

## Regulierung

Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbandes  
Öffentliche Dienstleistungen veranstalteten Tagung

mit Beiträgen von

Gerold Ambrosius  
Wolf Gottschalk  
Bodo Herrmann  
Christian von Hirschhausen  
Johann-Christian Pielow  
Günter Püttner

Herausgegeben vom  
Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen  
Berlin 2009

Herausgeber:  
Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen

## Regulierung

Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen am 6./7. Februar 2008 in Machern (Sachs.) veranstalteten Tagung

Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft  
Heft 29

ISBN 3-928615-24-6

Die „Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft“ wurden bisher herausgegeben von der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V. (jetzt i.L.), Sponholzstraße 11, D-12159 Berlin, Telefon (030) 852 10 45, Telefax (030) 852 51 11, E-Mail [info@bvoed.de](mailto:info@bvoed.de), Internet [www.bvoed.de](http://www.bvoed.de)

Sie werden seit 2009 vom Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen – Deutsche Sektion des CEEP e.V. (Anschrift, Telefon, Fax, E-Mail wie oben) herausgegeben.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

Gesamtherstellung: Druckerei H. Schlesener KG, Berlin

Berlin 2009

# Regulierung

Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen am 6./7. Februar 2008 in Machern (Sachs.) veranstalteten Tagung

Inhalt	Seite
Public Corporate Governance: Alter Wein in neuen Schläuchen? Ein Rückblick auf Diskussionen im Wissenschaftlichen Beirat Eröffnungsvortrag <i>Günter Püttner</i>	5
Regulierung öffentlicher Dienstleistungen in historischer Perspektive <i>Gerold Ambrosius</i>	18
Regulierung 2.0 – Theoretische Entwicklungen und Anwendungen aus Infrastruktursektoren <i>Christian von Hirschhausen</i>	39
Informationen und Anmerkungen zur Anreizregulierung <i>Wolf Gottschalk</i>	41
Anreizregulierung in den Energienetzen – gegenwärtiger Stand und Perspektiven <i>Bodo Herrmann</i>	42
Energienetze und Anreizregulierung <i>Johann-Christian Pielow</i>	54
Die Teilnehmer der Tagung	76
Die Referenten/Autoren	77



## Public Corporate Governance – Alter Wein in neuen Schläuchen?

*Stichworte: Historische Entwicklung; öffentliche Aufgabenwahrnehmung; Public Corporate Governance-Kodex; Unternehmenskontrolle; Verhaltensregeln*

*Ist die gegenwärtige Public Corporate Governance-Debatte alter Wein in neuen Schläuchen, oder wird zumindest in Teilen auch neuer Wein produziert? Dieser Frage geht der vorliegende Beitrag unter vorrangiger Orientierung an den Arbeiten, die im Laufe der Jahrzehnte durch den Wissenschaftlichen Beirat der GÖW<sup>1</sup> vorgelegt worden sind, nach. Das Urteil fällt differenziert aus; zumindest teilweise setzt die aktuelle Diskussion neue Akzente und fokussiert in der Vergangenheit ausgeblendete Problemstellungen.*

### I. Einführung – Was ist neu?

Im Rahmen der Diskussionen im Wissenschaftlichen Beirat des BVÖD über das Problem der Nützlichkeit (oder Sinnhaftigkeit) eines Public Corporate Governance-Kodex ist die Frage gestellt worden, was denn wirklich neu sei an der Betrachtungsweise „Corporate Governance“ gegenüber früheren Bemühungen um eine gute und erfolgreiche Unternehmensführung. Es geht also darum, ob nur der alte Wein in neue Schläuche gegossen oder – zumindest teilweise – neuer Wein geschaffen wird.

Für die Wirtschaft, insbesondere die private Wirtschaft, ist diese Frage nicht leicht zu beantworten; es bedürfte einer eingehenden Recherche. Man wird aber bei aller Vorsicht feststellen können, dass zwar das Grundproblem der guten Unternehmensführung das alte geblieben ist, dass aber durch neue Erfahrungen, neue Entwicklungen wie die Globalisierung und veränderte Rahmenbedingungen zu Ergänzungen und Erweiterung der Governance-Regeln Anstoß geben und gegeben haben. Gegenüber früheren Überlegungen zu gutem Management ist vor allem eine Akzent-Verschiebung zu verzeichnen. Es geht jetzt nicht mehr nur

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Günter Püttner ist Stellv. Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats des BVÖD.  
<sup>1</sup> Seit 01.01.2008 des BVÖD.

um eher interne Klugheitsregeln, sondern um die Schaffung von Vertrauen bei den Kapitalanlegern durch adäquates Verhalten und entsprechende Transparenz. Im Einzelnen soll dem hier nicht nachgegangen werden.

Für den öffentlichen Bereich und insbesondere die öffentlichen Unternehmen stellt sich die Frage nach dem „Neuen“ zunächst in ähnlicher Weise, aber es treten natürlich die besonderen Fragen, die mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Unternehmen zusammenhängen, ganz maßgeblich hinzu. Mit diesen Fragen haben sich in der Vergangenheit im Wesentlichen der Wissenschaftliche Beirat der GÖW<sup>2</sup> und dessen Mitglieder beschäftigt, nur vereinzelt auch andere Wissenschaftler. Vor allem im Denken der meisten Wirtschaftswissenschaftler bildeten die Probleme öffentlicher Unternehmen kein Thema.

Was die Arbeit des Wissenschaftlichen Beirats an dieser Problematik betrifft, so lässt sich anhand der jetzt vorgelegten Referate zu Public Corporate Governance im Vergleich mit früheren Arbeiten des Beirats gut feststellen, wie viel neu ist und wie viel früher längst schon bekannt, diskutiert und fixiert war. Erschwert wird die Beurteilung allerdings dadurch, dass sich die Sprachregelung, die Terminologie und auch manche Akzentsetzung gewandelt haben und im ständigen Wandel befinden. Manches mag früher in der Sache bereits gesagt worden sein, aber in neuerer Formulierung und Blickrichtung kann es doch zumindest punktuell auch neu sein.

Es stellt sich konkret die Frage, was von dem, das heute unter Corporate Governance eingeordnet wird, bereits früher im Wissenschaftlichen Beirat behandelt, insbesondere auch publiziert worden ist. Zuvor muss allerdings geklärt werden, was im Einzelnen unter Corporate Governance fällt und was nicht. Würde alles, was irgendwie die Führung oder gar Stellung öffentlicher Unternehmen berührt, darunter gefasst, so hat sich der Beirat stets nur damit beschäftigt. Aber dann wäre wenig gewonnen und der Begriff Corporate Governance ins Konturenlose verflüchtigt. Eine Eingrenzung oder Präzisierung des Begriffs ist deshalb erforderlich.

---

<sup>2</sup> Siehe Fußnote 1.

## II. Zum Begriff Corporate Governance

Eine allgemein anerkannte Definition des Begriffs Corporate Governance gibt es nicht. Es besteht aber doch weitgehend Einigkeit, dass es um Verhaltensregeln oder Verhaltensstandards für die Unternehmensführung und -überwachung geht, und zwar im Prinzip um solche Regeln, die nicht bereits im Gesetz stehen, sondern zusätzlich als Standards für gute Unternehmensführung zur Geltung kommen sollen.

Zu unterscheiden ist allerdings zwischen der Corporate Governance-Diskussion im Allgemeinen und der Frage des Corporate Governance-Kodex. Die allgemeine wissenschaftliche Debatte darf nicht auf Kodexgeeignete Verhaltensregeln begrenzt bleiben, sondern soll die gute und richtige Unternehmensführung umfassend behandeln, aber auch Fragen der Unternehmensverfassung und interner Strukturen, z.B. Konzernstrukturen, aufgreifen.

Wenn es aber um den (oder einen) Corporate Governance-Kodex geht, empfiehlt sich eine Eingrenzung oder genauer eine Konzentration auf solche Verhaltensregeln für die beteiligten Akteure in den Unternehmensorganen, die verpflichtenden Charakter tragen und eingefordert werden können. Denn der Kodex dient – zumindest im privaten Bereich – dazu, Vertrauen in die Unternehmensführung bei privaten Anlegern zu erzeugen. Wenn etwas schief geht, müssen sich die Akteure, insbesondere Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, an den Kodex-Regeln messen lassen und sich entsprechend verantworten. Überspitzt gesagt, darf die Ausrede von Managern, nicht sie, sondern die „Strukturen“ seien Schuld, nicht anerkannt werden. Deshalb sind verbindliche Verhaltensregeln gefordert einschließlich Anforderungen an die Lauterkeit.

In diesem Sinne ist für die privaten (Groß-)Unternehmen ziemlich rasch nach dem Aufkommen der Corporate Governance-Debatte ein Corporate Governance-Kodex erarbeitet worden<sup>3</sup>. Er gilt allgemein als Empfehlung, besitzt aber für börsennotierte Aktiengesellschaften Verbindlichkeit.<sup>4</sup> In der Präambel dieses Kodex wird Corporate Governance gekennzeichnet als eine Sammlung von „Vorschriften zur Leitung und Überwachung von Unternehmen“ einschließlich „international anerkannten Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung“.

---

<sup>3</sup> Er datiert vom 30.05.2003 u. gilt jetzt i.d.F. v. 14.06.2005.

<sup>4</sup> Nach § 161 AktG ist er von börsennotierten Aktiengesellschaften zu beachten. Der Kodex ist deshalb in allen Kommentaren zum Aktiengesetz bei § 161 abgedruckt; vgl. auch *Hommelhoff u.a. (2003)* u. *Ringle u.a. (2008)*.



Im Einzelnen enthält der Kodex nach der Präambel einige Bestimmungen über das Wirken der Aktionäre, z.B. über die Einladung zur Hauptversammlung. Der folgende, längere Abschnitt über das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat normiert Informations- und Behandlungspflichten, befasst sich aber auch mit der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder. Der nächste Abschnitt regelt besondere Pflichten der Vorstandsmitglieder (z.B. bei Interessenkonflikten sowie deren Vergütung und die Behandlung von Nebentätigkeiten). Der Abschnitt über die Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder geht auf die Überwachungspflichten, die Vergütungen usw. näher ein und legt z.B. fest, dass Bericht zu erstatten ist, wenn ein Aufsichtsratsmitglied an weniger als der Hälfte der Sitzungen des Jahres teilgenommen hat. Es folgen zwei Abschnitte über Transparenz und Rechnungslegung. Damit ist ein auch für den öffentlichen Bereich bedeutsamer Rahmen von Corporate Governance abgesteckt.

Bezüglich Public Corporate Governance gibt es bisher ebenfalls keine allgemein anerkannte Festlegung. Man wird aber, besonders was die thematische Breite angeht, von dem behandelten Kodex ausgehen können und dann fragen müssen, welche Abweichungen und Ergänzungen für den öffentlichen Bereich anzubringen sind. Insbesondere geht es hier auch um Verhaltensregeln für die Akteure auf Seiten der Unternehmensträger, für die Beteiligungsverwaltungen und für die „Betätigung des Bundes (bzw. Staates) bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts“<sup>5</sup>. Bezugspunkt sind aber immer öffentliche Unternehmen. Die Regeln für eine gute Regierungsführung allgemein, gewöhnlich „Good Governance“ genannt<sup>6</sup>, reichen weit darüber hinaus und berühren öffentliche Unternehmen kaum. Sie werden deshalb beiseite gelassen.

Ziel eines Kodex für öffentliche Unternehmen sollte die Verbesserung der Steuerung und Überwachung der Unternehmen im Interesse der Träger und der Öffentlichkeit<sup>7</sup> sein, weshalb z.B. die Forderung nach Transparenz eine wichtige Rolle spielt. Es sollte deshalb nicht einen einheitlichen Kodex für alle öffentlichen Unternehmen geben, sondern deren Verschiedenheit angemessen Berücksichtigung finden.

---

<sup>5</sup> § 92 Bundeshaushaltsordnung (BHO).

<sup>6</sup> *Dolzer u.a. (2007)*.

<sup>7</sup> Derzeit gibt es trotz einiger Schieflagen bei öffentlichen Banken beachtliches Vertrauen der Öffentlichkeit in die Führung öffentlicher Unternehmen, wie der Bürgerentscheid gegen Privatisierung am 27.01.2008 in Leipzig belegen kann.

### III. Frühe Arbeiten des Wissenschaftlichen Beirats

In der frühen Phase seines Wirkens (1954 bis 1965) hat sich der Wissenschaftliche Beirat, soweit ersichtlich, mit Corporate Governance-Fragen nicht beschäftigt. Es ging vielmehr teils um die öffentlich-wirtschaftlichen Ziele, teils um die Besteuerung öffentlicher Unternehmen und auch um den Weg nach Europa. Grundlagen wurden durchaus behandelt, z.B. eine Bibliographie erarbeitet und terminologische Fragen (im Terminologie-Ausschuss) diskutiert. Aus heutiger Sicht fallen das (damals übliche) Lob der friedlichen Nutzung der Atomenergie und die Kritik an der Privatisierung des Volkswagenwerks besonders auf.

Das Einzige, was einen Bezug zu Corporate Governance aufweist, ist der „Entwurf eines Gesetzes über öffentliche Unternehmen“, vorgelegt 1954 von Friedrich Zeiss im Auftrag der GÖW. Aber es handelt sich, wie gesagt, um einen Gesetzesvorschlag, der für Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Form eine Verfassung vorsah, ähnlich der von Sparkassen und Landesbanken nach dem Sparkassengesetzen. Darüber hinausgehende Verhaltensregeln enthält der Entwurf nicht. Er ist auch offenbar im Wissenschaftlichen Beirat nicht diskutiert, sondern nur zur Kenntnis genommen worden.<sup>8</sup>

Im Anschluss an diese erste Phase der Beiratsarbeit standen mehrfach Fragen der Finanzierung öffentlicher Unternehmen zur Debatte (1967, 1968), allenfalls jedoch mit losem Bezug zu Corporate Governance.

In den Jahren 1968/1969 ging es in mehreren Sitzungen um die Ziele öffentlicher Unternehmen. Diskutiert wurden die von Karl Oettle und Theo Thiemeyer dazu vorgetragenen Thesenpapiere.<sup>9</sup> Darin finden sich zwei Passagen mit loser Berührung zu Corporate Governance, aber keine expliziten Aussagen zu diesem Thema. In Diskussionen dazu standen auch die Besonderheiten öffentlicher Unternehmen im Vordergrund, von denen (schon) seinerzeit viele Manager in den öffentlichen Unternehmen nichts wissen wollten.

### IV. Die Phase 1970 bis 1985

Die Phase der Beiratsarbeit von 1970 bis etwa 1985 ist am Anfang durch einen Neubeginn gekennzeichnet. Dr. Paul Münch, Praktiker aus dem

---

<sup>8</sup> Dabei mag eine Rolle gespielt haben, dass dem – damals sehr kleinen – Wissenschaftlichen Beirat kein Jurist angehörte.

<sup>9</sup> Oettle/Thiemeyer (1969a, 1969b u. 1969c).

Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU), wurde Vorsitzender. Er bemühte sich um eine Intensivierung der Beiratsarbeit. Sukzessive wurden viele neue Mitglieder in den Beirat berufen; die alten Mitglieder zogen sich fast ganz zurück. Außerdem wurden in dieser Zeit die Gewerkschaften Mitglieder (und maßgebende Förderer) der GÖW, die dann auch einige Zeit „Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft“ hieß; sie beteiligten sich an den wissenschaftlichen Diskussionen in der GÖW und im Wissenschaftlichen Beirat. Die Beiratsarbeit selbst vollzog sich nun teilweise, später weitgehend in den jeweils vom Beirat gebildeten Arbeitskreisen, die meistens ihre Arbeiten mit einem Sammelband abschlossen. Das Plenum des Beirats beschränkte sich auf grundsätzliche Fragen und auf die Überprüfung der Ergebnisse der Arbeitskreise. Jährlicher Höhepunkt der Beiratsarbeit war aber seit 1972 die vom Aschermittwoch bis Freitag dauernde Tagung in Emmershausen im Taunus.

Auf einer dieser Tagungen (1975) stand das Thema Mitbestimmung in öffentlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen zur Diskussion.<sup>10</sup> Damals war dies ein heikler Punkt, und bei öffentlichen Unternehmen wurden Einbußen bei der Verfolgung der öffentlich-wirtschaftlichen Ziele zugunsten einseitiger Interessen des Personals befürchtet, andere hofften sich im Gegenteil deren bessere Verwirklichung. Eine Einigung gab es nicht, die Sache blieb strittig. Beziehungen zum Corporate Governance-Prinzip sind nur mit Mühe zu erkennen. Man ging und geht davon aus, dass die Repräsentanten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die Vertreter der Anteilseigner, hier der öffentlichen Hand, aber welches diese Rechte und Pflichten im Einzelnen sein sollten, wurde damit nicht entschieden.

