *Ruge* (Fn. 81), S. 1073 f.

⁸³ *Kurth*, Sachstand zur Einführung der Anreizregulierung im Bereich Strom und Gas zum 1. Januar 2009, Sprechzettel v. 7.7.2008, S. 3 f.

⁸⁴ Vgl. die Empfehlungen von *Gerdes/Marquardt/Zöckler*, in: PricewaterhouseCoopers, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 2. A., 2008, S. 436, 463 f.

⁸⁵ Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 25.11.2010.

⁸⁶ *Ruge*, DVBl 2008, 956, 962.

⁸⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – Az. VI-3 Kart 264/09 (V).

bisherige Praxis der Bundesnetzagentur, den Erweiterungsfaktor im ersten Jahr der Regulierungsperiode nicht zu berücksichtigen, wurde indes vom BGH als rechtswidrig eingestuft.⁸⁸

Neben dem Erweiterungsfaktor soll der pauschalierte Investitionszuschlag effiziente Investitionen garantieren. Die Bereitschaft zu Investitionen soll dadurch gefördert werden, dass diese bereits im Jahr der Investition selbst – also nicht mit dem sonst bestehenden Zeitversatz von zwei bis sieben Jahren – in die Erlösobergrenze einfließen.⁸⁹ Allerdings ist der Zuschlag auf 1% der Kapitalkosten beschränkt (§ 25 Abs. 2 ARegV).⁹⁰ Anreize zu größeren Investitionen sind daher ausgeschlossen. Sowieso wird bezweifelt, ob dieses undifferenzierte Instrument geeignet ist, Fehlanreizen entgegenzuwirken, oder ob es nicht eher Mitnahmeeffekte auslöst.⁹¹

c) Investitionsbudgets

Das Hauptinstrument zur Förderung von Investitionen im Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetz ist die Gewährung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV. Hier werden für verschiedene Investitionsprojekte die Kapital- und Betriebskosten mit der Folge genehmigt, dass diese Kosten als nicht beeinflussbare Kosten gelten (vgl. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV). Somit unterliegen diese Investitionsprojekte nicht mehr dem Effizienzvergleich der Anreizregulierung, die Kosten fließen in der genehmigten Höhe ohne Abzug in die Erlösobergrenze ein. Die Investitionsattraktivität wird dadurch gesteigert, dass die Budgets nicht abgeschmolzen werden, wie es mit normalen Investitionen geschieht. Darüber hinaus kann ein Investitionsbudget die Erlösobergrenze auch während der laufenden Regulierungsperiode erhöhen. Die Kosten jeder anderen Investition können erst zur nächsten Regulierungsperiode – im schlechtesten Fall sieben Jahre nach dem Anfall – in die Erlösobergrenze einfließen. Wegen des früheren Kapitalrückflusses werden daher die Kapitalkosten verringert.

Diese Attraktivitätssteigerung trifft aber noch keine Aussage über die absolute Investitionsattraktivität; lediglich in Relation zur sonst anwendbaren Anreizregulierung bestehen Vorteile.⁹² Vielmehr ist die konkrete Ausgestaltung der Budgetgenehmigungen ausschlaggebend für die Wahrscheinlichkeit von Netzausbaumaßnahmen. In diesem Zusammenhang steht die Bundesnetzagentur jedoch in der Kritik, durch ihre Genehmigungspraxis die Ausbaupraktik tendenziell zu verringern:

Zunächst werden die Investitionsbudgets bis zum Abschluss des Investitionsprojektes befristet und umfassen nicht den gesamten Zeitraum der Kostenwirksamkeit der Kapitalkosten.⁹³ Das Projekt wird dementsprechend früher in die normale Anreizregulierung überführt und unterliegt damit der Effizienzvorgabe. Bemängelt wird, dass dieser Praxis die Ermächtigungsgrundlage fehle; die ARegV stütze nach keiner Auslegungsmethode diesen Abzug. Der damit verbundene geringere Kostenrückfluss konterkarriere zudem das bezweckte Ziel der Investitionsfreundlichkeit.⁹⁴

Darüber hinaus zieht die Bundesnetzagentur bei der Bemessung der Kapitalkosten einen pauschalen Investitionsanteil ab. Sie veranschlagt diesen Betrag, um Doppelerkennungen zu vermeiden.⁹⁵ Dies wird als unzulässig und investitionshemmend bewertet, da es zu einer Aushebelung der symmetrischen Grundkonzeption der Anreizregulierung komme.⁹⁶ Diese Praxis wurde mittlerweile gerichtlich überprüft und vom OLG Düsseldorf als rechtswidrig eingestuft.⁹⁷

