

## Das neue Energiewirtschaftsrecht

### Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht

*Bundesnetzagentur; Energiewirtschaftsgesetz, Regulierung, Unbundling; Verbraucherschutz; Versorgungspflicht*

#### I. Zum Gesetzgebungsverfahren und zum Gesetzgebungsstil

Am 13. Juli 2005 ist in Deutschland ein neues Energiewirtschaftsgesetz (EnWiG) in Kraft getreten<sup>1</sup>, es wird ergänzt durch mehrere Verordnungen<sup>2</sup>. Es löst das Energiewirtschaftsgesetz von 1998 ab, das bereits die sog. Liberalisierung einleitete, aber den freien Zugang aller Strom- und Gaslieferanten zu den Netzen von entsprechenden Vereinbarungen abhängig machte und so den Weg zu den bis jetzt praktizierten Verbändevereinbarungen ebnete. Diese schlossen nach verbreiteter Ansicht wirklichen Wettbewerb aus und zementierten die eingefahrene monopolistische Versorgungsstruktur. Wie dem auch sei, die bisherige Regelung stand jedenfalls im Widerspruch zu den europäischen Vorgaben, insbesondere der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 2003<sup>3</sup>, die in Deutschland umgesetzt werden musste. Gefordert war der volle Netzzugang, eine Entflechtung von Energielieferanten und Netzbetreibern sowie die Schaffung einer mit wirksamen Überwachungsbefugnissen ausgestattete Regulierungsbehörde. Damit war der deutsche Gesetzgeber zum Handeln gezwungen, und er ist – nach einigem Tauziehen zwischen Bundestag und Bundesrat – seiner Verpflichtung nun nachgekommen.

Das Ergebnis der gesetzgeberischen Bemühung gibt allerdings zu kritischen Bemerkungen Anlass. Mehr Wettbewerb ist ja im Prinzip nicht schlecht; ob es aber wirklich effektiven Wettbewerb und – wie erhofft – Energiepreissenkungen geben wird, muss als offene Frage gelten. Kernstück der Neuregelung ist die „Regulierung“ des Netzzugangs über die neu geschaffene Bundesregulierungsbehörde.<sup>4</sup> Diese ist eingegliedert in die bereits bestehende Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation in Bonn und nennt sich nun Bundesagentur (§ 54 Abs. 1 EnWiG). Für die Energie-Regulierung sind dieser Behörde bereits 180 (!) Stellen bewilligt, die derzeit sukzessive besetzt werden; mehr Bürokratie ist also in jedem Falle gesichert, zumal noch Landesregulierungsbehörden hinzukommen. Und da es gegen die Maßnahmen der Regulierungsbehörden natürlich

---

1 Veröffentlicht in BGBl I S. 1970 ff.

2 GasNEV, BGBl I S. 2197; GasNZV, BGBl I S. 2210; StromNEV, BGBl I S. 2225; StromNZV, BGBl I, S. 2243.

3 Richtlinie 2003/54/EG vom 26. Juni 2003, ABl L 176. – Einen Überblick über die europäischen Vorgaben liefert Hauer (2004), S. 59 ff.

4 Vgl. neben dem genannten EnWiG das Gesetz über die Regulierungs-Agentur, BGBl I 2005, S. 2009.

Rechtsschutz gibt (beim OLG Düsseldorf und beim Bundesgerichtshof), gehört neben der Verwaltung jedenfalls auch die Berufsgruppe der Rechtsanwälte zu den Gewinnern der Reform. Die Strom- und Gasverbraucher werden dies alles letztlich mitbezahlen müssen, und es ist mehr als fraglich, ob die Wirkungen des Wettbewerbs den Mehrpreis kompensieren können.