Erwähnenswert ist ferner eine Stellungnahme des Beirats aus dem Jahre 1977 unter Federführung von Peter Eichhorn zur Leistungsfähigkeit öffentlicher Unternehmen<sup>11</sup>, denen ja bekanntlich von ordoliberalen Seiten ständig Ineffizienz vorgeworfen wurde. Diese Vorwürfe wurden in der Stellungnahme im Einzelnen, und zwar für die Hauptbereiche der öffentlichen Wirtschaft (Verkehr, Versorgung usw.), aufgeführt und gewürdigt. Entsprechend wurden unberechtigte Vorwürfe zurückgewiesen, aber es wurden auch Mängel vor allem bei der Kundenbehandlung eingeräumt. Es blieben auch Fehler des öffentlichen Trägers (mangelhafte Zielvorgabe) und des Managements (Orientierung an der Privatwirtschaft) nicht unerwähnt. Der Blick richtete sich insbesondere auf Möglichkeiten von Leistungsverbesserungen. Gefordert wurden die Konkretisierung der

---

<sup>10</sup> GÖWG (1976).

<sup>11</sup> GÖWG (1977).

Unternehmensziele, eine Intensivierung der Arbeit im Aufsichtsrat/Verwaltungsrat und im Vorstand sowie mehr Motivierung des Personals. Beispielsweise sollte es Belohnungen für bürgerfreundliches Verhalten geben. Auch finanzielle Maßnahmen zur Leistungsverbesserung (z.B. trägerunterstützte Marktfinanzierung) wurden vorgeschlagen, ferner Leistungsverbesserungen durch Forschung, Öffentlichkeitsarbeit und Verbraucherschutz. Schließlich sollten bessere Effizienzkontrollen, z.B. durch gemeinwirtschaftliche Unternehmensrechnungen, eingeführt werden. Zumindest teilweise sind damit Grundsätze des Bereichs Corporate Governance angesprochen worden.

Als wesentlichster Beitrag zu Corporate Governance in jener Zeit ist aber die ausführliche Behandlung der Kontrolle öffentlicher Unternehmen anzusehen.<sup>12</sup> Vorbereitet wurden die Empfehlungen und Beiträge von einer Arbeitsgruppe unter Leitung von Achim von Loesch. Die Fülle der Beiträge kann nicht im Einzelnen wiedergegeben werden, aber die wichtigsten Akzente seien vermerkt. Am Anfang des ersten Bandes stehen – nach Thiemeyers Einführung – zwei mit einer Begründung versehene Empfehlungen des Beirats. Die erste Empfehlung fordert, dass angesichts der Vielfalt der Überwachungsaufgaben „Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung öffentlicher Unternehmen“ formuliert werden sollen. Das ist Kern von Public Corporate Governance. Die zweite Empfehlung verlangt im Interesse von mehr Transparenz von den Ländern die Vorlage von Beteiligungsberichten, eine sehr moderate Forderung.

Im Übrigen enthält der erste Band sieben Beiträge von einzelnen Autoren, wie seitdem im Beirat üblich. Den Anfang macht der Überblick über Terminologie und Typologie der Unternehmenskontrolle aus der Feder von Peter Eichhorn. Er macht deutlich, dass Kontrolle (bzw. Controlling) auch Steuerung umfasst, sodass aus heutiger Sicht (fast) das ganze Spektrum von Corporate Governance erfasst ist. Es folgen Beiträge zum Stand der Kontrolle im Bund (Fritz Knauss), in den Ländern (Karlheinz Eckert) und auf kommunaler Ebene (Heinz Bolsenkötter). Dies sind hochinteressante, mit Fakten unterlegte Schilderungen. Es schließt sich ein Beitrag von Wolf-Dieter Becker zu „Kontrollinstrumenten bei öffentlichen Banken und Sparkassen“ an, der auf die Besonderheiten dieses Sektors näher eingeht. Sodann erläutert Erich Potthoff anhand von zehn Thesen, wie die Überwachung in Aktiengesellschaften gestattet sein sollte. Der Text liest sich über weite Strecken wie ein Corporate Governance-Lehrbuch. Abschließend arbeitet Günter Püttner auf dem Hintergrund damaliger Skandale die Maßstäbe für die Verantwortung und die

---

<sup>12</sup> GÖWG (1980 u. 1982).

Sorgfaltspflichten der Mitglieder von Überwachungsgremien im Einzelnen heraus. Vieles davon findet sich heute im Corporate Governance-Kodex.

Der zweite Band beginnt mit Empfehlungen des Wissenschaftlichen Beirats, zwei auf der Grundlage der Beiträge des ersten Bandes und sechs gemäß den Beiträgen des zweiten Bandes. Die ersten Empfehlungen wiederholen die schon im ersten Band enthaltenen Forderungen nach der Formulierung von Grundsätzen ordnungsmäßiger Überwachung öffentlicher Unternehmen und nach der Schaffung von Beteiligungsberichten in den Ländern. Die Schlussfolgerungen und Empfehlungen auf der Grundlage des zweiten Bandes würdigen den bereits erfolgten Ausbau der Kontrollsysteme bei öffentlichen Unternehmen und fordern insbesondere klarere Zielvorgaben im Interesse der „politischen Kontrolle“, die Berufung der Unternehmensleitungen nach fachlicher Qualifikation, eine entsprechende Besetzung der Aufsichtsratsgremien und die Nutzung des Elements der Kontrolle der Unternehmen durch die Öffentlichkeit.

Im Übrigen enthält der zweite Band zwölf Einzelbeiträge verschiedener Autoren zu unterschiedlichen Kontrollthemen. An den Überblick aus rechtlicher Sicht (Albert von Mutius) schließt sich ein Hinweis auf die Grenzen der Kontrollmöglichkeiten an (Achim von Loesch). Die folgenden Beiträge von Gerhard Himmelmann und von Gert von Eynern/Gerhard Himmelmann beleuchten die Problematik der Kontrolle aus politik- und sozialwissenschaftlicher Sicht und gelangen zu ähnlichen Schlussfolgerungen wie die Eingangsempfehlungen. Über den nationalen Rahmen hinaus greifen die Beiträge von Karl Kühne (Kontrolle in anderen Ländern ex ante und ex post) und von Günter Püttner (zur EG-Transparenzrichtlinie). Das Thema ex ante-Kontrollen wird vertieft von Erich Potthoff. Sodann werden spezielle Aspekte angesprochen, so durch Peter Friedrich (Sunset-Konzept), durch Karl Oettle (Kontrolle von Monopolbewirtschaftung), durch Hartmut Tofaute (Kontrolle durch Mitbestimmung) und durch Rudolf Eiermann (Verbraucherschutz). Der Band schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse aus der Feder Achim von Loesch.

Einige Ergänzungen zu diesen Bänden, die Corporate Governance zumindest punktuell berühren, finden sich in dem federführend von Paul Münch und Günter Püttner erarbeiteten Gutachten „Zum Problem der Aufgabenverlagerung auf öffentliche Unternehmen“.<sup>13</sup> Angesprochen

---

<sup>13</sup> GÖWG (1984).

wird die Verselbständigung vieler öffentlicher Einrichtungen und Unternehmen, wie sie sich entwickelt haben. Es werden dann die Vor- und Nachteile der Verlagerung von Aufgaben auf solche Unternehmen behandelt, und zwar auf der Grundlage der im wissenschaftlichen Schrifttum vorgefundenen Überlegungen. Ziele und Wirkungen der Aufgabenverlagerung werden im Einzelnen analysiert und abschließend Beispiele angeführt.

Hinzuweisen ist weiter besonders auf den Sammelband „Öffentliche Bindung von Unternehmen. Beiträge zur Regulierungsdebatte“, das Gert von Eynern gewidmet ist.<sup>14</sup> Die darin enthaltenen Anregungen bezüglich Corporate Governance gehen zwar nicht wesentlich über die in den Kontrollbänden niedergelegten hinaus, bieten aber viele Ergänzungen und Vertiefungen. Es geht zwar vorrangig um staatliches Eingreifen durch Regulierung und um deren Effekte auf dem Hintergrund der Regulierungsdebatte in den USA. Aber das unternehmerische Verhalten und die Unternehmenskontrolle sind doch immer wieder in die Betrachtung einbezogen.

Zusammenfassend lässt sich mit der nötigen Bestimmtheit sagen, dass in den behandelten Arbeiten aus der Zeit 1980 bis 1985 eigentlich alles deutlich angesprochen wurde, was heute unter Corporate Governance fällt. Es ist somit durchaus alter Wein, der jetzt – mit mehr englischem Vokabular gewürzt – in neue Schläuche gefüllt wird, wenn auch mit einigen Fortentwicklungen. Das muss nichts Schlechtes sein, denn ab und zu sollten alte Grundsätze auf ihre Aktualität hin überprüft werden. Der Wissenschaftliche Beirat kann aber für sich in Anspruch nehmen, bereits vor 25 Jahren das Wesentliche zum Thema Corporate Governance diskutiert und dokumentiert zu haben.

## **V. Die Zeit von 1985 bis zum Beginn der Corporate Governance-Debatte**

In der Zeit seit 1985 schob sich überall die Diskussion um die Privatisierung der öffentlichen Unternehmen in den Vordergrund. Der Wissenschaftliche Beirat der GÖW hat dieses Thema verständlicherweise immer wieder aufgegriffen<sup>15</sup>, auch im Hinblick auf bestimmte Unternehmen.<sup>16</sup> Die Befürworter der Privatisierung gingen meistens davon aus, dass private Unternehmen effizienter arbeiteten, insbesondere auch in-

---

<sup>14</sup> *Thiemeyer u.a. (1983).*

<sup>15</sup> *Brede (1988); GÖW (1994).*

<sup>16</sup> *GÖW (1988).*

folge besseren Managements. So gab es in der Privatisierungsdebatte immer wieder Beiträge zur Corporate Governance-Thematik, aber eine explizite, grundsätzliche Aufarbeitung dieses Problemkreises erfolgte nicht.

Im übrigen gab es überall und auch im Wissenschaftlichen Beirat eine Tendenz zur Befassung mit speziellen Thematiken vom Nahverkehr bis zu den Dienstleistungen in der EU und Finanzierungsfragen. Dort tauchen Corporate Governance-Gesichtspunkte allenfalls am Rande auf. Etwas deutlicher traten solche Aspekte in verschiedenen Beiträgen der Gedenkschrift für Theo Thiemeyer unter dem Titel „Standortbestimmung öffentlicher Unternehmen in der Sozialen Marktwirtschaft“ hervor<sup>17</sup>, ebenso in den Beiträgen zu Public Private Partnership.<sup>18</sup> Besonders hervorzuheben ist aber der von Dietrich Budäus herausgegebene Band „Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung“, in dem neben Grundfragen des Organisationswandels Fragen des Beteiligungsmanagements und der Rechtsformen angesprochen sind.<sup>19</sup>

So lässt sich zusammenfassend feststellen, dass das Interesse an Fragen der Unternehmensführung und -überwachung in den Jahren von 1985 bis zum Beginn der Corporate Governance-Debatte nicht erloschen war, aber keine besondere Akzentuierung erfuhr.

## VI. Resümee und Ausblick

Etwa mit dem Jahr 2000 muss der Bericht über die frühere Befassung mit dem Corporate Governance-Thema enden, weil dann die bis heute andauernde neuere Diskussion über diese Thematik einsetzte. Im privaten Sektor hat sie sich im erwähnten Kodex von 2003 niedergeschlagen, im öffentlichen Sektor steht das Ergebnis noch aus. Früher wie jetzt hat es zahlreiche Arbeiten und Stellungnahmen zu der Thematik aus unterschiedlichen Richtungen gegeben.<sup>20</sup> Und die Diskussion wird aller Voraussicht nach weiter andauern.

---

<sup>17</sup> Eichhorn/Engelhardt (1994).

<sup>18</sup> Budäus/Eichhorn (1997); Budäus (2006); GÖW (2004).

<sup>19</sup> Budäus (1998).

<sup>20</sup> Aus dem Umfeld des Wissenschaftlichen Beirats sind insbesondere Aufsätze in der Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen (ZöGU) und früher in der Zeitschrift „Die öffentliche Wirtschaft“ (DÖW) zu erwähnen, ferner die „Schriftenreihe zur öffentlichen Verwaltung und zur öffentlichen Wirtschaft“, hrsg. von Peter Eichhorn und Peter Friedrich. Manchmal wurden auch im Wissenschaftlichen Beirat behandelte Themen an anderer Stelle publiziert, vgl. als Beispiel Hirsch/Püttner (1977).

Für den privaten Bereich, zumindest für börsennotierte Aktiengesellschaften, kann bereits die Frage gestellt werden, ob und wie sich der Kodex bewährt hat. Die Vorkommnisse und Skandale der letzten Jahre lassen Zweifel daran aufkommen, ob eine bejahende Antwort am Platz ist oder ob nicht zusätzliche Standards erforderlich sind. Für den öffentlichen Bereich ist daraus die Folgerung zu ziehen, dass der Kodex nicht einfach übernommen werden sollte, sondern eine gründliche Behandlung der Problematik angezeigt ist.

Jedenfalls kann für den öffentlichen Bereich die Ausgangsfrage nach dem alten Wein in neuen Schläuchen nicht dezidiert mit ja oder nein beantwortet werden. Überwiegend ist es zwar, wie anhand der Arbeiten des Wissenschaftlichen Beirats nachgewiesen, alter Wein, der neu abgefüllt wird. Verglichen mit den aufgeführten früheren Arbeiten hat dieser jedoch soviel Erweiterungen und Ergänzungen sowie neue Akzentuierungen erfahren, dass von einem guten Schuss neuen Weines gesprochen werden muss. Als Beispiel sei die Betonung des früher kaum genannten Transparenz-Prinzips genannt.<sup>21</sup> Wie schon gesagt, lässt sich dieser Befund im Wesentlichen positiv deuten: Nicht alles ist neu, aber das Altbekannte muss doch neu überdacht, aktualisiert und zeitgerecht ergänzt werden. Daran lohnt es sich zu arbeiten.

## Literaturverzeichnis

**Brede (1988):** Helmut Brede (Hrsg.), Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, H. 29, Baden-Baden 1988.

**Budäus (1998):** Dietrich Budäus (Hrsg.), Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, H. 44, Baden-Baden 1998.

**Budäus (2006):** Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt. Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, H. 54, Baden-Baden 2006.

**Budäus/Eichhorn (1997):** Dietrich Budäus u. Peter Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, H. 41, Baden-Baden 1997.

**Dolzer u.a. (2007):** Rudolf Dolzer, Matthias Herdegen u. Bernhard Vogel (Hrsg.), Good Governance: Gute Regierungsführung im 21. Jahrhundert, Freiburg 2007.

---

<sup>21</sup> Papenfuß (2008); Theuvsen/Frentrup (2008).



- Eichhorn/Engelhardt (1994):** Peter Eichhorn u. Werner Wilhelm Engelhardt (Hrsg.), Standortbestimmung öffentlicher Unternehmen in der Sozialen Marktwirtschaft. Gedenkschrift für Theo Thiemeyer, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, H. 35, Baden-Baden 1994.
- GÖW (1988):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Postreform: Marktorientierung und öffentlicher Auftrag, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 31, Baden-Baden 1988.
- GÖW (1994):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft, H. 13, Berlin 1994.
- GÖW (2004):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft H. 21, Berlin 2004.
- GÖWG (1976):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Mitbestimmung in öffentlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen: Eine Diskussion im Wissenschaftlichen Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 12, Berlin 1976.
- GÖWG (1977):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Zur Leistungsfähigkeit öffentlicher Unternehmen. Beispiele und Ursachen für Leistungseinschränkungen sowie Möglichkeiten von Leistungsverbesserungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 15, Berlin 1977.
- GÖWG (1980):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen. Band 1, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 17, Baden-Baden 1980.
- GÖWG (1982):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen. Band 2, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 20, Baden-Baden 1982.
- GÖWG (1984):** Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hrsg.), Zum Problem der Aufgabenverlagerung auf öffentliche Unternehmen. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 27, Baden-Baden 1984.
- Hirsch/Püttner (1977):** Hans Hirsch u. Günter Püttner (1977), Gedanken zur Neuordnung der industriellen Bundesunternehmen, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 6. Jg. (1977), S. 482 ff.
- Hommelhoff u.a. (2003):** Peter Hommelhoff, Klaus J. Hopt u. Axel v. Werder, Handbuch Corporate Governance, Köln 2003.
- Oettle/Thiemeyer (1969a):** Karl Oettle u. Theo Thiemeyer, Thesen über die Unterschiede zwischen privatunternehmerischen und öffentlich-wirtschaftlichen Zielen, in: Die öffentliche Wirtschaft, 18. Jg. (1969), H. 1.