Schließlich wird die lange Bearbeitungszeit der Genehmigungsanträge als unnötiger Hemmschuh für den Netzausbau angeführt.⁹⁸ Bis Mai 2010 wurde von den gestellten Anträgen mit einem Gesamtvolumen von ca. 15 Milliarden Euro erst ein Volumen von 7,4 Milliarden Euro genehmigt.⁹⁹

Diese Genehmigungspraxis führt insgesamt dazu, dass aus der Sicht der Netzbetreiber die gewährte Rendite von 9,29% nicht als realisierbar erscheint und stattdessen tatsächlich erheblich niedriger ausfällt.¹⁰⁰

d) Bewertung der Regulierungsinstrumente

Das Instrument der anreizbasierten Regulierung ist darauf ausgerichtet, in statischen Märkten einen effizienten Ressourceneinsatz zu geringen Kosten zu gewährleisten. In der gegenwärtigen Ausgestaltung bestehen zwar auch Möglichkeiten, Anreize zu Investitionen zu setzen, jedoch nicht im gebotenen Umfang. Das differenzierte Belohnungs- und Bestrafungssystem der ARegV führt zu erheblichen Unterschieden zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Verzinsung der Eigenkapitalbindung. Von besonderer Bedeutung ist hierfür die zeitversetzte Anerkennung von Investitionsaufwendungen.¹⁰¹ Unter Auswertung verschiedener wirtschaftswissenschaftlicher Gutachten gelangt *Büdenbender* zu dem Ergebnis, dass aufgrund der rechtsstrukturellen Vorgaben eine Rendite in Höhe des festgestellten kalkulatorischen Eigenkapitals von Netzbetreibern, die vollständig den Anforderungen der Anreizregulierung genügen, nicht erreicht werden könne. Diese verfehlten den kalkulatorischen Eigenkapitalzins von 9,25% bzw. 7,56% um mindestens zwei Prozentpunkte.¹⁰² Angesichts des umfassenden Ausbaubedarfs erscheint es zweifelhaft, ob ein System angemessen ist, dessen Fokus derart auf die Herbeiführung einer kosteneffizienten Preisstruktur ausgerichtet ist.

4. Durchsetzung des Netzausbaus

Die neuen gesetzlichen Regelungen zum schnellen Ausbau des Stromnetzes setzen nicht beim Regulierungsrecht an. Stattdessen wurden Mittel für eine zwangsweise Durchführung der Investitionen geschaffen, die am Netzentwicklungsplan anknüpfen.

88 BGH, BeckRS 2011, 18469 (Beschl. v. 28.6.2011 – Az. EnVR 34/10) (= N&R 2011, 205) (in diesem Heft); BeckRS 2011, 18470 (Beschl. v. 28.6.2011 – Az. EnVR 48/10) (= N&R 2011, 212) (in diesem Heft).

89 *Hummel*, in: *Danner/Theobald* (Fn. 18), § 25 ARegV Rn. 8.

90 Bestätigt durch BGH, BeckRS 2011, 18469 (Beschl. v. 28.6.2011 – Az. EnVR 34/10) (= N&R 2011, 205) (in diesem Heft); BeckRS 2011, 18470 (Beschl. v. 28.6.2011 – Az. EnVR 48/10) (= N&R 2011, 212) (in diesem Heft).

91 *Weyer*, in: *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Fn. 4), S. 1290, 1314.

92 *Finger/Ufer*, IR 2010, 253, 254.

93 Bundesnetzagentur, Leitfadens zu Investitionsbudgets nach § 23 ARegV, 2010, S. 11.

94 Vertiefend *Ruge* (Fn. 81), S. 1092 ff.; *Lippert*, RdE 2009, 353, 353 ff.; *Höch*, et 10/2008, 22, 26 ff.; *Rosin/Spiekermann*, et 8/2010, 60, 62 ff.

95 Bundesnetzagentur (Fn. 93), S. 7.

96 Vertiefend *Rosin/Spiekermann*, et 8/2010, 60, 60 ff.; *Höch*, et 10/2008, 22, 24; *Ruge* (Fn. 81), S. 1095 f.

97 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2010 – Az. VI-3 Kart 237/09 (V) (= N&R 2011, 100).