Aber das Gesetz selbst wird von denen, die es in ihrem Sinne beeinflusst haben<sup>5</sup> und Anhängern des Wettbewerbsgedankens im ganzen begrüßt; das verwundert nicht. Im übrigen gibt es aber auch kritische Töne, zunächst hinsichtlich der Gesetzesgestaltung<sup>6</sup>, dann aber auch inhaltlich.<sup>7</sup>

Dem Leser des Gesetzes fallen zunächst äußere Mängel auf, die es bei einem neuen Gesetz eigentlich nicht geben sollte.<sup>8</sup> So gibt es viele a-Paragraphen (§ 3a u.s.w.), sogar einen § 21 b. Mehrere Bestimmungen enthalten merkwürdig nummerierte Absätze (1 a) oder (1 b). Einige Vorschriften (§ 34, § 40, § 47) werden als „aufgehoben“ gekennzeichnet, obwohl sie nie in Kraft waren, sondern nur in früheren Entwürfen auftauchten. Offenbar stand keine Zeit für die redaktionelle Überarbeitung zur Verfügung – eigentlich unwahrscheinlich. Oder wollte man dem Publikum die Stückwerkhaftigkeit des Gesetzes (dazu anschließend) deutlich vor Augen führen? Die in Deutschland inzwischen etablierte Gesetzgebungslehre sollte sich vielleicht dieses Falles annehmen.

Im übrigen enthält das neue Gesetz statt der 19 Paragraphen des alten nunmehr 126 Paragraphen, und z.T. solche mit mehreren Seiten Länge. Das Energierecht hat sich also, nimmt man die Verordnungen hinzu, ungefähr verzehnfacht. Und es wimmelt von unbestimmten Rechtsbegriffen, was einen entsprechenden Auslegungsbedarf zur Folge hat. Es gibt schwer lesbare Bestimmungen; viel Streit ist vorprogrammiert.

## II. Ziele und wesentlicher Inhalt des Gesetzes

Das Eigentliche sind aber natürlich Ziel und Inhalt des Gesetzes. Es will, wie gesagt, die Strom- und Gaswirtschaft in dem Sinne liberalisieren, dass alle Energielieferanten an alle potenziellen Abnehmer über den gleichen und fairen Netzzugang „herankommen“. Zur Verhinderung von Diskriminierung ist eine „Entflechtung“ von Netzbetreibern und Energielieferanten („unbundling“) vorgesehen (§§ 6 ff.) und zwar eine rechtliche, operationelle und rechnungsmäßige Entflechtung.<sup>9</sup> Die Trennung der Rechnungen wird wohl gelingen, ob aber im übrigen in unserem familiär-korporatistischen Gesellschafts- und Wirtschaftssystem die institutionelle Entflechtung die gewünschten Wirkungen zeitigen wird, muss abgewartet werden.

---

5 Vgl. dazu Becker (2005), S. 108 f.

6 Vgl. Schöneich (2005), S. 1 (Kommentar), der die Absicht des Gesetzgebers im Prinzip gutheißt, aber Nachbesserungen anmahnt (geschrieben vor der Verkündung des Gesetzes); Becker, a.a.O.; Scholtka (2005), S. 2421 ff.