- Oettle/Thiemeyer (1969b):** Karl Oettle u. Theo Thiemeyer, Thesen über die Unterschiede zwischen privater Absatzpolitik und öffentlicher Angebotspolitik, in: Die öffentliche Wirtschaft, 18. Jg. (1969), H. 2, S. 37-41.
- Oettle/Thiemeyer (1969c):** Karl Oettle u. Theo Thiemeyer, Thesen über Kriterien der Finanzierung öffentlicher und privater Unternehmen, in: Die öffentliche Wirtschaft, 18. Jg. (1969), H. 3, S. 77 ff.
- Papenfuß (2008):** Ulf Papenfuß, Public Corporate Governance Kodizes – Implementierungsprobleme, Wirkungspotenziale und Reformvorschläge, in: Public Corporate Governance: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Christina Schaefer u. Ludwig Theuvsen (Hrsg.), Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 36, Baden-Baden 2008, S. 115-130.
- Ringleb u.a. (2008):** Henrik-Michael Ringleb, Thomas Kremen, Marcus Lutter u. Axel v. Werder, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., München 2008.
- Schaefer/Theuvsen (2008):** Christina Schaefer u. Ludwig Theuvsen (Hrsg.), Public Corporate Governance: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 36, Baden-Baden 2008.
- Theuvsen/Frentrup (2008):** Ludwig Theuvsen u. Mechthild Frentrup, Public Corporate Governance und Transparenz öffentlicher Unternehmen, in: Public Corporate Governance: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Christina Schaefer u. Ludwig Theuvsen (Hrsg.), Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 36, Baden-Baden 2008, S. 131-149.
- Thiemeyer u.a. (1983):** Theo Thiemeyer, Carl Böhret u. Gerhard Himmelmann (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen – Beiträge zur Regulierungsdebatte, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 22, Baden-Baden 1983.

## Regulierung öffentlicher Dienstleistungen in historischer Perspektive

*Stichworte: Regulierung; öffentliche Dienstleistungen; Geschichte; Entflechtung; Eigentumsrechte; Marktformen; Europa; Infrastruktur*

*Die Implementierung des europäischen Regulierungsmodells für öffentliche Dienstleistungen in den Mitgliedstaaten der EU bedeutet für Deutschland, dass eine grundlegende Reform des bisherigen regulierungspolitischen Ansatzes vorgenommen werden muss. Seit dem 19. Jahrhundert war hier ein regulierungspolitisches Regime entstanden, das auf (1) gebietsmonopolistischen Strukturen, (2) überwiegend öffentlichen Unternehmen, (3) der privatrechtlichen Steuerung über Konzessionsverträge, der öffentlich-rechtlichen Regulierung über Gesetze und Verordnungen sowie – nach dem Zweiten Weltkrieg – der Missbrauchsaufsicht des Kartellrechts beruhte, die (4) durch Organe der staatlichen Verwaltung ausgeübt wurden und nicht durch unabhängige Kommissionen. Der Wandel von der privatrechtlichen Steuerung des 19. Jahrhunderts zur öffentlich-rechtlichen Regulierung des 20. Jahrhunderts hatte zahlreiche Ursachen, die vom politischen Föderalismus über Missmanagement öffentlichen Unternehmen bis zum Misstrauen gegen wettbewerbliche Marktstrukturen in der öffentlichen Versorgungswirtschaft reichen. Ebenso zahlreich sind die Ursachen, die Deutschland seit den 1980er Jahren veranlassen, sich von diesem Regulierungsregime zu verabschieden.*

### I. Vorbemerkungen

Unter *Regulierung* werden im Folgenden spezifische hoheitliche Eingriffe vornehmlich in die wirtschaftliche Unternehmensführung verstanden, die über die allgemeinen ordnungspolitischen Rahmenseetzungen hinausgehen.<sup>1</sup> Meist handelt es sich dabei um administrative Vorschriften in branchenbezogenen Gesetzen, die auf Dauer angelegt sind. Wenn Regulierung sich auf Marktstrukturen bezieht, zielt sie auf die Korrektur bzw.

---

\* Prof. Dr. Gerold Ambrosius ist Direktor des Instituts für Europäische Regionalforschungen (IFER) an der Universität Siegen und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des BVÖD.

<sup>1</sup> Müller/Vogelsang (1979); Kaufer (1981); Balzer-Schnurbus (1992); König/Benz (1997); Robinson (2007).

Vermeidung von Marktversagen, d.h. auf die Verhinderung monopolistischen Machtmissbrauchs und ruinöser Konkurrenz, oder aber sie bestätigt monopolistische Strukturen. Wenn Regulierung sich auf Marktverhalten bezieht, geht es darum, eine ordnungsgemäße Geschäftsführung zu sichern, Umfang und Qualität des Angebots zu beeinflussen oder allgemein den Unternehmen bestimmte Leistungsverpflichtungen aufzuerlegen. Regulierung bedeutet hier also weder staatliche Intervention ganz allgemein noch gesellschaftliche bzw. ständische Selbstbindung oder unmittelbare Unternehmensführung durch öffentliche Träger. Regulierung steht aber in engem Zusammenhang mit der *öffentlichen Bindung*.<sup>2</sup>

Mit *öffentlichen Dienstleistungen* sind solche gemeint, die im Interesse der Allgemeinheit bereitgestellt und von Gesetzgebern und Verwaltungen mit spezifischen Gemeinwohlleistungen verbunden werden. Vornehmlich geht es dabei hier – um auf die europäische Terminologie zurückzugreifen – um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Im Vordergrund stehen netzgebundene Dienste. Nicht berücksichtigt werden die Sozial- und Gesundheitsdienste, das Zentralbank- und Sparkassenwesen, die kulturellen Einrichtungen usw. Allerdings können einige der folgenden Aussagen durchaus so weit verallgemeinert werden, dass sie sich auch auf diese Art von öffentlichen Dienstleistungen beziehen lassen.

Mit der Formulierung *in historischer Perspektive* wird nicht das Ziel verfolgt, die Geschichte detailliert nachzuzeichnen. Dies wäre angesichts der Komplexität der historischen Zusammenhänge auch gar nicht möglich. Einerseits darf Geschichte nicht im Interesse einer stringenten Theorie, einer schlanken These oder gar einer politischen Handlungsanweisung zurechtgebogen werden. Andererseits sollen die historischen Zusammenhänge auf die heutigen Probleme oder Perspektiven zugeschnitten werden, um sie für die aktuelle wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Diskussion interessant zu machen. Insofern ist eine *idealtypische Verkürzung* bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich. Auf eine Entwicklungstheorie oder ein Entwicklungsmodell wird aber bewusst verzichtet, selbst auf die Gefahr hin, dass der folgenden Argumentation damit etwas Willkürliches anhaftet.<sup>3</sup>

Wollte man die Geschichte der Steuerung oder Regulierung öffentlicher Dienstleistungsunternehmen – unter Berücksichtigung der Eigentumsformen – seit dem 19. Jahrhundert chronologisch nachzeichnen, müsste

---

<sup>2</sup> von Eynern (1975); Thiemeyer (1983).

<sup>3</sup> Dyson (1992).

man zwischen vier Phasen unterscheiden, die stark verkürzt folgendermaßen umschrieben werden können:

1. Bis in die 1870er Jahre wurden private (und öffentliche) Unternehmen durch Konzessionsverträge gebunden.
2. Danach bis in die 1930er Jahre wurden öffentliche (und private) Unternehmen von öffentlichen Trägern sowohl direkt-administrativ als auch mit Hilfe von Konzessionsverträgen indirekt gesteuert.
3. Bis in die 1980er Jahre wurden öffentliche (und private) Unternehmen dann zusätzlich mittels Gesetze bzw. Verordnungen reguliert.
4. Seither werden öffentliche und erneut mehr private Unternehmen unter Beibehaltung der bisherigen Formen der Steuerung bzw. Regulierung wieder verstärkt der direkten Konkurrenz durch andere Unternehmen oder dem indirekten Druck durch Wettbewerbssurrogate ausgesetzt.

Im folgenden zweiten Abschnitt werden knapp das europäische Regulierungsmodell und seine Umsetzung in Deutschland dargestellt. Im dritten Abschnitt wird die Entwicklung der Steuerung/Regulierung öffentlicher Dienstleistungen seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert bis in die 1930er Jahre beschrieben, d.h. bis zur Etablierung des Regulierungsregimes, das dann für ein weiteres halbes Jahrhundert bis in die 1980er Jahre mit gewissen Modifikationen Bestand haben sollte. Im vierten Abschnitt werden die Ursachen für den dahinter stehenden Wandel von der Steuerung zur Regulierung aufgezeigt. Schließlich wird im fünften Abschnitt das europäische Regulierungsmodell mit der deutschen Tradition der Regulierung verglichen.

## **II. Europäisches Regulierungsmodell und seine Umsetzung**

Das europäische Regulierungsmodell für netzgebundene Dienste setzt sich – soweit es schon ausformuliert ist – aus drei bzw. vier Elementen zusammen:<sup>4</sup>

(1) Aus der Entflechtung der integrierten Monopolunternehmen nach dem Prinzip des vertikalen *Unbundling* – als informationelle, buchhalterische, organisatorische bzw. operationale oder eigentumsrechtliche Entflechtung. Das bedeutet Trennung von Erzeugung bzw. Aufbringung, Übertragung bzw. Netz und Transport bzw. Vertrieb. In horizontaler Hin-

---

<sup>4</sup> Lippert (2005), S. 19 ff.

sicht sollen bei Erzeugung und Vertrieb verschiedene Unternehmen in Konkurrenz stehen.

(2) Aus der Einführung neuer anreizorientierter Formen der Preis- bzw. Erlösregulierung, z.B. mit Hilfe des Price-Cap bzw. Revenue-Cap und der effizienzorientierten Kostenkontrolle, z.B. mit Hilfe des Benchmarking. Erwerbs- und gemeinwirtschaftliche Leistungserbringungen werden klar getrennt. Die soziale Komponente der Regulierung zeigt sich in den Standards der Universaldienste. Es geht aber vor allem um die wirtschaftliche Komponente.

(3) Aus der Bildung sektoraler Regulierungsorgane, allerdings nicht als weisungsabhängige Behörden, sondern als unabhängige Kommissionen – unabhängig sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber der Wirtschaft. Die neue Form der europäischen Zusammenarbeit erfolgt auf drei Ebenen: in europäischen Gremien wie dem Rat der europäischen Energieregulatoren, in europäischen Gruppen wie der Europäischen Regulatorengruppe für Kommunikationsdienste und durch die übliche Komitologie.

(4) Als weiteres Element können die privaten Eigentumsformen erwähnt werden. Der EG-Vertrag ist bekanntlich eigentumsrechtlich neutral, die Kommission präferiert aber eindeutig das private Eigentum.

In den folgenden Abschnitten wird die Entwicklung der Regulierung (im weiteren Sinne) jeweils im Hinblick auf diese vier Elemente untersucht: 1. Marktformen, 2. Eigentumsformen, 3. Regulierungsformen (im engeren Sinne), 4. Organisationsformen.

Das europäische Regulierungsmodell beeinflusst in der Zwischenzeit die Politik in allen Mitgliedstaaten der EU.<sup>5</sup> Diese bemühen sich mehr oder weniger erfolgreich, es zu implementieren, ohne die eigenen Regulierungstraditionen vollständig aufzugeben. Auch für Deutschland stellt sich die Frage, inwieweit es übernommen werden soll, wobei eine eindeutige Aussage darüber, welche Veränderungen durch die EU angestoßen wurden und welche sich aus einem inneren Reformbedürfnis der deutschen Gesellschaft und Politik ergaben, kaum möglich ist:<sup>6</sup>

(1) Die Öffnung der Märkte begann bereits 1980 mit der vierten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und führte dann im Laufe der Zeit zur endgültigen Liberalisierung der Ausnahmereiche. Die verschiedenen Branchengesetze wurden ebenfalls in die-

---

<sup>5</sup> Majone (1996); OECD (2002); Thatcher (2002).

<sup>6</sup> Lippert (2005), S. 54 ff.; Böllhoff (2002); Dickhaus/Dietz (2004).

sem Sinne novelliert: Post- und Telekommunikationsgesetz, Eisenbahngesetze, Personenbeförderungsgesetz oder Energiewirtschaftsgesetz. Bei manchen Branchen wie bei der Telekommunikation wurde die Liberalisierung schneller und konsequenter vollzogen, bei anderen wie bei der Post langsamer und weniger radikal. Die Entflechtungsvorgaben der EU wurden teilweise eher in der schwachen Form der buchhalterischen bzw. operationalen Trennung umgesetzt. Die vertikal integrierte Struktur der Monopolunternehmen blieb in diesen Fällen eigentumsrechtlich bestehen. Im Vergleich mit anderen europäischen Staaten nimmt Deutschland bei der Liberalisierung wohl eine mittlere Position ein. Immerhin haben sich andere Mitgliedstaaten bereits für das *ownership unbundling* entschieden.

(2) Seit den 1980er Jahren wurden vornehmlich durch den Bund und die Kommunen Dienstleistungsunternehmen formell und materiell privatisiert. Im Vergleich zu anderen Ländern weist Deutschland eine größere Varianz der öffentlichen Anteile in den verschiedenen Dienstleistungssektoren auf.

(3) Die Regulierungsformen wandelten sich langsam und waren nicht nur durch schwache Entflechtungsvorgaben, sondern auch durch schwache Anreizregulierung und eine weiter bestehende kartellrechtliche ex post-Aufsicht gekennzeichnet. Die Regulierungssysteme variierten allerdings je nach Sektor. Mit der Anreizregulierungsverordnung für die Netzbetreiber wird sich in dieser Hinsicht ab 2009 einiges ändern.<sup>7</sup> Die Verordnung ersetzt den kostenbasierten Ansatz durch den erlöszentrierten. Bei der Bestimmung der Netzentgelte wird nicht mehr von den Kosten des Netzbetriebs ausgegangen. Den Netzbetreibern werden vielmehr Obergrenzen für ihre Erlöse vorgegeben, die auf der Grundlage eines bundesweiten Vergleichs ermittelt werden. Die Begrenzung des Gewinns und die Steigerung der Produktivität bzw. Effizienz ist das Ziel. Die Verordnung soll gleichzeitig dafür sorgen, dass Kosteneinsparungen nicht zu Lasten der Versorgungsqualität gehen und dass genügend Spielraum für Investitionen in die Strom- und Gasnetze bleibt. Weiterhin soll eine Qualitätsregulierung eingeführt werden, die es der Regulierungsbehörde ermöglicht, für gute und schlechte Versorgungsleistungen Zu- oder Abschläge auf die Erlöse der Netzbetreiber festzusetzen. Im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten – beispielsweise zu Schweden oder Großbritannien – veränderten sich die Regulierungsformen nur langsam.

---

<sup>7</sup> Bauer (2006); Säcker (2007).

(4) In der Elektrizitätswirtschaft kam es zunächst zum verhandelten Netzzugang und damit zur Selbstbindung der Wirtschaft durch Verbändevereinbarungen, in anderen Sektoren wurden branchenspezifische Regulierungsbehörden aufgebaut, die 2005 in der Bundesnetzagentur zusammengeführt wurden. Die Agentur ist eine obere Bundesbehörde, die dienstlich und überwiegend fachlich der Aufsicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung untersteht. Länder können eigene Regulierungsbehörden einrichten, müssen dies aber nicht. Es wurden also keine branchenspezifischen unabhängigen Organe im Sinne des Reformmodells der Europäischen Kommission geschaffen.

### III. Entwicklung der Steuerung/Regulierung seit dem 19. Jahrhundert

Bis zu den 1930er Jahren gab es kaum Regulierung im hier definierten hoheitlich-administrativen Sinne. Ansätze einer regulativen Politik findet man allenfalls in Kommunalgesetzen, in den polizeilichen Vorschriften zu den Verkehrsbetrieben, in den sich auf die Sparkassen beziehenden Bestimmungen der Kreditwesengesetze, in Versicherungsgesetzen, in den Eisen-, Neben- und Kleinbahngesetzen oder in den Gesetzen und Verordnungen zur Wasser- und Elektrizitätswirtschaft. Meist ging es darum, auf die technische Betriebsführung Einfluss zu nehmen. Fast alle gesetzlichen Vorschriften wurden im Übrigen auf bundesstaatlicher Ebene erlassen. Öffentliche Dienstleistungsunternehmen wurden zugleich aber durch ihre öffentlichen Träger wirtschaftlich gesteuert. Es sei daran erinnert, dass hier zwischen *Steuerung* und *Regulierung* unterschieden wird.

(1) Je nach Dienstleistungssparte setzte im 19. Jahrhundert zu unterschiedlichen Zeitpunkten – nach einer kurzen wettbewerblichen Anfangsphase – ein Prozess der Konzentration ein. Die verschiedenen Post- und Telegraphendienste wurden zur Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung zusammengefasst.<sup>8</sup> Eisenbahnunternehmen kauften andere Eisenbahn-, Neben- und Kleinbahnen auf.<sup>9</sup> In der Energiewirtschaft entstanden die regionalen Verbundunternehmen und die lokalen Stadtwerke.<sup>10</sup> Die sich entwickelnden Versorgungsgebiete wurden durch Konzessions-, Demarkations- und Verbundverträge abgesichert. Insgesamt hatten sich schon vor dem Ersten Weltkrieg, spätestens aber in

---

<sup>8</sup> Hesse (2002).

<sup>9</sup> Ziegler (1996).

<sup>10</sup> Stier (1999); Ambrosius (1995a).



den 1920er Jahren in den hier behandelten Dienstleistungssektoren horizontal und vertikal integrierte Monopole herausgebildet.