98 *Finger/Ufer*, IR 2010, 253, 254.

99 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 20.5.2010.

100 Sachverständigenrat für Umweltfragen, Sondergutachten: Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, BT-Drs. 17/4890, 297.

101 *Büdenbender*, Die Angemessenheit der Eigenkapitalrendite im Rahmen der Anreizregulierung von Netzentgelten in der Energiewirtschaft, 2011, S. 71 ff.

102 *Büdenbender* (Fn. 101), S. 9 sowie S. 100.

Bisher konnte die Regulierungsbehörde nicht durch die Auferlegung von konkreten Ausbaupflichten bzw. die Sanktionierung von pflichtwidrigem Unterlassen auf die Netzbetreiber einwirken.¹⁰³ Auch die Planung des Netzausbaus lag bisher ausschließlich in der Hand der Netzbetreiber.¹⁰⁴ Bei der Genehmigung von Investitionsbudgets muss die Regulierungsbehörde zwar darauf achten, ob die Maßnahme bedarfsgerecht ist, und kann bei nicht notwendigen Trassen den Antrag ablehnen. Bisher war jedoch keine Bedarfsplanung – wie etwa im Straßenverkehr oder bei den Schienenwegen – vorgesehen. Verantwortlich für ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz sind die Betreiber (§ 11 Abs. 1 EnWG). Der Ausbau hat bedarfsgerecht zu erfolgen (§ 12 Abs. 3 EnWG), worüber regelmäßig Rechenschaft abzulegen ist. Die Bundesnetzagentur kann und muss zwar den Ausbaustand beobachten und darüber berichten sowie in gewissem Umfang den Ausbaubedarf ermitteln; eine konkrete Vorgabe durfte jedoch weder sie noch eine andere staatliche Stelle machen.

Eine tendenzielle Abkehr von dieser Verantwortungsverteilung könnte bereits im EnLAG vom 26. August 2009 gesehen werden, das beschlossen wurde, nachdem die bisherigen gesetzlichen Vorgaben nicht die gewünschte beschleunigende Wirkung hervorgerufen hatten. In einem als Anlage zum EnLAG beschlossenen Bedarfsplan wurde die energiewirtschaftliche Notwendigkeit festgestellt. Die Anlage hat vordringlich Bedeutung für die damit feststehende Planrechtfertigung, so dass deren Nachprüfung in den jeweiligen Planfeststellungsverfahren ausgeschlossen ist.¹⁰⁵

In § 11 EnWG wird nunmehr die Netzausbaupflicht der Netzbetreiber um eine Optimierungs- und Verstärkungspflicht ergänzt. Hingegen findet sich weiterhin keine konkrete Verschärfung der Netzausbaupflicht. Die Sanktionsinstrumente des EnWG finden weiterhin keine Anwendung auf den Verstoß gegen Netzausbaupflichten, so dass das besondere Missbrauchsverfahren oder Schadenersatzansprüche von Dritten nach §§ 31, 32 EnWG in diesem Fall nicht einschlägig sind.¹⁰⁶

Die neuen Gesetzesänderungen führen jedoch zu einer Abkehr von dieser grundlegenden Zuständigkeitsverteilung. Mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften wurde in das EnWG § 12e eingefügt, der die Festsetzung eines Bundesbedarfsplanes vorschreibt. Danach soll der Bundesgesetzgeber mindestens alle drei Jahre auf Vorschlag der Bundesregierung einen Bundesbedarfsplan erstellen. Dieser wird aus dem Netzentwicklungsplan abgeleitet, der von den Netzbetreibern zusammen mit der Bundesnetzagentur verfasst wird. Unmittelbare Rechtsfolge des Bundesbedarfsplans ist zunächst die Feststellung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit und des vordringlichen Bedarfs der umfassten Vorhaben. Daraus ergeben sich Bindungen für die durch das Netzausbaubeschleunigungsgesetz neu eingeführte Bundesfachplanung bzw. für das sich anschließende Planfeststellungsverfahren.