7 Vgl. Becker, a.a.O.; Scholtka, a.a.O.; Kühne in FAZ v. 29. Juni 2005, S. 7; dens. mit Brodowski (2005), S. 849 ff.

8 Vgl. zu diesem Punkt auch Pott (2005), S. 9.

9 Hinweise auf die komplizierte Einzelproblematik liefert Säcker (2005), S. 85 ff.

Ziel und Kernstück des Gesetzes ist, wie gesagt, der freie Zugang aller Energielieferanten zu den Leitungsnetzen unter gleichen (diskriminierungsfreien) und fairen Bedingungen. Dazu hätte es einer Regulierung der Höhe der Durchleitungsentgelte an sich nicht bedurft; denn wenn alle Wettbewerber den gleichen, wenn auch überhöhten Durchleitungspreis zu zahlen haben, gibt es keine Wettbewerbsverzerrung. Die zusätzlichen Regelungen zur Dämpfung der Höhe der Durchleitungs-(=Netznutzungs-)Entgelte dienen also nicht der Sicherung des Wettbewerbs, sondern dem Schutz der Energieverbraucher. Das Gesetz kombiniert also Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz, und zwar in komplizierter Verschränkung (§§ 20 – 28 a EnWiG, über sechs Seiten enggedruckter Text). Die Kompliziertheit der Regelung erklärt sich z.T. daraus, daß die Nutzungsentgelte zwar reguliert und überwacht, aber nicht behördlich vorgegeben werden, sondern von den Netzbetreibern nach den Kriterien des Gesetzes zu bilden und den Durchleitungsinteressenten zum Zwecke vertraglicher Verständigung über die Durchleitung anzubieten sind. Das wird viel Aufwand mit sich bringen, zumal alle Netzbetreiber demnächst diese Entgeltbildung vornehmen und – das ist entscheidend – der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorlegen müssen (§ 23 a EnWiG). Vermutlich werden die Netzbetreiber in nächster Zeit ausloten, wie sie den Anforderungen des Gesetzes genügen und trotzdem ein auskömmliches Entgelt-Niveau erreichen können. Das im Gesetz vorgesehene Vergleichsverfahren (§ 21 Abs. 3 EnWiG: Vergleich der Entgelte, Erlöse und Kosten der – oder vieler – Netzbetreiber) und die Bezugnahme auf den „effizienten“ Netzbetreiber (§ 21 Abs. 2 EnWiG) greift ja bekanntlich nicht oder nur begrenzt, wenn alle Netzbetreiber geschlossen ein hohes Entgelt-Niveau praktizieren. Wird es Außenseiter unter den Netzbetreibern geben, die dem Vergleichsverfahren zum Erfolg verhelfen? Zusätzlich arbeitet das Gesetz mit der sogenannten Anreizregulierung (§ 21 a EnWiG), dessen Nutzen sich erst noch erweisen muss; vielleicht ist sie ein Modeartikel. Es soll den Netzbetreibern für 2-5 Jahre eine Preisobergrenze vorgegeben werden, wobei der Anreiz darin bestehen soll, dass der Netzbetreiber im Falle von (weiteren) Kosteneinsparungen den entstehenden zusätzlichen Ertrag behalten darf. Er muss ihn aber, soweit er ihn nicht in stillen Reserven verstecken kann, als Gewinn ausweisen, also öffentlich machen. Nach Ablauf der „Regulierungsperiode“ wird er dann wohl zu einer adäquaten Preissenkung gezwungen werden; der Anreiz war also nur ein temporärer.

### III. Zum weiteren Gesetzesinhalt

Auf den übrigen Gesetzesinhalt kann nur kurz hingewiesen werden. Man findet zunächst umfangreiche Begriffsdefinitionen (§ 3) und später viele technische Vorschriften, die für Nicht-Ingenieure schwer lesbar sind. Bemerkenswerterweise ist der Betrieb von Versorgungsnetzen nach wie vor genehmigungspflichtig (§ 4). Im Anschluss an die Entflechtungsvorschriften gibt es einen Abschnitt über „Aufgaben der Netzbetreiber“ (§§ 11 ff.) mit umfangreichen Pflichten zur Bewahrung und zum bedarfsgerechten Ausbau der Netze; man spürt, dass der Gesetzgeber den Netzbetreibern (anders als bisher) nicht traut. Im

Anschluss an die oben angesprochenen Regelungen über den Netzzugang finden sich Vorschriften über die „Befugnisse der Regulierungsbehörde“ und über „Sanktionen“ (§§ 29 ff.). Unter anderem ist den Netzbetreibern „ein Missbrauch ihrer Marktstellung“ verboten (§ 30 Abs. 1), was die Regulierungsbehörde überwacht; etwaigen Missbräuchen von Energielieferanten treten dagegen die Kartellbehörden entgegen (§ 111).<sup>10</sup> Es gibt dann auch Schadensersatzpflichten, Vorteilsabschöpfungen und natürlich ein „Monitoring“ (§ 35).