(2) So wie es in den meisten Versorgungssparten eine kurze wettbewerbliche Anfangsphase gab, so gab es auch eine kurze überwiegend privatwirtschaftliche. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts rollten dann aber sehr bald verschiedene Kommunalisierungs- bzw. Verstaatlichungswellen. Zunehmend stiegen die öffentlichen Gebietskörperschaften auch direkt mit eigenen Unternehmen – also ohne den Umweg der Kommunalisierung bzw. Verstaatlichung privater Unternehmen – in die Versorgungswirtschaft ein. Eigentlich gab es von Anfang an keinen eigentumsrechtlichen Monismus. Nicht geringe Teile der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe blieben privat. Neben staatlichen Eisenbahnen gab es private, kommunale und gemischtwirtschaftliche Klein- und Nebenbahnen. Auch in der Energiewirtschaft entstand ein Nebeneinander von öffentlichen, privaten und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Von Beginn an zeigte sich in der öffentlichen Wirtschaft außerdem ein Trend zur Verselbstständigung, d. h. eine Entwicklung von der Verwaltungsstelle über den Regiebetrieb bzw. so genannten verselbstständigten Regiebetrieb weiter zur GmbH und AG. Materielle Privatisierung war allerdings äußerst selten.<sup>11</sup>

(3) Bei öffentlichen Betrieben ohne eigene Rechtspersönlichkeit erfolgte die Steuerung über die verwaltungs- bzw. beamtenrechtliche Dienstanzweisung, d.h. durch die mehr oder weniger unmittelbaren Eingriffe der Verwaltungs- und Vertretungsorgane der Gebietskörperschaften. Hier lässt sich ein Trend dahingehend erkennen, dass zwar die Standards des Dienstumfangs und der Dienstqualität einschließlich ihrer sozialen Dimensionierung festgelegt wurden, die wirtschaftliche Geschäftsführung aber der öffentlichen Kontrolle zunehmend entglitt.<sup>12</sup> Als Folge davon konnten die politisch-sozialen Leistungsvorgaben der öffentlichen Träger von den eigenen Unternehmen wiederum unterlaufen werden. Generell wurde allerdings zwischen sozialer und wirtschaftlicher Steuerung, zwischen erwerbswirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Leistungserstellung nicht scharf unterschieden. Bei öffentlichen und privaten Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit war das zentrale Steuerungsmedium der privatrechtliche Konzessionsvertrag. Auch hier wurde nicht nur das Recht der Wegennutzung gegen ein Entgelt überlassen, sondern auf Umfang und Ausgestaltung der Versorgungsleistungen Einfluss genommen. Sowohl die Kommunen als auch die Staaten bedienten sich der Wegennutzungsrechte. Ein Beispiel für letztere waren die so genann-

---

<sup>11</sup> Ambrosius (1984).

<sup>12</sup> Ambrosius (1987).

ten *Bayerischen Staatsverträge*, mit denen die Überspannung und sonstige Inanspruchnahme der im Eigentum des bayerischen Staates befindlichen Straßen geregelt wurde. In die unmittelbare Geschäftsführung konnte bei privaten Unternehmen gar nicht, bei öffentlichen bzw. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in privatrechtlicher Form nur im Rahmen der üblichen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse der GmbH oder AG eingegriffen werden. Wenn man so will, nahmen die Gebietskörperschaften in diesen Fällen einen *Umweg über das Privatrecht*, um ihre öffentlichen oder gemeinwohlorientierten Ziele zu verfolgen.<sup>13</sup> Die privatrechtliche Steuerung spielte aufgrund der Tendenz zur formellen Privatisierung auch bei öffentlichen Unternehmen eine zunehmende Rolle.

(4) Dieses Steuerungsregime war Ausdruck des sehr liberalen Wirtschaftssystems und des ausgeprägt föderativen Politiksystems des Kaiserreichs. Sieht man einmal von der Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung ab, gab es keine zentralen Steuerungsinstanzen – weder in Form von abhängigen Behörden noch in Form unabhängiger Kommissionen. Dem föderativen Staatsaufbau entsprachen sowohl in vertikaler als auch in horizontaler Hinsicht dezentrale Organisationsformen der Steuerung der öffentlichen Dienstleistungsunternehmen.

Diese Entwicklungen führten nach gut einem halben Jahrhundert zu den Regulierungsgesetzen der 1930er Jahren: zum Personenbeförderungsgesetz 1934, Kreditwesengesetz 1934, Energiewirtschaftsgesetz 1935, zur – insbesondere für die Kommunalwirtschaft relevanten – Deutschen Gemeindeordnung 1935, Rücklagenverordnung 1936, Eigenbetriebsverordnung 1938, Konzessionsabgabeverordnung 1941. Dazu kamen das allgemeine Preisrecht und andere Branchengesetze wie die Sparkasengesetze, schließlich auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung 1958. Zieht man die regulierungspolitische Quintessenz aus diesen Gesetzen und Verordnungen, ging es erstens um die Genehmigung des Marktzugangs, zweitens um die Regelung der Anschluss- und Versorgungspflicht, drittens um die Kontrolle der Investitionen, viertens um die Aufsicht über Preise und Tarife und fünftens um die Missbrauchsaufsicht.

Dieses Regulierungsregime kann wie folgt charakterisiert werden:

(1) Die bestehenden Marktformen blieben im Wesentlichen unberührt.<sup>14</sup> Allenfalls wurden im Verkehrswesen die substitutionswettbewerblichen

---

<sup>13</sup> *Stern/Püttner (1965)*, S. 122.

<sup>14</sup> *Ambrosius (2003)*.

Ansätze unterbunden und die dominante Stellung von Reichspost und Reichsbahn zementiert.<sup>15</sup> In der Energiewirtschaft wurde die Position der großen Verbundunternehmen gefestigt.<sup>16</sup> Insgesamt sollten – wie es im speziellen Sprachgebrauch der 1930er Jahre hieß – die *schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs* oder ein *unbilliger Wettbewerb* auf den Dienstleistungsmärkten verhindert werden. Es handelte sich um eine passive Strukturregulierung in dem Sinne, dass die monopolistischen Märkte bestätigt wurden.

(2) Auch die vorhandenen Eigentumsstrukturen wurden nicht angetastet. Das Regulierungsregime war eigentumsrechtlich neutral.

(3) Die administrative Einflussnahme über die Dienstanweisung und die *privatwirtschaftliche* Steuerung über den Konzessionsvertrag wurden durch die öffentlich-rechtliche Regulierung ergänzt und teilweise abgelöst. Generell bekam das öffentliche Recht als Steuerungsmedium eine größere Bedeutung. Damit verlagerte sich das Gewicht von der unmittelbaren Betriebsführung zur mittelbaren Branchenregulierung.<sup>17</sup> Dennoch gab es nicht nur mehr *Staat*. Denkt man an den Trend der Verselbstständigung öffentlicher Unternehmen, gab es auch mehr *Markt*. Es wurden nicht nur die bisherigen Gebietsmonopole im Sinne einer passiven Strukturregulierung bestätigt, sondern auch die so genannten *Pflichten- oder Leistungskataloge* im Sinne einer aktiven Verhaltensregulierung fortgeschrieben. Dabei handelte es sich nicht primär um eine Regulierung der Gewinne – wengleich in der Praxis der Preisbehörden der Gewinn als Entscheidungskriterium herangezogen wurde –, sondern um eine Regulierung der Angebots- und Investitionsprozesse. Insofern war es auch mehr eine ex ante-Aufsicht als eine ex post-Kontrolle. Für die öffentlichen Unternehmen kam es zu der – später aus ordnungspolitischer Perspektive so hart kritisierten – Doppelbindung der unternehmerischen Steuerung und der behördlichen Regulierung.

(4) Aufsicht und Kontrolle der regulierten Unternehmen erfolgte durch Organe der staatlichen Verwaltung. Es entstand ein schwieriges Nebeneinander von behördlicher Fach-, Preis- und Kartellaufsicht, welches zudem noch föderativ gestuft war. Kennzeichnend war, dass es sich um normale Behörden handelte, die von den Weisungen eines Ministers abhängig waren, der sich wiederum parlamentarisch verantworten musste. Nur das Bundeskartellamt war eine selbstständige Verwaltungsbehörde unter einem Präsidenten, die grundsätzlich nicht an solche Weisungen

---

<sup>15</sup> Borscheid (1995); Hildebrand (1999).

<sup>16</sup> Bruche (1977); Stier (1999).

<sup>17</sup> Ambrosius (1995b).

gebunden war. Die Verwaltungsakte dieser Behörden unterlagen der gerichtlichen Nachprüfung, was insofern wichtig war, als die Gesetze viele Allgemeinformeln und unbestimmte Rechtsbegriffe enthielten, für deren Anwendung und Auslegung sich die notwendigen Grundsätze erst in der Praxis entwickeln mussten.<sup>18</sup>

Dieses Regulierungsregime hatte mit Modifikationen wiederum fast ein halbes Jahrhundert Bestand, bis dann seit den 1980er Jahren tief greifende Veränderungen eintraten. Damit wird keine Aussage darüber getroffen, inwieweit das normative Konzept positiv umgesetzt wurde, d. h., inwieweit Preise, Tarife oder Investitionen tatsächlich behördlich überwacht wurden.

#### **IV. Ursachen des Wandels von der Steuerung zur Regulierung**

(1) Was sind die Gründe dafür, dass sich monopolistische Strukturen auf den Märkten der öffentlichen Dienstleistungen entwickelten und fast ein Jahrhundert unangetastet blieben?

Es ist eine schlichte Feststellung und doch kann sie nicht oft genug wiederholt werden: Öffentliche Dienstleistungen und Wettbewerb schlossen sich in der Vergangenheit im ordnungspolitischen Verständnis weiter Teile deutscher Wissenschaft und Politik nicht aus.<sup>19</sup> Wettbewerb war nicht das Ziel, sondern der Zweck. Öffentliche Dienstleistungen konnten, mussten aber nicht im Wettbewerb bereitgestellt werden. Weder im kathedersozialistischen Konzept des *Munizipalsozialismus* noch im ForsthoFFschen Konzept der *Daseinsvorsorge* spielte Wettbewerb eine Rolle.<sup>20</sup> Selbst überzeugte Liberale hatten wenig Schwierigkeiten mit öffentlichen Versorgungsmonopolen. Wettbewerb als dominantes ordnungspolitisches Paradigma setzte sich eigentlich erst nach dem Zweiten Weltkrieg durch. Erst seither mussten Ausnahmen vom Wettbewerbsregime ausdrücklich genehmigt werden, wobei der wettbewerbliche Ausnahmetatbestand der öffentlichen Dienstleistungsmärkte erst in der jüngsten Vergangenheit ernsthaft hinterfragt wurde. Umgekehrt lässt sich eine Wettbewerbsphobie hinsichtlich der Märkte öffentlicher Dienstleistungen nur in den 1930er Jahren während des nationalsozialistischen Regimes erkennen.

---

<sup>18</sup> Münch (1983).

<sup>19</sup> Gerber (1998), S. 69 ff.; Nicholls (1994); Ambrosius (1981).

<sup>20</sup> Schmoller (1900); ForsthoFF (1938).

Die Vorstellung, dass öffentliche Dienstleistungen im Wettbewerb erbracht werden können, war im 19. Jahrhundert durchaus präsent, dennoch wurden die meisten netzgebundenen Dienste sehr bald als *natürliche Monopole* eingeschätzt. Dahinter stand eine generelle Faszination von Planung und Lenkung, von technisch-organisatorischer Rationalität ganz allgemein.<sup>21</sup> Monopolistische Strukturen ermöglichten nach dieser Auffassung nicht nur die wirtschaftlichste Form der Produktion, sondern auch die sozialste Form der Verteilung. Die damalige Forderung nach gebietsmonopolistischen Strukturen der Versorgungsmärkte und ihre Herausbildung dürfen also nicht auf das Argument der natürlichen Monopole und damit auf das des Marktversagens reduziert werden.

Das wiederum bedeutet nicht, dass man nicht auch schon damals darüber nachdachte, welche Dienste als wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche, erwerbswirtschaftliche und gemeinschaftliche eingestuft werden sollten, wobei die wirtschaftlichen und erwerbswirtschaftlichen im Wettbewerb, die nichtwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen im Monopol angeboten werden sollten.<sup>22</sup>

(2) Warum löste das öffentliche das private Eigentum ab bzw. warum wurden öffentliche Dienstleistungen von vornherein in öffentlicher Eigenproduktion bereitgestellt?

So wenig dogmatisch das Kaiserreich mit der Frage der Marktformen umging, so wenig dogmatisch behandelte es die Frage der Eigentumsformen. Es besaß ein sehr liberales System – liberal in dem Sinne, dass der Staat erst allmählich begann, mit hoheitlich-administrativen Maßnahmen in die Wirtschaft einzugreifen, liberal aber auch in dem Sinne, dass der öffentlichen Wirtschaft kaum Schranken auferlegt wurden. Der Staat konnte das *Unternehmen* als das – wenn man so will – konstitutive Element entwickelter Marktwirtschaften zu seinen Zwecken nutzen. Das Paradigma der damaligen Zeit, das eigentlich bis in die jüngste Vergangenheit vorherrschte, war der eigentumsrechtliche Pluralismus, im Übrigen nicht nur im Hinblick auf öffentliche und private, sondern auch auf genossenschaftliche und freigemeinnützige Unternehmen.

Dass es in dieser Hinsicht keine Tabus gab, zeigten die vielen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bzw. Public Private Partnerships in dieser Zeit.<sup>23</sup> Werner Sombart beendet sein gewaltiges Werk über den *modernen Kapitalismus* von 1928 nach mehreren tausend Seiten – vor

---

<sup>21</sup> Stier (1999), S. 41 ff.

<sup>22</sup> Ambrosius (1996).

<sup>23</sup> Ambrosius (2000).

einem kurzen Ausblick in die Zukunft – mit einem knappen Abschnitt über *gemischt-öffentliche Betriebe*, womit er öffentlich-private Kooperationen meinte. Der letzte Satz lautet: "Wenn nicht alle Zeichen trügen, so haben wir es hier mit einer sehr lebensfähigen Wirtschaftsform zu tun, die in der Zukunft eine große Rolle zu spielen berufen ist".<sup>24</sup>

Für den Übergang von der konzessionierten privaten Unternehmung zum administrierten öffentlichen Betrieb seit den 1870er Jahren gab es eine Reihe von Gründen: Ein liberaler Antimonopolismus wandte sich gegen die Gefahr der privaten Ausnutzung infrastruktureller bzw. natürlicher Monopole. Ein sozialkonservativer Paternalismus wollte den Missständen des kapitalistischen Systems mit öffentlicher Sozialreform begegnen, zu der auch die Daseinsvorsorge gehörte. Ein sozialistischer Reformismus versuchte, antikapitalistische Ordnungsprinzipien im bestehenden System zu verankern. Ein republikanischer Interventionismus zielte darauf ab, gesellschaftliche Interessen als öffentliche zu definieren und den Primaten der Politik gegenüber der Ökonomie zumindest in diesem Bereich durchzusetzen. Fiskalische Motive waren ebenso ausschlaggebend wie hygienische oder machtpolitische.<sup>25</sup> Besonders wichtig war in diesem Zusammenhang das Versagen des Vertragsmanagements. Vor allem die Kommunen wurden mit dem Problem des langfristigen, unvollständigen bzw. relationalen Vertrages konfrontiert und zogen daraus die Konsequenzen. Die hohen Transaktionskosten wurden sehr bewusst wahrgenommen, zumal manche Rechtsstreitigkeiten zwischen privaten Unternehmen und Gemeinden bis vor das Reichsgericht gingen. Öffentliche Unternehmen stellten insofern einen Ersatz für die nicht funktionsfähige privatrechtliche Steuerung über den Konzessionsvertrag und die nicht vorhandene hoheitsrechtliche Regulierung über das Gesetz dar.<sup>26</sup>

Nur in Parenthese sei angemerkt, dass öffentliches Eigentum an Produktionsmitteln die Position der Gebietskörperschaften im föderativen Staatsaufbau stärkte. Das galt besonders für die Gemeinden, aber auch für die Bundesstaaten und das Reich.<sup>27</sup> In kommunalen Unternehmen drückte sich nicht nur ein Stück *materieller Demokratie* aus, sondern auch finanzielle Unabhängigkeit, waren sie doch in dieser Zeit ausgesprochen profitabel.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Sombart (1928), S. 1007.

<sup>25</sup> Fuchs (1908); Loesch (1977); Brunckhorst (1978).

<sup>26</sup> Ambrosius (1999).

<sup>27</sup> Krabbe (1985).

<sup>28</sup> Kwack (1990).

Die These vom Paradigma des eigentumsförmigen Pluralismus wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, dass öffentliche Unternehmen von der Privatwirtschaft kritisiert wurden. Die verschiedenen Kampagnen gegen die „kalte Sozialisierung“ seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert richteten sich nicht gegen den Kern öffentlicher Dienstleistungsunternehmen, sondern dagegen, dass sich die öffentliche Wirtschaft immer mehr in anderen Sektoren ausbreitete.<sup>29</sup>

(3) Warum wurde die direkt-administrative Steuerung durch die Dienst-anweisung und die indirekt-vertragliche Steuerung durch den Konzessionsvertrag durch die öffentlich-rechtliche Regulierung überformt und teilweise ersetzt?