An den Bundesbedarfsplan sind allerdings noch weitere Rechtsfolgen geknüpft. Mit § 65 Abs. 2a EnWG (neu) wird der Regulierungsbehörde das Recht eingeräumt, den Übertragungsnetzbetreiber zur Durchführung der im Netzentwicklungsplan festgelegten Maßnahme unter Festlegung einer Frist aufzufordern, soweit dieser die Investition innerhalb von drei Jahren nicht getätigt hat und nicht durch zwingende, nicht zu vertretende Gründe von der Realisierung abgehalten wird. Kommt der Betreiber dem innerhalb der gesetzten Frist

nicht nach, kann das Vorhaben ausgeschrieben werden. Diese Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 22 Abs. 7 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG, geht in ihrem Anwendungsbereich aber über die Vorgaben hinaus, da sämtliche Transportnetzbetreiber unabhängig von ihrem Entflechtungsgrad von der Regelung betroffen sind.

§ 65 Abs. 2a EnWG (neu) beschränkt sich zwar auf die Möglichkeit, die „Durchführung der betreffenden Investition“ auszuschreiben. Im Zusammenspiel mit Art. 22 Abs. 7 UAbs. 2 der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG ergibt sich aber, dass an das Verfahren vier verschiedene Zwangsmaßnahmen gegen den Netzbetreiber angeknüpft werden können: Finanzierung durch Dritte, Errichtung durch Dritte, Errichtung durch den Netzbetreiber selbst oder Betrieb der Anlage durch den Netzbetreiber selbst. Der Netzbetreiber kann also dazu gezwungen werden, die Leitung errichten zu lassen oder fremdfinanziert selbst zu errichten, um diese dann (in beiden Fällen) betreiben zu müssen.

Diese Regelung wird durch das Netzausbaubeschleunigungsgesetz flankiert. Hier werden für Vorhaben, die länderübergreifende und grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen betreffen, weitere Rechtsfolgen gesetzt. Danach kann der Netzbetreiber – notfalls mittels Zwangsgeld – dazu aufgefordert werden, den erforderlichen Antrag für die Durchführung der Bundesfachplanung und der Planfeststellung zu stellen. Diese Pflicht soll die „zügige Verwirklichung der im Bundesbedarfsplan aufgenommenen Leitungsvorhaben und damit den Ausbau des Übertragungsnetzes sicher[stellen].“¹⁰⁷ Das Planungsverfahren soll in diesen überregional bedeutsamen Projekten also nicht durch die unvollständige Einreichung von Unterlagen behindert werden können.

Somit wird erstmals ein Instrument konstituiert, das eine aktive Netzausbauplanung des Bundes ermöglicht. Zwar haben die Netzbetreiber einen gewissen Einfluss auf die Festlegung der jeweiligen Bedarfstrassen, indem sie der Bundesnetzagentur ihren Netzentwicklungsplan vorlegen; dennoch wird die Regulierungsbehörde schlussendlich entscheiden, welche Investitionen im Plan festgeschrieben werden. Mit dem Drohpotential einer Ausschreibung der Investition kann die Regulierungsbehörde nun die Realisierung erzwingen.

5. Bewertung

Offenkundig sieht der Gesetzgeber einen wesentlichen Grund für den zögerlichen Ausbau des Hochspannungsnetzes in dem unzureichenden Planungs- und Genehmigungsinstrumentarium. Die derzeitige durchschnittliche Verfahrensdauer von zehn Jahren soll sich durch die aktuellen Gesetzesänderungen auf vier bis fünf Jahre verkürzen.¹⁰⁸ Dieses Ziel erscheint vor dem Hintergrund mangelnder Erfahrung mit der zweistufigen Fachplanung als ambitioniert.¹⁰⁹ Denn für die Vorschaltung einer verbindlichen Standort- und Trassenplanung und die Reduzierung der Planfeststellung auf eine bloße Detailpla-

103 Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn.100), BT-Drs. 17/4890, 292 f.

104 Weyer, ZNER 2009, 210 m.w.N.

105 Vgl. hierzu im Einzelnen Schirmer, DVBl 2010, 1349, 1350 ff.

106 Rufin, ZUR 2009, 66, 72.

107 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 342/11, 25, 39.

108 Vgl. die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates, BT-Drs. 17/6249.

109 Sehr kritisch hierzu Durner, DVBl 2011, 853.

nung gibt es keine Referenzmaterie, auf deren Erfahrung zurückgegriffen werden könnte.

Der Gesetzgeber hat mit der Änderung des EnWG und der Schaffung des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes den Netzausbau weiter in die Verantwortung und die Lenkungsbefugnis des Staates überführt und die Marktmechanismen eingeschränkt. Die Möglichkeit, den Ausbau durch eine Anpassung des Regulierungsrahmens zu fördern, wurde hingegen nicht genutzt, obwohl im Eckpunktepapier zum Netzausbaubeschleunigungsgesetz¹¹⁰ noch eine Prüfung der regulatorischen Rahmenbedingungen vorbehalten wurde.