Auffällig sind die zahlreichen Versorgungspflichten, so die „Grundversorgungspflicht“ für Haushaltskunden (§ 36), die Netzanschlusspflicht (§ 17) und die „Allgemeine Anschlusspflicht“ für Letztverbraucher (§ 18).<sup>11</sup> Offenbar traut der Gesetzgeber dem Wettbewerb doch nicht so ganz, denn normalerweise gibt es in Wettbewerbsbereichen solche Versorgungspflichten nicht. In diesem Zusammenhang verwundern auch die sehr ins Detail gehenden Vorschriften über die Energielieferverträge mit Haushaltskunden (§ 41) und über die „Transparenz der Stromrechnungen“ (§ 42). Weiter gibt es eingehende Regelungen über Planfeststellung, Wegebenutzung, Konzessionsabgaben und die Anforderungen an die Sicherheit der Versorgung (§§ 43 ff.).

Eingehend sind die behördlichen Zuständigkeiten geregelt (§§ 54-64 a, § 111). Auf Drängen der Länder ist die Bundes-Regierungsbehörde (Bundesnetzagentur) nur für die größeren Netze zuständig; für die kleineren Netze (mit weniger als 100 000 Kunden) liegt die Zuständigkeit bei den Landesregulierungsbehörden. Der damit geforderten Behörden-Koordinierung bei der Regulierung dient ein „Länderausschuss“ (§ 60 a sowie § 8 Netzagentur-Gesetz); es besteht die Pflicht zur Zusammenarbeit (§ 64 a). Die Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden ist ebenfalls näher geregelt (§ 58). Im Gesetz folgen ausführliche Vorschriften über das behördliche (§§ 65 ff.) und das gerichtliche Verfahren (§§ 75 ff.), ferner über Sanktionen (§§ 94 ff.).

Mit besonderer Aufmerksamkeit liest der Wissenschaftler die Bestimmung über „Wissenschaftliche Beratung“ der Bundesnetzagentur (§ 64). Gedacht ist an die Einsetzung wissenschaftlicher Kommissionen (Abs. 1) und an „laufende wissenschaftliche Unterstützung“ durch regelmäßige Begutachtung der Entwicklung sowie an die „Aufbereitung und Weiterentwicklung der Grundlagen für die Gestaltung des Netzbetriebs“ u.s.w. (Abs. 2). Man darf gespannt sein, ob und wie das umgesetzt wird.

Insgesamt gewinnt man den Eindruck einer immensen Überregulierung und Überreglementierung. Ob sie das gewünschte Ergebnis bringen wird und sich so der Aufwand lohnt, steht noch in den Sternen. Die Versorgungsunternehmen werden natürlich bemüht sein, ihre Belange zu wahren. Möglicherweise wird sich die Testphase längere Zeit hinziehen, ehe der Erfolg des Gesetzes zuverlässig beurteilt werden kann.

---

10 In diesem Sinne hat das Bundeskartellamt am 19. August 2005 ein Verfahren gegen die beiden größten EVU'en (Eon und RWE) wegen des Verdachts auf missbräuchlich überhöhter Verbraucherpreise eröffnet (nach Presseberichten). Nur, wenn es um den Preisfaktor Netznutzungsentgelt ginge, wären die Regulierungsbehörden zuständig.

11 Wie sich § 34 und § 18 zueinander verhalten, müsste noch ausgelotet werden.

## Literaturverzeichnis

- Becker, Peter (2005), Wer ist der Gesetzgeber in der Energiewirtschaft?, in: Zeitschrift für Neues Energierecht, 9. Jg., S. 108 f.
- Hauer, Andreas (2004), Stand und Entwicklung des Energierechts in der EG und in Österreich, in: Handbuch der österreichischen Energiewirtschaft, Wien
- Kühne, Günther und Christian Brodowski (2005), Das neue Energiewirtschaftsrecht nach der Reform 2005, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 24. Jg., S. 849 ff.
- Pott, Jürgen (2005), Kein wirklich starkes Stück, in: ZfK, 8. Jg., S. 9
- Säcker, Franz Jürgen (2005), Aktuelle Rechtsfragen des Unbundling in der Energiewirtschaft, in: Recht der Energiewirtschaft, o. Jg., S. 85 ff.
- Scholtka, Boris (2005), Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 58. Jg., S. 2421 ff.
- Schöneich, Michael (2005), Liberalisierungslüge, in: Zeitschrift für kommunale Wirtschaft, o. Jg., Nr. 6, S. 1