Der technische Fortschritt, die wirtschaftliche Entwicklung und die politische Integration ließen großräumige, zusammenhängende Netze entstehen, die zentralstaatlich organisiert und überwacht werden sollten. Bei Post und Telegraphie entstand mit dem Deutschen Reich 1871 eine reichseinheitliche Verwaltung. Bei Eisenbahnen und Elektrizität wurde ebenfalls schon vor dem Ersten Weltkrieg ein reichsweites Regulierungsdefizit beklagt. Die *Nationalökonomie* des Nationalstaates forderte eine Einebnung des institutionellen *Spielfeldes*.<sup>30</sup>

Die hoheitsrechtliche Regulierung kann auch als Folge der Verselbstständigung bzw. als formelle Privatisierung der öffentlichen Betriebe verstanden werden. Die öffentlichen Unternehmen, die sich immer mehr dem Einfluss ihrer Träger entzogen, sollten unter Kontrolle gebracht werden.

Die Regulierungen waren ebenso eine Reaktion auf das offensichtliche Fehlverhalten bestimmter Dienstleistungsunternehmen oder sogar -branchen bei der Bewältigung der Probleme, die durch Krieg, Inflation und Weltwirtschaftskrise entstanden waren.

Der gewachsene Machtanspruch des Reiches gegenüber Ländern und besonders Kommunen war ebenfalls maßgeblich.<sup>31</sup> Die Deutsche Gemeindeordnung bzw. die Eigenbetriebsverordnung waren mit ihren restriktiven Vorgaben sicherlich nicht im Interesse der Kommunen. Sie hatten zwar seit vielen Jahren selbst ähnliche Vorschläge gemacht, allerdings wollten sie die Probleme durch freiwillige Selbstkontrolle und nicht durch staatliche Aufsicht in den Griff bekommen. Mit den entspre-

---

<sup>29</sup> Böhret (1966).

<sup>30</sup> Bruche (1977), S. 31 ff; Stier (1999), S. 355 ff.

<sup>31</sup> Matzerath (1970), S. 31 ff.

chenden Vorschriften der Deutschen Gemeindeordnung sollte wohl auch eine weitere Auflösung der eigentlichen Gemeindeverwaltung durch Auslagerung von Aufgaben in öffentliche Unternehmen erschwert werden.

In den branchenspezifischen Regulierungsgesetzen manifestierten sich umgekehrt aber auch privatwirtschaftliche Interessen. Vor allem bei der Kommunalwirtschaft wurden die schärferen Prüfungsbestimmungen, die bereits die Notverordnungen in der Weltwirtschaftskrise installierten, dahingehend interpretiert, dass öffentliche Unternehmen als störende Konkurrenz der Privatwirtschaft behindert bzw. zurückgedrängt werden sollten. Die Deutsche Gemeindeordnung reduzierte dann die Kommunalwirtschaft potentiell auf jene Bedürfnisse, die vom Privatkapital nicht befriedigt wurden, hielt den privaten Interessen aber profitable Anlagemöglichkeiten offen.

(4) Warum entwickelte sich eine Mischung aus Fach-, Preis- und Kartellaufsicht in zentralstaatlichen Ämtern und föderativ gestuften Behörden?

Wenn man die unabhängigen Regulierungskommissionen angelsächsischer Provenienz als Referenzmodell nimmt, hatten die weisungsabhängigen Ämter bzw. Behörden, die mit den Regulierungsgesetzen entstanden, etwas mit der Verwaltungstradition zu tun, mit dem föderativen Staatsaufbau, letztlich mit der Stellung des Staates in der Gesellschaft. Das idealtypische Bild von der hoheitlichen Eingriffsverwaltung im Weberschen Sinne war damals noch weitgehend ungetrübt, auch wenn es nie Realität gewesen war und im Nationalsozialismus endgültig pervertiert wurde. Man könnte gesellschaftsphilosophische Überlegungen darüber anstellen, inwieweit das unterschiedliche Verhältnis von Staat und Bürger im kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Raum dafür verantwortlich war, dass die Regulierung in Deutschland administrativ anders organisiert wurde.

Insgesamt waren die Wirtschafts- bzw. Regulierungsgesetze der 1930er Jahre zwar branchenspezifisch ausgerichtet und machten zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen keinen Unterschied. Betrachtet man sie aber genauer, so zeigt sich, "daß es beim Energiewirtschaftsgesetz und bei den anderen *Wirtschafts*-Gesetzen weniger um die Beaufsichtigung privater Wirtschaftsunternehmen ging als vielmehr um die Stärkung der zentralen Verwaltung, die Erfüllung alter Forderungen der Privatwirtschaft und den Abbau der durch die Wirtschaftskrise in Mißkredit geratenen kommunalen Selbstverwaltung und ihrer Formen der Wirtschaftsauf-



sicht und der Wirtschaftskoordination"<sup>32</sup>. Insofern setzten sie die Entwicklung der vorangegangenen Jahre fort.<sup>33</sup> Spezifisch nationalsozialistische Vorstellungen drückten sich eventuell in der starken Betonung des Gemeinwohls aus.<sup>34</sup> Außerdem dürfte der zentralstaatliche Dirigismus die letzten föderalistischen Skrupel beseitigt haben. Schließlich spielten auch kriegswirtschaftliche Überlegungen eine Rolle.

Warum verabschiedete sich Deutschland seit den 1980er Jahren zumindest teilweise von diesem Regulierungsregime, das über ein halbes Jahrhundert – wenn auch mit Modifikationen – Bestand gehabt hatte? Eine befriedigende Antwort kann hier nicht gegeben werden. Es können lediglich einige Gründe angedeutet werden. Für manche Dienstleistungsmärkte wie denen der Telekommunikation spielte sicherlich der technische Fortschritt eine Rolle. Die europäische Integration im Allgemeinen, das Binnenmarktprojekt im Besonderen und die dogmatische Haltung der Kommission bzw. die Rechtsprechung des Gerichtshofes im ganz Speziellen waren ebenfalls wichtige Gründe. Der angesichts der Notlage der öffentlichen Haushalte unternommene Versuch, durch formelle und materielle Privatisierung öffentlicher Unternehmen Haushaltsanierung zu betreiben, spielte ebenfalls eine Rolle. Dahinter standen aber übergeordnete, grundlegende *Megatrends*: Die liberale Renaissance des letzten Vierteljahrhunderts, das Ende der traditionellen Industriegesellschaft und die einhergehenden gesellschaftlichen Veränderungen. Das große Vertrauen in Markt und Wettbewerb und damit in private Unternehmen und das erhebliche Misstrauen gegenüber Staat und Intervention und damit gegenüber öffentlichen Unternehmen hatte es im Hinblick auf öffentliche Dienstleistungen in dieser Form bisher nicht gegeben, die damit zusammenhängende Ökonomisierung oder *Verbetriebswirtschaftlichung* so vieler Lebensbereiche ebenfalls nicht. Schlagworte wie die vom *verhandelnden*, *moderierenden* oder *kooperierenden* Staat dürften insofern ein Stück Realität erfassen, als tatsächlich ein verändertes Staatsverständnis erkennbar wurde.<sup>35</sup> Danach waren öffentliche Dienstleistungssysteme, um es pointiert zu formulieren, Teil des überkommenen Obrigkeitsstaates und damit der traditionellen Hoheitsverwaltung. Sie repräsentierten ein Verhältnis von Staat und Bürger, das nicht mehr aktuell war, da die private Nachfrage nach Dienstleistungen dem öffentlichen Anbieter nicht mehr in einem staatsbürgerlichen Verhältnis begegnete, sondern in einem privatwirtschaftlichen.

---

<sup>32</sup> Püttner (1967), S. 34.

<sup>33</sup> Ambrosius (2003).

<sup>34</sup> Stolleis (1974).

<sup>35</sup> Schuppert (1998/2005); Willke (1997).

## V. Abschließende Bemerkungen

Abschließend soll das europäische Regulierungsmodell mit der Tradition deutscher Regulierung öffentlicher Dienstleistungen verglichen werden:

(1) Interpretiert man es als wettbewerbsfixiert, entspricht es nicht der Regulierungstradition in Deutschland, weil man hier durchweg relativ undogmatisch die Pluralität der Marktformen akzeptierte. Es sollten die gewählt werden, die zugleich wirtschaftliche Allokationseffizienz und soziale Verteilungsgerechtigkeit sicherten, und das waren nach weit verbreiteter Auffassung bei netzgebundenen Diensten eben vertikal integrierte Gebietsmonopole. In der teilweise zögernden Marktöffnung der jüngsten Vergangenheit drückt sich der Konflikt zwischen radikalem Reformmodell und traditionellen Markt- und Machtstrukturen aus.

(2) Interpretiert man es als eigentumsrechtlich neutral, entspricht es der Tradition in Deutschland, weil auch hier das Paradigma des eigentumsförmigen Pluralismus galt. Die Privatisierungen der letzten Jahre wären demnach „hausgemacht“; sie wären nicht durch die Gemeinschaft vorgegeben worden. Deutschland hätte sich selbst von seiner eigenen Tradition verabschiedet.

(3) Interpretiert man es als einseitig wirtschaftlich-strukturellregulierend orientiert, bricht es mit der deutschen Tradition der Regulierung, die strukturell nur insofern relevant war, als sie die gebietsmonopolistischen Verhältnisse absicherte, daneben aber eine sozial-verhaltensregulierende Komponente besaß. Eine solche Aussage hängt allerdings davon ab, welchen Stellenwert man den Universaldiensten beimisst. Auch in dieser Hinsicht wird das europäische Regulierungsmodell nur zögernd implementiert und dennoch ist damit eine tief greifende Veränderung verbunden. Zum einen rückt mit der Öffnung der Märkte die Strukturregulierung in den Vordergrund. Zum anderen verlagert sich der Schwerpunkt auf die wirtschaftliche Regulierung im Sinne einer Gewinn- bzw. Anreizregulierung. Allerdings wird die Qualitätskontrolle in der neuen Anreizregulierungsverordnung beibehalten, wobei noch nicht abzusehen ist, auf welchem Niveau dies geschehen wird. Außerdem wird die ex ante-Aufsicht im Vergleich zur ex post-Kontrolle an Bedeutung gewinnen. Der deutschen Tradition der Regulierung entspricht auch nicht die scharfe Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Leistungserstellung. An der Doppelbindung öffentlicher Unternehmen ändert sich grundsätzlich nichts, allerdings verlagert sich, wie gesagt, durch die materielle Privatisierung das Gewicht von der privatrechtlichen Steuerung zur öffentlich-rechtlichen Regulierung. Dadurch

wird das Regulierungsmedium *öffentliches Recht* noch wichtiger. Die Regulierungsdichte müsste eigentlich mit der staatlichen Verantwortung für die Folgen der Privatisierung zunehmen, was zur Überregulierung führen kann.

(4) Interpretiert man es schließlich dahingehend, dass es ausschließlich auf sektorspezifische unabhängige Kommissionen setzt, bricht es auch in diesem Punkt mit deutschen Traditionen, die sich ja vornehmlich auf eine Mischung aus behördlicher Fach-, Preis- und Kartellaufsicht stützte. Allerdings wird dieses Modellelement in Deutschland nur eingeschränkt umgesetzt. Die Bundesnetzagentur steht mehr in der Tradition deutscher Behördenaufsicht und weniger in der angelsächsischer Kommissionskontrolle.

## **Abstract**

### *Regulation of Public Services in historical perspective*

*key words: Regulation; public services; history; unbundling; property rights; market forms; Europe; infrastructure*

*The implementation of the European model of regulation of Public Services in the member states of the EU means in the case of Germany a fundamental reform of the regulatory traditions. Since the 19<sup>th</sup> century a regulatory regime was set up based on (1) territorial monopolies, (2) mainly public enterprises, (3) steering under private law by franchise agreement, regulation under public law by act and decree and – after the Second World War – control of abusive practices by the Law Against Restraints of Competition. (4) In organisational respect this regulatory regime was founded on the administration of territorial authorities and not on independent commission. The change of steering under private law in the 19<sup>th</sup> century to the regulation under public law in 20<sup>th</sup> century has numerous reasons – from the political federalism of the German Empire via the mismanagement of public enterprises to the mistrust of competitive markets of public utilities. The fact that Germany left this traditional path of regulation since the 1980<sup>th</sup> has many reasons as well.*

## Literaturverzeichnis

- Ambrosius (1981):** Gerold Ambrosius, Die Entwicklung des Wettbewerbs als wirtschaftspolitisch relevante Norm und Ordnungsprinzip in Deutschland seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Zeitschrift für Wirtschaftswissenschaften, H. 32, 1981, S. 154-201.
- Ambrosius (1984):** Gerold Ambrosius, Der Staat als Unternehmer. Öffentliche Wirtschaft und Kapitalismus seit dem 19. Jahrhundert, Göttingen 1984.
- Ambrosius (1987):** Gerold Ambrosius, Die wirtschaftliche Entwicklung von Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken seit dem 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in: Hans Pohl (Hrsg.), Kommunale Unternehmen. Geschichte und Gegenwart, Wiesbaden 1987, S. 125-153.
- Ambrosius (1995a):** Gerold Ambrosius, Zur Geschichte des kommunalen Querverbundes, in: Günter Püttner (Hrsg.), Der kommunale Querverbund, Baden-Baden 1995, S. 11-49.
- Ambrosius (1995b):** Gerold Ambrosius, Kommunalwirtschaft im Spannungsfeld von Autonomisierung/Privatisierung und Bindung/Regulierung (vom 19. Jahrhundert bis zu den 1930er Jahren), in: Josef Wysocki (Hrsg.), Kommunalisierung im Spannungsfeld von Regulierung und Deregulierung im 19. und 20. Jahrhundert, Berlin 1995, S. 141-163.
- Ambrosius (1996):** Gerold Ambrosius, Mehrwertbesteuerung kommunaler Versorgungsunternehmen: zum wirtschaftshistorischen Hintergrund eines aktuellen Problems, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 19, H. 1, Baden-Baden 1996, S. 255-268.
- Ambrosius (1999):** Gerold Ambrosius, Neue Institutionenökonomik und Kommunalisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Ein wirtschaftshistorisches Fallbeispiel zur Illustration einiger theoretischer Argumente, in: Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte, 1999, S. 35-53.
- Ambrosius (2000):** Gerold Ambrosius, Public Private Partnership und Gemischtwirtschaftlichkeit - neue Formen öffentlich-privater Kooperation in historischer Perspektive, in: Matthias Frese u. Burkhard Zeppenfeld (Hrsg.), Kommunen und Unternehmen im 20. Jahrhundert. Wechselwirkungen zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft, Essen 2000, S. 199-214.
- Ambrosius (2003):** Gerold Ambrosius, Was ist eigentlich „nationalsozialistisch“ an den Regulierungsansätzen der dreißiger Jahre?, in: Werner Abelshauer, Jan-Otmar Hesse u. Werner Plumpe (Hrsg.), Wirtschaftsordnung, Staat und Unternehmen. Neue Forschungen zur Wirtschaftsgeschichte des Nationalsozialismus, Essen 2003, S. 41-60.
- Balzer-Schnurbus (1992):** Sabine Balzer-Schnurbus, Ökonomische Theorie der Regulierung unter besonderer Berücksichtigung öffentlicher Unternehmen, München 1992.
- Bauer (2006):** F. Jürgen Bauer, Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005, Baden-Baden 2006.

- Böhret (1966):** Carl Böhret, Die Aktionen gegen die "kalte Sozialisierung" 1926-1930. Ein Beitrag zum Wirken ökonomischer Einflußverbände in der Weimarer Republik, Berlin 1966.
- Böllhoff (2002):** Dominik Böllhoff, Developments in Regulatory Regimes – An Anglo-German Comparison on Telecommunications, Energy and Rail, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 2, Preprint Nr. 58, Bonn 2002.
- Borscheid (1995):** Peter Borscheid, LKW contra Bahn. Die Modernisierung des Transports durch den Lastwagen in Deutschland bis 1939, in: Harry Niemann u. Armin Hermann (Hrsg.), Die Entwicklung der Motorisierung im Deutschen Reich und den Nachfolgestaaten, Stuttgart 1995, S. 23-42.
- Bruche (1977):** Gert Bruche, Elektrizitätsversorgung und Staatsfunktion. Das Regulierungssystem der öffentlichen Elektrizitätsversorgung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a.M. u. New York 1977.
- Brunckhorst (1978):** Hans-Dieter Brunckhorst, Kommunalisierung im 19. Jahrhundert dargestellt am Beispiel der Gaswirtschaft in Deutschland, München 1978.
- Dickhaus/Schneider (2004):** Bernd Dickhaus u. Karl Schneider, Öffentliche Dienstleistungen unter Privatisierungsdruck. Folgen der Privatisierung und Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen in Europa, Berlin 2004.
- Dyson (1992):** Kenneth Dyson, Theories of Regulation and the Case of Germany. A Model of Regulatory Change, in: Kenneth Dyson (Hrsg.), The Politics of German Regulation, Dartmouth 1992, S. 1-28.
- Forsthoff (1938):** Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart u. Berlin 1938.
- Fuchs (1908):** Carl Johannes Fuchs (Hrsg.), Gemeindebetriebe. Neuere Versuche und Erfahrungen über die Ausdehnung der kommunalen Tätigkeit in Deutschland und im Ausland, 3 Bände, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 128-130, Leipzig 1908.
- Gerber (2001):** Davis J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus, Oxford 2001.
- Hesse (2002):** Jan-Otmar Hesse, Im Netz der Kommunikation. Die Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung 1876-1914, München 2002.
- Hildebrand (1999):** Klaus Hildebrand, Die Deutsche Reichsbahn in der national-sozialistischen Diktatur 1933-1945, in: Lothar Gall u. Manfred Pohl (Hrsg.), Die Eisenbahn in Deutschland, München 1999, S. 165-243.
- Kaufer (1981):** Erich Kaufer, Theorie der öffentlichen Regulierung, München 1981.
- König/Benz (1997):** Klaus König u. Angelika Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung: Bahn, Post, Telekommunikation, Rundfunk, Baden-Baden 1997.
- Krabbe (1985):** Wolfgang R. Krabbe, Kommunalpolitik und Industrialisierung. Die Entfaltung der städtischen Leistungsverwaltung im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Fallstudien zu Dortmund und Münster, Stuttgart u.a. 1985.
- Kwack (1990):** Tae Yel Kwack, Die Entwicklung der Kommunalunternehmen in Deutschland im 19. und frühen 20. Jahrhundert – unter besonderer Berücksichtigung finanz- und sozialpolitischer Aspekte, Münster 1990.