Unabhängig davon, ob staatliche Planung immer zu effizienten und bedarfsgerechten Ergebnissen führt, sollte auch trotz der Neuerungen weiterhin eine Modifizierung des Regulierungsregimes in Betracht gezogen werden: Denn die zwangsweise Durchsetzung der Investitionen durch eine Ausschreibung kann erst nach einem langwierigen Verfahren – drei Jahre nach Feststellung des Netzentwicklungsplanes plus angemessene Frist – erfolgen. Selbst dann ist die Ausschreibung nicht das Ende der Probleme: Auch der Gewinner der Ausschreibung kann die Investition verzögern. Ein zügiger Netzausbau sieht anders aus. Mit geeigneten Anreizen im Rahmen des Regulierungsregimes dagegen wären keine Zwangsmittel notwendig; Zeitverzögerungen auf Seiten des Netzbetreibers wären auszuschließen.

Für die Ausgestaltung solcher Anreize wird eine breite Palette von Maßnahmen vorgeschlagen.

Interessant ist insbesondere die Empfehlung des Sachverständigenrats für Umweltfragen, der Ausschreibungen von dringend benötigten Trassen für ein die bestehenden Netze überlagerndes Verbundnetz („Overlay“-Netz) empfiehlt, die ein feststehendes Nutzungsentgelt für 20 Jahre garantieren.¹¹¹ Die Ausschreibung würde sich in diesem Fall also vor allem auch auf den Betrieb und die damit verbundene Rendite beziehen, und nicht nur – wie in der Gesetzesnovelle festgelegt – auf den Bau der Trassen. Der essentielle Kern dieses Vorschlags liegt in einer Verminderung der Regulierungsintensität – eine (abgeschwächte) Form des Regulierungsverzichts. Die Befreiung von regulatorischen Unwägbarkeiten ist der Schlüssel zu kalkulierbaren Investitionen. Der positive Einfluss von langen Regulierungsperioden beispielsweise ist in Großbritannien – dem Vorreiter im Bereich der Regulierung in Europa – jedenfalls bereits erkannt: Hier wird zu Zwecken der Investitionssicherung die Regulierungsperiode auf acht Jahre hinaufgesetzt.¹¹²

Unabhängig hiervon erscheint eine Änderung der ARegV mit dem Ziel angezeigt, die negativen Auswirkungen der zahlreichen normativen Vorgaben auf die Eigenkapitalrendite auszugleichen, so dass die von der Bundesnetzagentur vorgegebene Eigenkapitalverzinsung von zurzeit 9,29% für Neu- sowie von 7,56% für Altanlagen nicht erst bei einer Übererfüllung der regulatorischen Vorgaben durch die Netzbetreiber und deren Anleger erzielbar ist.

V. Abschließende Bemerkungen

Regulierung steht in einem starken Spannungsfeld verschiedener Interessen. Treten Probleme auf, wird immer wieder der Ruf laut, der Staat solle die Sache einfach selbst in die Hand nehmen und mittels staatlicher Eingriffe Ausbau und Betrieb der Netze übernehmen. Dies läuft den Privatisierungsbestrebungen der letzten Jahrzehnte aber diametral entgegen. Auch in Bereichen wie Planung und Realisierung von Netzausbau sollte der Wettbewerb seine Funktion als Entdeckungsverfahren entfalten können und den Informationsvorteil von Netzbetreibern gegenüber einer staatlichen Planwirtschaft nutzen. Sachgerechte Regulierung muss daher der Schlüssel zu effizienten, sicheren und kostengünstigen Netzen sein. Auch wenn in den Bereichen Telekommunikation und Strom große Herausforderungen zu meistern sind, sollte diese Überlegung nicht aus dem Blick verloren werden.

110 BMWi (Fn. 75).

111 Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn.100), BT-Drs. 17/4890, 297 f.

112 Müller, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 353, 2011, S. 17.



Dr. *Holger Schmitz* ist seit 2001 Partner der Sozietät Noerr LLP am Standort Berlin und einer von zwei Leitern des Fachbereichs Regulatory & Governmental Affairs der Kanzlei. *Holger Schmitz* berät deutsche und internationale Unternehmen in regulierten Branchen in Fragen des Europa-, Verfassungs- sowie Verwaltungsrechts.