- Lippert (2005):** Inge Lippert, Öffentliche Dienstleistungen unter EU-Einfluss. Liberalisierung – Privatisierung – Restrukturierung – Regulierung, Berlin 2005.
- Magone (1996):** Giandominico Majone (Hrsg.), Regulating Europe, London 1996.
- Matzerath (1970):** Horst Matzerath, Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung, Stuttgart u. a. 1970.
- Müller/Vogelsang (1979):** Jürgen Müller u. Ingo Vogelsang, Staatliche Regulierung, Baden-Baden 1979.
- Münch (1983):** Paul Münch, Das System der öffentlichen Bindung der Versorgungsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Theo Thiemeyer, Carl Böhrer und Gerhard Himmelmann (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen. Beiträge zur Regulierungsdebatte. Gert von Eynern zum 80. Geburtstag gewidmet (Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 22), Baden-Baden 1983, S. 239-270.
- Nicholls (1994):** Anthony J. Nicholls, Freedom with Responsibility: The Social Market Economy in Germany 1918-1963, Oxford 1994.
- OECD (2002):** Organisation for Economic Cooperation and Development (Hrsg.), Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism to Regulatory Governance, Paris 2002.
- Püttner (1967):** Günter Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung. Zum Problem der besonderen öffentlichen Aufgaben der Gemeindeunternehmen, Stuttgart u. a. 1967.
- Robinson (2007):** Colin Robinson (Hrsg.), Utility Regulation in Competitive Markets: Problems and Progress, Cheltenham 2007.
- Säcker (2007):** Franz J. Säcker, Wettbewerbsfördernde Anreizregulierung: Zum Anreizregulierungsbericht der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2006, Frankfurt a.M. 2007.
- Schmoller (1900):** Gustav Schmoller, Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1. Teil, Leipzig 1900.
- Schuppert (1998):** Gunnar Folke Schuppert, Geändertes Staatsverständnis als Grundlage des Organisationswandels öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung Baden-Baden 1998, S. 19-59.
- Schuppert (2005):** Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005.
- Sombart (1928):** Werner Sombart, Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus. Zweiter Halbband, München u. Leipzig 1928.
- Stern/Püttner (1965):** Klaus Stern u. Günter Püttner, Die Gemeindegewirtschaft. Recht und Realität. Zum staats- und kommunalverfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft, Berlin 1965.
- Stier (1999):** Bernhard Stier, Staat und Strom. Die politische Steuerung des Elektrizitätssystems in Deutschland 1890-1950, Ubstadt-Weiher 1999.
- Stolleis (1974):** Michael Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.

**Thatcher (2002):** Mark Thatcher, Analysing regulatory reform in Europe, in: Journal of European Policy 9, 6. Spezialausg., 2002, S. 859-872.

**Thiemeyer (1983):** Theo Thiemeyer, Öffentliche Bindung von Unternehmen. Überblick über die wichtigsten Aspekte der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion über die „Regulierung“ privater und öffentlicher Unternehmen, in: Theo Thiemeyer, Carl Böhret u. Gerhard Himmelmann (Hrsg.), Öffentliche Bindung von Unternehmen. Beiträge zur Regulierungsdebatte. Gert von Eynern zum 80. Geburtstag gewidmet (Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, H. 22), Baden-Baden 1983, S. 25-53.

**von Eynern (1975):** Gert von Eynern, Gemeinwirtschaftliche Bindung von Unternehmen, Schriftenreihe Gemeinwirtschaft, H. 17, Frankfurt a.M. 1975.

**von Loesch (1977):** Achim von Loesch, Die gemeinwirtschaftliche Unternehmung. Vom antikapitalistischen Ordnungsprinzip zum marktwirtschaftlichen Regulativ, Köln 1977.

**Willke (1997):** Helmut Wilke, Supervision des Staates, Frankfurt a.M. 1997.

**Ziegler (1996):** Dieter Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung. Die Eisenbahnpolitik der deutschen Staaten im Vergleich, Stuttgart 1996.

## Regulierung 2.0 – Theoretische Entwicklungen und Anwendungen aus Infrastruktursektoren\*\*

Professor von Hirschhausen bezeichnet den gegenwärtigen Status der Anreizregulierung als „Regulierung 1.0“. Das was jenseits der Anreizregulierung auf Wissenschaft und Praxis wirkt, fasst er unter „Regulierung 2.0“ zusammen.

Nachfolgend fünf Thesen zur Thematik:

### These 1

Die traditionelle Anreizregulierung, die „Regulierung 1.0“ – also sozusagen die Mutter der Regulierung, der heutigen Regulierung – hat sich auch in der kommunalen Infrastruktur durchgesetzt.

### These 2

In jedem Sektor sind Bedingungen vorzufinden, die die traditionelle Anreizregulierung nicht überflüssig machen, sondern ergänzungsbedürftig sind.

„Regulierung 2.0“ bedeutet, dass die gegenwärtigen Regulierungsmechanismen adaptiert werden müssen und auf Sektor-, Unternehmens- und sonstige Spezifika angewandt werden müssen. Das Thema Umwelt spielt in der Regulierung in Bälde eine Rolle.

### These 3

Sektor Energie: Man braucht eine Anreizregulierung, die ermöglicht erneuerbare und nicht-fossile Brennstoffe in das Netz einzubringen. Dies gelingt mit den traditionellen Netzen nicht, jedoch mit *smart grids* ist dies möglich. Aber *smart grids* bedeutet auch höhere Kosten, mehr Netze, mehr Technologie, höhere Kapitalintensität.

---

\* Prof. Dr. Christian von Hirschhausen ist Inhaber des Lehrstuhls Energiewirtschaft, Chair of Energy Economics and Public Sector Management an der Technischen Universität Dresden.

\*\* Zusammenfassende Thesen des Vortrags von Prof. Dr. Christian von Hirschhausen.



Der Erdgastransport ist eine Einheit und sollte als solche auch einheitlich gemanagt werden. Eine neues Netzentgelt an jedem „Fürstentum“ macht keinen Sinn. Man sollte eine Ergänzung in Richtung eines einheitlichen Systembetreibers vornehmen, der dann zu regulieren ist, denn dies ist ein natürliches Monopol, in das kein Wettbewerb zu bekommen ist.

#### **These 4**

Sektor ÖPNV: Synergieeffekte in der interkommunalen Zusammenarbeit jenseits von Fusionen sind wichtig (Bsp. Verkehrsbetriebe in Köln und Bonn). Der ÖPNV hat weniger Geld und größere Anreize, größeren Druck auf Effizienzsteigerung, da er sich neuen Rahmenbedingungen gegenübergestellt sieht. Verkehrsökonomisch machen Kooperationen Sinn. Bestehende Synergieeffekte können mit der traditionellen Anreizregulierung in einem Ausschreibungsverfahren nicht gehoben werden.

#### **These 5**

Sektor Wasser: Die Ökonomisierung des Wassers wird kommen. Eine ernsthafte Beschäftigung des Themas wie man mit Wasser unter Berücksichtigung der Umweltaspekte benchmarken kann ist dringend notwendig.

## **Informationen und Anmerkungen zur Anreizregulierung**

Zu der Thematik wurde von Professor Gottschalk auf der Basis von Folien vorgetragen.

Inhaltlich erläuterte Professor Gottschalk die Rechtsgrundlagen und das Vorgehen der Regulierungsbehörde. Er ging insbesondere auf die Implementierungsphasen, die Effizienzmessungen und Effizienzvorgaben ein.

Als absehbare Auswirkungen auf die Netzbetreiber nannte er folgende Punkte:<sup>1</sup>

- Zustandsgetriebene Erneuerungsstrategien ersetzen präventive Strategien
- Technische Risiken in Form von Störungen nehmen tendenziell zu; abnehmende Erlöse aus Netznutzungsentgelten; geringerer Spielraum für Investitionen
- Finanzwirtschaftliche Folgen: erhöhte Belastung des Personals wegen notwendigem Personalabbau
- Reduzierung des Ergebnisbeitrags aus den Stadtwerken für die kommunalen Haushalte
- Abnahme der Gewerbesteuererinnahmen aus Stadtwerken  
Infrastrukturentwertung der Netze

---

\* Prof. Dr. Wolf Gottschalk ist Stellv. Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats des BVÖD.

<sup>1</sup> Nach Horvarth & Partners. VKU 2007.

## **Anreizregulierung in den Energienetzen – gegenwärtiger Stand und Perspektiven\*\***

### **I. Anreizregulierung**

„Ziel der Anreizregulierung sind Anreize zu mehr Effizienz und frühzeitige Kostensenkungen für die Kunden.“ Mit diesen einleitenden Worten beschreibt die Bundesnetzagentur in ihrem Bericht zur Einführung der Anreizregulierung<sup>1</sup> den Grundgedanken des Systems der Anreizregulierung. Bereits diese kurze und prägnante Formulierung gibt die Idee des für das Jahr 2009 angestrebten Systemwechsels wieder.

#### **1. Argumente für die Anreizregulierung**

Als Methode zur Bestimmung von Netzentgelten basiert die Anreizregulierung auf der Überlegung, dass die im Bereich der Energieversorgungsnetze tätigen Unternehmen „im Normalfall“ kein Eigeninteresse daran entwickeln, ihre Kosten zu senken und die erzielten Kostensenkungen an Kunden weiterzureichen. Denn im Unterschied zu wettbewerblich organisierten Märkten, wo sich die Preise aus dem Wettbewerb verschiedener Anbieter am Markt ergeben, ist bei den als natürlichem Monopol bestehenden Energieversorgungsnetzen ein solches Verhalten nicht zwingend erforderlich, um eine Steigerung des Gewinns oder eine Erhöhung der Marktanteile zu erzielen. Dies gilt einmal mehr, wenn – wie dies in der bisherigen Cost-Plus-Regulierung der Fall ist – das Netzentgelt auf den vom Netzbetreiber nachgewiesenen (behördlicherseits anerkannten) Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns beruht. Diese – statischen – Gegebenheiten sollen sich durch die Einführung einer Anreizregulierung ändern.

Mit der Anreizregulierung sollen Netzbetreiber zunächst Anreize zu eigenen Anstrengungen erhalten, ihre Effizienz – also das zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und dem hierfür erforderlichen Aufwand

---

\* Dr. Bodo Herrmann ist Leiter des Referats Anreizregulierung der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

\*\* Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

<sup>1</sup> Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, S. 13.

bestehende Verhältnis – zu steigern. Dies soll durch eine Entkopplung von Kosten und Erlösen in der Weise erfolgen, dass durch die Vorgabe von Erlösobergrenzen den Unternehmen innerhalb einer so genannten Regulierungsperiode die Möglichkeit gegeben wird, höhere Gewinne dadurch zu erwirtschaften, dass sie ihre Kosten – über die behördlicherseits festgelegten Absenkungsvorgaben hinaus – absenken. Ausgehend von den für die Erlöse seitens der Regulierungsbehörden vorgegebenen Obergrenzen, kann der Netzbetreiber nämlich dann zusätzliche Gewinne erwirtschaften, wenn ihm eine zusätzliche Senkung seiner Kosten gelingt. Auf diese Weise gewinnt der Gedanke der rationellen Betriebsführung und der Effizienzsteigerung im Verhältnis zu der kostenorientierten Entgeltbildung, die bislang praktiziert wurde, eine wesentlich größere Bedeutung.

Es liegt auf der Hand, dass mit der Identifizierung von Kostensenkungspotenzialen und dem Erzielen von Effizienzsteigerungen kein Selbstzweck verfolgt wird. Mit dem System der Anreizregulierung ist vielmehr noch ein weiteres Ziel verbunden. Dieses liegt darin, die „Gewinne aus natürlichen Monopolen zu begrenzen und Effizienzgewinne an die Kunden weiterzugeben“.<sup>2</sup> Damit handelt es sich bei der Anreizregulierung um ein – vom System der Kostenprüfung zu unterscheidendes – System zur Regulierung der Netzentgelte, bei dem Netzbetreiber Anreize zur Kostensenkung und einer diesbezüglichen Weiterentwicklung ihrer Unternehmensprozesse erhalten, und entsprechende Kostensenkungen den Kunden – über die Senkung der zu zahlenden Entgelte für die Nutzung der Netze – zu Gute kommen sollen.

## **2. Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 (EnWG)**

Maßgebliche Vorschrift für die Einführung der Anreizregulierung in Deutschland ist § 21a EnWG.<sup>3</sup> Diese Vorschrift regelt die Kernelemente eines Anreizregulierungsmodells und ermächtigt die Bundesregierung zur weiteren Ausgestaltung der Einzelheiten im Wege einer – der Zustimmung des Bundesrates bedürfenden – Rechtsverordnung.

Hinsichtlich der inhaltlichen Rahmenbedingungen für ein System der Anreizregulierung sieht § 21a Abs. 2 EnWG zunächst die – oben bereits

---

<sup>2</sup> Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG vom 30.06.2006, S. 13.

<sup>3</sup> Zu den gesetzlichen Vorgaben für eine Rechtsverordnung zur Einführung der Anreizregulierung siehe auch: *Ulrich Ehrlicke*, Gesetzliche Vorgaben für eine Rechtsverordnung zur Einführung der Anreizregulierung, in *Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET)*, Special 11/2006, S. 13 ff.

erwähnte – regulatorische Vorgabe von Obergrenzen vor. Für deren Ermittlung sind in § 21a Abs. 4 EnWG weitere Einzelheiten bestimmt. Betreffend die Art der Obergrenzen führt das Gesetz aus, dass diese entweder für die Höhe der Netznutzungsentgelte oder die Gesamterlöse aus Netznutzungsentgelten festgelegt werden können.

#### *a) Adressaten der Anreizregulierung*

In Bezug auf den Adressaten der Anreizregulierung sieht § 21a EnWG vor, dass die Obergrenzen und Effizienzvorgaben entweder auf einzelne Netzbetreiber oder auf Gruppen von Netzbetreibern bezogen sein können und sowohl das gesamte Elektrizitäts- oder Gasversorgungsnetz, Teile des Netzes oder einzelne Netz- und Umspannebenen betreffen können. Mit dieser Differenzierung ermöglicht der Gesetzgeber eine Ausschnittsbetrachtung und damit eine zielgenaue Anwendung der Anreizregulierung.

#### *b) Regulierungsperioden*

Die unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben seitens der Regulierungsbehörden zu bildenden Obergrenzen dürfen für jeweils nur einen bestimmten Zeitraum, die so genannte Regulierungsperiode, vorgegeben werden. Diesbezüglich sieht das Gesetz vor, dass eine Regulierungsperiode „zwei Jahre nicht unterschreiten und fünf Jahre nicht überschreiten“ darf. Die Obergrenzen müssen mindestens für den Beginn und das Ende der Regulierungsperiode festgelegt werden.

#### *c) Ermittlung der Obergrenzen*

Hinsichtlich der Ermittlung der Obergrenzen unterscheidet das Gesetz zwingend zwischen Kostenanteilen, die von den jeweiligen Netzbetreibern beeinflussbar sind, und Kostenanteilen, die nicht beeinflussbar sind. Mit dieser Unterscheidung trägt der Gesetzgeber unter anderem dem Grundgedanken Rechnung, dass eine Kostensenkung durch den Netzbetreiber überhaupt möglich sein muss. Da es schlicht unmöglich ist, von den Netzbetreibern Kostensenkungen hinsichtlich solcher Kostenfaktoren zu fordern, die von ihnen ohnehin nicht – eigenverantwortlich – beeinflusst werden können, zählt der Gesetzgeber zum Beispiel die „gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten, Konzessionsabgaben

und Betriebssteuern“ konsequenterweise zu den nicht beeinflussbaren Kostenanteilen.

Nachdem das Gesetz weiterhin vorgibt, dass die Obergrenzen „unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben“ festzulegen sind, sind in § 21a EnWG schließlich auch Einzelheiten hinsichtlich der Bestimmung der Effizienzvorgaben, also der von den jeweiligen Netzbetreibern oder Gruppen von Netzbetreibern in Bezug auf eine effiziente Leistungserbringung zu erreichenden Ziele, enthalten. Den Ausgangspunkt für die Vorgabe von Effizienzzielen bildet eine vergleichende Betrachtung der Netzbetreiber untereinander, der so genannte Effizienzvergleich. Als Herzstück der Anreizregulierung soll der Effizienzvergleich zu Erkenntnissen über mögliche Effizienzpotenziale und noch zu erzielende Effizienzsteigerungen führen.

Hinsichtlich der für den Effizienzvergleich maßgeblichen Kriterien gibt das Energiewirtschaftsgesetz 2005 in § 21a Abs. 5 EnWG vor, dass hierbei insbesondere die bestehende Effizienz des jeweiligen Netzbetriebs, objektive strukturelle Unterschiede, die inflationsbereinigte gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung, die Versorgungsqualität und auf diese bezogene Qualitätsvorgaben sowie gesetzliche Regelungen zu berücksichtigen sind.

#### *aa) Versorgungsqualität*

Bezüglich der Qualitätsvorgaben bestimmt das Gesetz zudem, dass diese – unter Berücksichtigung der Strukturunterschiede – auf der Grundlage einer Bewertung von Zuverlässigkeitskenngrößen zu ermitteln sind. Mit der Einbeziehung der Versorgungsqualität in den Effizienzvergleich soll der – in der öffentlichen Diskussion stark befürchteten – Gefahr begegnet werden, dass Netzbetreiber die Kosteneffizienz des Netzbetriebs dadurch verbessern, dass sie Kosteneinsparungen zu Lasten der Versorgungssicherheit vornehmen.

#### *bb) Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben*

Als ein wesentliches Gebot der Anreizregulierung ordnet § 21a Abs. 5 Satz 4 EnWG an, dass die Effizienzvorgaben so gestaltet und über die Regulierungsperiode verteilt sein müssen, „dass der betroffene Netzbetreiber oder die betroffene Gruppe von Netzbetreibern die Vorgaben unter Nutzung der ihm oder ihnen möglichen und zumutbaren Maß-

nahmen erreichen und übertreffen kann“. Dass die Effizienzvorgaben für die betreffenden Netzbetreiber hiernach nicht nur erreichbar, sondern zudem auch übertreffbar sein müssen, erklärt sich aus dem für den Netzbetreiber mit dem Übertreffen der Effizienzvorgabe entstehenden Anreiz, die mit der wachsenden Kosteneffizienz entstehenden Überschüsse einbehalten zu können.

Mit dem vorstehend beschriebenen Postulat der „Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit“ macht das Gesetz deutlich, dass mit der Vorgabe von Effizienzzielen von den Netzbetreibern nichts Unmögliches gefordert werden und die Erreichung dieser Ziele mit keinen unverhältnismäßigen Anstrengungen verbunden sein darf.

#### d) *Anreizregulierungsverordnung*

Zum Erlass einer solchen Verordnung ermächtigt § 21a Abs. 6 EnWG die Bundesregierung. Diese mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende Verordnung muss zwingend regeln, ob und ab welchem Zeitpunkt die Netzzugangsentgelte durch die Methode der Anreizregulierung bestimmt werden und auf Grundlage der gesetzlich vorgegebenen Eckpunkte die nähere Ausgestaltung der Anreizregulierung und ihre Durchführung regeln. In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Rahmen der Durchführung der Anreizregulierung Festlegungen<sup>4</sup> treffen und Maßnahmen des Netzbetreibers genehmigen kann, ist schließlich ebenfalls zwingend in der Verordnung zu regeln.

Neben den vorstehenden – zwingend vorgegebenen – Bestandteilen sieht das Energiewirtschaftsgesetz 2005 auch einige optionale Inhalte der Rechtsverordnung zur Ausgestaltung der Anreizregulierung vor, die der Verordnungsgeber in seiner Verordnung zwar regeln kann, aber keineswegs regeln muss. In der in § 21a Abs. 6 Satz 2 EnWG enthaltenen – abschließenden und damit durch den Verordnungsgeber nicht beliebig erweiterbaren – Auflistung findet sich zum Beispiel eine Ermächtigung zu Regelungen betreffend die Voraussetzungen, unter welchen die Obergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode auf Antrag des betroffenen Netzbetreibers von der Regulierungsbehörde abweichend vom vorgegebenen Entwicklungspfad angepasst werden kann. Weiterhin

---

<sup>4</sup> Bei einer *Festlegung* handelt es sich nach § 29 Abs. 1 EnWG um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde gegenüber einem Netzbetreiber, einer Gruppe von Netzbetreibern oder allen Netzbetreibern.

kann die Verordnung auch Regelungen zur Erhebung der für die Durchführung der Anreizregulierung erforderlichen Daten durch die Regulierungsbehörde und einige andere Regelungen vorgeben.

## **II. Die Anreizregulierungsverordnung vom 29. Oktober 2007 (ARegV)**

Auf Grundlage der vorstehend beschriebenen Ermächtigung des § 21a Abs. 6 EnWG hat das Bundeskabinett am 13.06.2007 einen Entwurf für die Anreizregulierungsverordnung vorgelegt. Nach der Vornahme einiger Veränderungen im Gesetzgebungsverfahren und der Zustimmung des Bundesrates ist die Anreizregulierungsverordnung am 06.11.2007 in Kraft getreten.

### **1. Ermittlung der jeweiligen Erlösobergrenzen für die Netzbetreiber**

Entsprechend der Vorgabe, dass die Anreizregulierungsverordnung zu bestimmen hat, ob und ab welchem Zeitpunkt ein System der Anreizregulierung eingeführt werden wird, ist § 1 ARegV zunächst zu entnehmen, dass Netzentgelte ab dem 01.01.2009 im Wege der Anreizregulierung bestimmt werden. § 2 ARegV regelt sodann, dass das Verfahren zur Bestimmung der Erlösobergrenzen von Amts wegen eingeleitet wird. Hieraus ergibt sich, dass sich der Ordnungsgeber gegen die Vorgabe von Obergrenzen für die Höhe der Netznutzungsentgelte, sondern für die Bildung von Obergrenzen der aus den Netzentgelten zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers (Erlösobergrenze) entschieden hat.

Für die Bestimmung der Erlösobergrenzen sieht die Anreizregulierungsverordnung eine Vielzahl von Regelungen vor. So ist zunächst vorgesehen, dass die zulässigen Erlöse vor Beginn einer Regulierungsperiode für jedes Jahr der gesamten Regulierungsperiode durch die Regulierungsbehörde festgelegt werden, § 4 Abs. 2 ARegV. Da nach § 3 Abs. 2 ARegV eine Regulierungsperiode fünf Jahre dauert - Ausnahme: erste Regulierungsperiode für Gas – vier Jahre (§ 34 Abs. 1a ARegV) -, müssen bereits am Anfang des Fünfjahreszeitraums die Erlösobergrenzen für die einzelnen Jahre des Gesamtzeitraums ermittelt und vorgegeben werden. Als Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode bestimmt § 6 Abs. 2 ARegV das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG vor Beginn der Anreizregulierung. Damit bilden



die Kosten der zweiten Genehmigungsrunde der Netzentgelte die kalkulatorische Ausgangsbasis für die Ermittlung der ab 2009 vorzugebenden Erlösobergrenzen für die aus Netzentgelten künftig zulässigen Gesamterlöse.

Im Hinblick darauf, dass fünf Jahre im Wirtschaftsleben einen sehr langen und nicht in allen Einzelheiten voraussehbaren Zeitraum bedeuten, sieht die Verordnung bestimmte Möglichkeiten zu einer Anpassung der Erlösobergrenze während der Regulierungsperiode vor. Dies ist in bestimmten Fällen zum einen durch den Netzbetreiber und damit ohne eine erneute Festlegung der Erlösobergrenze durch die Regulierungsbehörde und zum anderen auf Antrag des Netzbetreibers durch erneute behördliche Festlegung möglich (vgl. § 4 Abs. 2 bis Abs. 4 ARegV).

Ohne eine erneute behördliche Festlegung ist eine zum 01.01. eines Kalenderjahres mögliche Anpassung dann durchführbar, wenn sich der Verbraucherpreisgesamtindex oder bestimmte nicht beeinflussbare Kostenanteile ändern. Mit dieser in § 4 Abs. 3 ARegV enthaltenen Regelung ist eine in zweifacher Hinsicht restriktive Handhabung der Anpassungsmöglichkeiten angelegt. Denn zum einen ist die Anpassungsmöglichkeit jeweils nur zum 01.01. eines Kalenderjahres gegeben und damit strengen zeitlichen Restriktionen unterworfen. Zum anderen sind die Gründe, die eine unbürokratische - ohne Antrag bzw. Festlegung durch die Regulierungsbehörde - erfolgende Anpassung der Erlösobergrenze ermöglichen, lediglich auf zwei nicht im Einflussbereich des Netzbetreibers liegende Konstellationen begrenzt.

Aber auch die auf einen entsprechenden Antrag des Netzbetreibers vorzunehmende Anpassung der Erlösobergrenze durch die Regulierungsbehörde ist zum Teil sowohl zeitlich als auch sachlich reglementiert. Diesbezüglich ist in § 4 Abs. 4 ARegV nämlich vorgegeben, dass eine solche Anpassung nur nach Maßgabe des § 10 ARegV und damit nur bei einer während der Regulierungsperiode eingetretenen nachhaltigen Änderung der Versorgungsaufgabe des Netzbetreibers oder bei einer unzumutbaren Härte erfolgen kann, die sich aufgrund des Eintritts eines unvorhersehbaren Ereignisses im Falle der Beibehaltung der bisherigen Erlösobergrenze ergeben würde. Der Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze wegen einer Änderung der Versorgungsaufgabe kann einmal jährlich zum 30.06. des Kalenderjahres gestellt werden, wobei die eigentliche Anpassung zum 01.01. des folgenden Kalenderjahres erfolgt.

Trotz der vorstehend beschriebenen Möglichkeiten zur Anpassung ist die Vorgabe von Erlösobergrenzen über eine mehrjährige Regulierungs-

periode mit gewissen Prognoseunsicherheiten behaftet. Aus diesem Grund ist in § 5 ARegV die Einrichtung eines so genannten Regulierungskontos vorgesehen, auf dem die Differenz zwischen den zulässigen und den vom Netzbetreiber tatsächlich erzielten Erlösen jährlich verbucht wird. Mit diesem bei der Regulierungsbehörde für jeden Netzbetreiber geführten Konto soll zum einen verhindert werden, dass mögliche Prognoseunsicherheiten zu übermäßigen Preisschwankungen führen und zum anderen nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Abweichungen adäquat berücksichtigt werden. Aus diesem Grund werden die über einen Zeitraum von einer Regulierungsperiode auf dem Regulierungskonto verbuchten Abweichungen saldiert und im Verlauf der nächsten Regulierungsperiode ausgeglichen. Dieser Ausgleich soll über Zu- oder Abschläge auf die zulässigen Erlöse der folgenden Regulierungsperiode erfolgen.

Zur eigentlichen Festsetzung der für die einzelnen Netzbetreiber geltenden Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörde verweist § 7 ARegV auf die in der Anlage 1 enthaltene – so genannte – Regulierungsformel. Diese lautet:

$$EO_t = KA_{dnb,t} + (KA_{vnb,0} + (1-V_t) \cdot KA_{b,0}) \cdot (VPI_t/VPI_0 - PF_t) \cdot EF_t + Q_t$$

Diese Formel setzt sich aus unterschiedlichen Elementen zusammen, die in der Anlage 1 (zu § 7) der Verordnung erläutert und definiert werden. Hierzu zählen unter anderem die dauerhaft und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile, der beeinflussbare Kostenanteil, der Verbraucherpreisgesamtindex, der generelle sektorale Produktivitätsfaktor und die aus einer Qualitätsregulierung resultierenden Zu- bzw. Abschläge auf die Erlösobergrenze. Auch ohne dass die jeweiligen Elemente im Einzelnen erläutert werden müssten, macht bereits ihre beispielhafte Aufzählung die Komplexität der Regulierungsformel und damit die des gesamten Systems der Anreizregulierung deutlich.

Wie bereits dargestellt, beziehen sich die von den Regulierungsbehörden zu treffenden Effizienzvorgaben lediglich auf die beeinflussbaren Kostenanteile des Netzbetriebs. Aus diesem Grunde findet sich mit § 11 ARegV in der Verordnung eine Vorschrift im Gesetzestext, die beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile definiert.

#### a) *Nicht beeinflussbare Kostenanteile*

Als nicht beeinflussbare Kostenanteile definiert § 11 Abs. 1 ARegV dauerhaft und vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile. In § 11

Abs. 2 ARegV findet sich sodann eine abschließende – d.h. nicht erweiterbare – Aufzählung der als dauerhaft nicht beeinflussbar geltenden Kostenanteile. Hierzu zählt der Ordnungsgeber beispielsweise Konzessionsabgaben und Betriebssteuern, aber auch Kosten für vorgelagerte Netzebenen, die im Wege der Kostenwälzung in die Entgelte nachgelagerter Netzbetreiber einfließen, sowie Vergütungen für dezentrale Einspeisungen. Er fasst damit unter den Begriff der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile solche Positionen, die sich dauerhaft und damit bleibend einer Steuerungsmöglichkeit durch den Netzbetreiber entziehen. Als vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten nach § 11 Abs. 3 ARegV solche Kostenanteile, die bereits effizient sind. In Absatz 4 ist schließlich geregelt, dass als beeinflussbare Kostenanteile alle Kostenanteile anzusehen sind, die weder als dauerhaft noch als vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile zu qualifizieren sind.<sup>5</sup>

#### *b) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor*

Ein weiteres – immer noch umstrittenes – Element der Regulierungsformel bildet der generelle sektorale Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV. Mit diesem soll – abweichend von der die Gesamtwirtschaft betreffenden allgemeinen Produktivitätssteigerung – ein speziell für den Bereich der Energieversorgungsnetze geltender Produktivitätsfaktor berücksichtigt werden. Die Erforderlichkeit eines solchen über die allgemeine Produktivitätssteigerung hinausgehenden Faktors wird mit der auf internationale Erfahrungen gestützten Annahme begründet, dass durch die Einführung der Anreizregulierung höhere Produktivitätssteigerungen zu erzielen sind als in den allein wettbewerblich organisierten Märkten.<sup>6</sup> Im Ergebnis wird den Netzbetreibern also ein weiterer Kosten senkender Faktor aufgegeben. Für die erste Regulierungsperiode ist eine normative Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf 1,25 % pro Jahr vorgesehen, während für die zweite Regulierungsperiode ein

Wert von 1,5 % pro Jahr festgelegt wurde. Nach § 9 Abs. 3 ARegV wird der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ab der dritten Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen, ermittelt.

---

<sup>5</sup> Belastungen der Netzbetreiber aufgrund der gesetzlichen Verpflichtungen zur Aufnahme von Strom aus erneuerbaren Energien – nach dem EEG – oder Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen – nach dem KWKG – sind dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten. Der Netzbetreiber muss sich schließlich rechtstreu verhalten und hat somit auf die Entstehung und die Höhe dieser Kosten keinen Einfluss.

<sup>6</sup> Begründung des Verordnungsentwurfs, S. 45.

### c) *Der Effizienzvergleich*

Der für die Bildung von Erlösobergrenzen erforderliche Effizienzvergleich dient der Gewinnung von Erkenntnissen zur Effizienzverbesserung und damit der Bestimmung der unternehmensindividuellen Effizienzvorgaben. Vorgesehen ist, dass die Bundesnetzagentur eine bundesweite Effizienzmessung durchführt. Hiermit soll sichergestellt werden, dass der Effizienzvergleich auf einer breiten und damit hinreichend belastbaren Datengrundlage basiert. Die Landesregulierungsbehörden können in dessen eigene Effizienzmessungen durchführen.

Der Effizienzvergleich hat getrennt für Strom- und Gasverteilernetze erfolgen. Für Übertragungs- und Fernleitungsnetze muss ebenfalls jeweils ein gesondertes Verfahren durchgeführt werden. Bezüglich der Übertragungsnetzbetreiber muss ein internationaler Effizienzvergleich vorgenommen werden; d.h., Netzbetreiber anderer EU-Mitgliedstaaten müssen in den Vergleich einbezogen werden. Für Fernleitungsnetzbetreiber wird ein internationaler Effizienzvergleich dann erforderlich, wenn der zunächst vorgesehene nationale Vergleich keine belastbaren Ergebnisse erbringen sollte (vgl. § 22 ARegV). Sowohl bezüglich der Übertragungs- als auch hinsichtlich der Fernleitungsnetzbetreiber kann ggf. ergänzend oder aber ersatzweise die so genannte Referenznetzanalyse zum Einsatz kommen (vgl. § 22 Abs. 2 und Abs. 4 ARegV).

Als Maßstab für die Bestimmung der Effizienzwerte sollen nach ARegV die im Effizienzvergleich ermittelten effizienten Netzbetreiber (Frontier-Unternehmen) dienen. Infolgedessen orientiert sich die Verordnung an den besten Netzbetreibern. Damit gelten nur diejenigen Netzbetreiber als effizient, die das beste Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und dem hierfür erforderlichen Aufwand erzielen. Damit hat sich der Verordnungsgeber gegen die Festlegung einer Durchschnittseffizienz als Vergleichsmaßstab entschieden.

Um die Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben zu gewährleisten, wird in der Anreizregulierungsverordnung ein Mindesteffizienzwert von 60 % festgelegt. Dies bedeutet, dass jeder Netzbetreiber jedenfalls zu 60 % effizient ist. Im Umkehrschluss heißt das, dass kein Netzbetreiber eine Effizienzsteigerung von mehr als 40 % erreichen und damit seine Kosten um nicht mehr als 40 % - nach § 16 Abs. 1 ARegV über zwei Regulierungsperioden hinweg - senken muss. Gegebenenfalls können allerdings die aus dem Effizienzvergleich ermittelten Effizienzwerte – im Hinblick auf die individuellen Besonderheiten des Netzbetreibers – „bereinigt“, d.h. angepasst werden (vgl. § 15 ARegV).

Aus den individuell gefundenen Erlösobergrenzen werden nun - seitens der Netzbetreiber - die Netzentgelte ermittelt. Hierbei gelten einzelne Bestimmungen der Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen entsprechend (vgl. § 17 ARegV).

## **2. Vereinfachtes Verfahren**

Um kleinere Netzbetreiber mit dem soeben umrissenen, komplexen Verfahren nicht zu überfordern, sieht § 24 ARegV für bestimmte, kleinere Netzbetreiber ein vereinfachtes Verfahren vor. Von diesem vereinfachten Verfahren werden wohl eine Vielzahl von Netzbetreibern profitieren. In § 24 Abs. 1 ARegV ist vorgesehen, dass Netzbetreiber mit weniger als 30.000 angeschlossenen Kunden im Strombereich oder mit weniger als 15.000 angeschlossenen Kunden im Gasbereich am vereinfachten Verfahren teilnehmen können. Diese kleinen Netzbetreiber haben insoweit ein Wahlrecht. Sofern sie das vereinfachte Verfahren wünschen, hatten sie einen entsprechenden Antrag bei der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde bis zum 15.12.2007 zu stellen.

Im vereinfachten Verfahren gelten sodann unter anderem folgende Erleichterungen bzw. Grundsätze:

- Die Teilnahmeerklärung ist für eine Regulierungsperiode bindend.
- Es erfolgt keine Teilnahme am Effizienzvergleich.
- Der Effizienzwert in der ersten Regulierungsperiode beträgt 87,5 %.
- Der Anteil der nicht beeinflussbaren Kosten wird pauschal auf 45 % festgelegt (u.U. für eine Übergangszeit auf 20 % bei Gasverteilernetzen, vgl. § 34a ARegV).
- Das Qualitätselement bleibt unberücksichtigt. Es gibt also keine Zu- oder Abschläge, wenn Netzbetreiber hinsichtlich der Netzzuverlässigkeit von Kennzahlvorgaben abweichen.

## **III. Fazit**

Die Einführung des neuen Systems der Anreizregulierung kristallisiert sich als komplexe Aufgabe heraus, wobei die Umsetzung der jüngst in Kraft getretenen Anreizregulierungsverordnung für die Strom- und Gasnetzbetreiber eine große – in einigen Belangen vor allem neuartige – Herausforderung darstellt. Mit Beginn der Anreizregulierung zum 01.01.2009 und der damit verbundenen Abkehr von der kostenorien-

tierten Entgeltbildung wird ein Paradigmenwechsel innerhalb des bisherigen Systems der Regulierung vollzogen werden, der für Netzbetreiber und Netznutzer - vergleichen mit dem bisherigen System – Vorteile aufweist. Insoweit liegt es im Interesse aller Beteiligten, dem neuen Regulierungskonzept eine faire Chance zu geben.

## Energienetze und Anreizregulierung aus öffentlich-rechtlicher Sicht

### I. Einleitung

Die Einführung der sog. „Anreizregulierung“ von Energienetzen bildet ein geradezu paradigmatisches Thema für den interdisziplinären Austausch speziell unter (Energie-) Ökonomen und Juristen sowie, geht es um „effiziente“ Leitungs- und Netztechnologien, einschlägig befassten Vertretern der Ingenieurwissenschaften. Schließlich entstammt das Modell zuvorderst neueren wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtungen zur Schaffung von „Markt“-Strukturen in traditionell vom Wettbewerb abgeschotteten „natürlichen Monopolen“.<sup>1</sup> Wesentlich ist ihnen das Bestreben, an Stelle klassisch ordnungsrechtlicher Instrumente die freiwillige unternehmerische Eigeninitiative des Netzmonopolisten im Hinblick auf einen insgesamt „effizienteren“ Netzbetrieb zu fördern sowie die daraus zu generierenden Kostenvorteile tunlichst zum Nutzen aller und namentlich für Endverbraucher von Netzdienstleistungen, hier also: für Strom- und Gaskonsumenten, verfügbar zu machen.

Die Juristen haben in diesem Prozess, dies darf der Autor für seine Zunft der Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft etwas salopp verallgemeinern, anfänglich eher als Zaungäste und staunend am Rande gestanden. Jetzt geht es freilich darum, das originär ökonomische Konzept der „Anreizregulierung“ in geltendes Recht und entsprechende Rechtsanwendung umzusetzen. Schwierig ist dies insofern, als die „ökonomischen“ Ansätze mit dem tradierten Instrumentarium des klassischen „Wirtschaftsverwaltungsrechts“ kaum etwas gemein haben. Schließlich ging es hier bislang und überwiegend um „Ordnungsverwaltung“ der Wirtschaft mittels sanktionsbewehrter Ge- und Verbote namentlich aus Gründen der Gefahrenabwehr. Mit der „Netzregulierung“ geht es – darüber hinaus – nunmehr und allgemein um die „proaktive“ oder *ex ante*-Steuerung ehemaliger Monopolwirtschaften durch den Staat sowie

---

\* Prof. Dr. jur. Johann-Christian Pielow ist Inhaber des Lehrstuhls Recht der Wirtschaft der Fakultät für Wirtschaftswissenschaft der Ruhruniversität Bochum.

<sup>1</sup> Als Urheber genannt werden A. Shleifer (A theory of Yardstick Competition, in: Rand Journal of Economics, Bd. 16 [1995], S. 319 ff.) und der erste „Strommarktregulierer“ (1989 - 1998) des Vereinigten Königreichs, St. Littlechild, s.a. Baur/Pritzsche/Garbers, Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005, 2006, S. 47, sowie den Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG v. 30.6.2006, Rn. 170.

im Besonderen und mit der „Anreizregulierung“ um die Setzung *positiver* Anreize zwecks Förderung gerade der *freiwilligen* unternehmerischen Eigeninitiative.

So gesehen liegt auf der Hand, dass die rechtsnormative Umsetzung der neuen Steuerungsmodelle nicht wenige juristische (Grundsatz-)Fragen aufwirft, die auch unter der Chiffre eines sich formierenden „Privatisierungsfolgen-“ bzw. „Regulierungsverwaltungsrechts“ diskutiert werden.<sup>2</sup> Sie betreffen nicht nur die „passgenaue“ Einfügung neuer Typen der „Netzregulierung“ in das überkommene Instrumentarium des öffentlichen Wirtschafts- oder Wirtschaftsverwaltungsrechts einschließlich der Konturierung damit befasster und gleichfalls neuartiger (unabhängiger) „Regulierungsbehörden“, sondern ebenso die zwingenden Vorgaben des übergeordneten Verfassungs- und Allgemeinen Verwaltungsrechts.

Nachfolgend sei zunächst ein Überblick zur bisherigen Entwicklung der Regulierung von Energienetzen gegeben; dabei sollen auch einige Hinweise zu den energie-, wirtschafts- und umweltpolitischen Rahmenbedingungen der Strom- und Gasnetze erfolgen (II.). Sodann ist kurz auf die schon erwähnten „netzökonomischen“ Grundlagen der Anreizregulierung einzugehen. Den Schwerpunkt der Ausführungen bilden die *einfachgesetzlichen* Rahmenbedingungen nach § 21a des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) 2005, innerhalb derer sich die konkrete Ausgestaltung der „Anreizregulierung“ von Energienetzen zu bewegen hat (III.); dabei sollen auch die zentralen juristischen Streitfragen zur Frage kommen, die bei der konkreten Ausgestaltung dieses Modells diskutiert wurden, und die mit der neuen „Anreizregulierungsverordnung“ entwickelten Lösungen kritisch beleuchtet werden. Im abschließenden Ausblick ist kurz auch nach den Konsequenzen insbesondere für kommunale Energieversorgungsunternehmen zu fragen (V.).

## **II. Zur Entwicklung der Netzregulierung im Energiesektor**

Um das innovative Moment der Netzregulierung im Allgemeinen sowie der „Anreizregulierung“ im Energiesektor hinreichend zu erfassen, empfiehlt sich eine kurze Rückbesinnung auf die historische Entwicklung der Steuerung dieses Wirtschaftssektors in Deutschland.

---

<sup>2</sup> Siehe dazu frühzeitig und statt vieler E. Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Tzrn. 49 ff.



## 1. Zwischen staatlicher und gesellschaftlicher „Regulierung“

Hierzu wurde ausgeführt, dass es im Prinzip seit dem ersten deutschen Energiewirtschaftsgesetz von 1935<sup>3</sup> immer schon eine (staatliche) Regulierung gibt.<sup>4</sup> Allerdings darf dieses Anfangsregime mit Fug und Recht, und namentlich im Vergleich zu ausländischen Energierechtsordnungen der damaligen Zeit, noch mit *Regulierung „light“* umschrieben werden: Zwar regelte das EnWG 1935 in Verbindung mit ergänzenden Rechtsverordnungen neben der staatlichen Aufsicht über Energieanlagen (§ 4) und den Marktzutritt neuer Unternehmen (§ 5) insbesondere die Anschluss- und Versorgungspflicht speziell zugunsten von Haushalts- und Kleingewerbekunden nebst Tarifpreiskontrolle (§§ 6, 7) und enthielt – im Einzelnen umstrittene, jedoch nie richtig praktisch gewordene – Vorgaben für die staatliche Investitionskontrolle (§ 4 Abs. 2) und die Entziehung von Versorgungsaufgaben im Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung (sog. „Abmeierung“ nach § 8). Im Unterschied zu den zu jener Zeit in vielen anderen Staaten (z.B. Frankreich, Großbritannien) um sich greifenden *Verstaatlichungen* der Energiewirtschaft blieb es in Deutschland jedoch bei ihrer Qualität als „jedermann“ zugängliche Wirtschaftsagenda. Dies erklärt das bis heute anzutreffende Nebeneinander privater, öffentlicher bzw. kommunaler sowie gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Andererseits blieb es insbesondere bei der Feinsteuerung des Sektors aufgrund privatrechtlicher Vertragsbeziehungen im Rahmen exklusiver „Konzessionsverträge“ mit den gemeindlichen Eigentümern des Straßen- und Wegenetzes und der „Demarkationsverträge“ zwischen Energieversorgungsunternehmen auf der Verbund-, der Regional- sowie der örtlichen Verteilerebene.<sup>5</sup> Alles in allem wies die deutsche Energiewirtschaft infolge der skizzierten privatvertraglichen Grundlagen ein beachtliches Maß an gesellschaftlicher resp. unternehmerischer *Selbstregulierung* auf, welches im Grunde genommen bis zur letzten Reform des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005<sup>6</sup> Bestand hatte.

---

<sup>3</sup> Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451); dazu eingehend zuletzt etwa *Tettinger*, in: R. Schmidt (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil 1*, § 7 Tzrn. 20 ff.

<sup>4</sup> Vgl. G. *Ambrosius* in diesem Band S. 18 ff.

<sup>5</sup> Hinzu trat mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 (BGBl. I S. 1081) später noch das sog. „Energiekartellrecht“, welches einerseits die vorgenannten Verträge von der Anwendung des Kartell- und des Monopolmissbrauchsverbots ausdrücklich ausnahm, jedoch mit einer ab den 1980er Jahren geltenden eigenen Kontrolle über Energieunternehmen möglichen Missbräuchen marktbeherrschender Stellungen gerade diese Unternehmen entgegen zu wirken bemüht war.

<sup>6</sup> Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG), BGBl. I 1970 (3621).

## 2. EnWG 1998

Auch die erste umfassende Gesetzesreform von 1998<sup>7</sup> führte den selbst-regulativen Ansatz fort, indem sie – unter Ausnutzung entsprechender Optionen in den ersten EG-Richtlinien für den Elektrizitäts- und den Gasbinnenmarkt<sup>8</sup> – insbesondere die Regulierung des Netzzugangs der „Verhandlung“ unter den Marktakteuren, sprich: den „Verbändevereinbarungen“ zwischen der Strom- und Gaswirtschaft und den Verbänden vor allem der stromintensiven Industrien, überließ.

Bekanntlich nahm die Entwicklung der Energiemarktsteuerung in Deutschland dann allerdings, wie zuvor schon in allen anderen EU-Staaten, eine „etatistischere“ Wendung: In seinem Monitoring-Bericht sprach sich das Bundeswirtschaftsministerium aufgrund zu vermissender hinreichender Wettbewerbseffekte auf den deutschen Energiemärkten nun erstmals und mit Nachdruck für die ausschließlich staatliche „Netzregulierung“ aus.<sup>9</sup> Wenig später folgten die sog. EG-„Beschleunigungsrichtlinien“ zum Gas- bzw. Elektrizitätsbinnenmarkt, die nunmehr neben der kompletten Öffnung aller Energiemärkte in der EU für sämtliche Verbraucher ab Juli 2007 – welche *de jure* in Deutschland schon seit dem EnWG 1998 bestand – die obligatorische Regulierung durch von den Interessen der Energiewirtschaft „vollkommen unabhängige“ Regulierungsbehörden forderte.<sup>10</sup>

## 3. EnWG 2005

All dies führte, nach heftigem Hin und Her in langwierigen Gesetzesberatungen, zur letzten umfassenden Novelle des Energiewirtschaftsrechts per Gesetz vom 7. Juli 2005 – deren hier maßgebliches und entscheidendes Novum in der Einführung der schon besagten staatlichen „*ex ante*“ – oder auch „Zwangs“-Steuerung des Netzbetriebs gemäß den §§ 11 ff. und vor allem des Zugangs Dritter zu den Netzen nach den §§ 20 ff. EnWG bestand. Ferner wurde die schon bislang existierende und

---

<sup>7</sup> Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 24.4.1998, BGBl. I S. 730.

<sup>8</sup> Richtlinie 96/92/EG v. 19.12.1996, ABl. EU 1997, Nr. L 27, S. 20 (Strom) und Richtlinie 98/30/EG v. 22.6.1998, ABl. EU 1998, Nr. L 204, S. 1 (Gas).

<sup>9</sup> Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen (Monitoring-Bericht) v. 31.08.2003

<sup>10</sup> Vgl. insbes. Art. 23 Richtlinie 2003/54/EG v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EU Nr. L 176, S. 37, sowie Art. 25 Richtlinie 2003/55/EG v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU Nr. L 176, S. 57.

bis dahin von den Kartellbehörden erledigte *ex post*-Kontrolle möglicher Missbräuche marktbeherrschender Stellungen ins Energiewirtschaftsgesetz (vgl. §§ 30 ff.) und damit ebenfalls in die Kompetenz der neuen Regulierungsbehörden, konkret: der „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“ (BNetzA)<sup>11</sup> bzw. der nach Maßgabe des § 54 Abs. 2 EnWG zuständigen Landesregulierungsbehörden, überführt. Auf den Punkt gebracht sieht sich der „Quantensprung“ von der weitgehend gesellschaftlich bzw. „unternehmerisch“ zur nunmehr „staatlich“ regulierten Energiewirtschaft bereits in der Zweckbestimmung des Gesetzes (§ 1), wenn dort neben der bewährten „Zieltrias“ einer zugleich sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen (sowie nunmehr auch „verbraucherfreundlichen“ und „effizienten“) leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas nunmehr (in Abs. 2) auch die „Netzregulierung“ wie folgt umschrieben wird:

„Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.“

Es liegt auf der Hand, dass eine derart angereicherte gesetzliche Zwecksetzung – bei im Übrigen mehr als versechsfacher Anzahl der Paragraphen allein im neuen EnWG gegenüber dem Stand von 1998!<sup>12</sup> – entsprechend breitere Pflichtenbindungen für Energieversorgungsunternehmen und speziell für die Betreiber von Strom- und Gasübertragungs- und Verteilernetze mit sich bringt. Allgemein kommen diese „Indienstnahmen“ schon in § 2 Abs. 1 EnWG zum Ausdruck, wenn es dort heißt:

„Energieversorgungsunternehmen sind im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes zu einer Versorgung im Sinne des § 1 verpflichtet.“

Derart pauschale „Indienstnahmen“ bilden an und für sich einen Fremdkörper in der deutschen Gesetzessprache. Sie beruhen letztlich auf wortgleichen Formulierungen in den zitierten EG-(„Beschleunigungs“-) Richtlinien für den Gas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt und erinnern an umfassende rechtliche Bindungen nach Art der französischen *services publics*. Daraus folgt auch ihre mögliche problematische Wirkung in der Rechtsanwendung, etwa bei der näheren Auslegung anderweitiger Vorschriften resp. Pflichtenbindungen des EnWG, und zwar im Sinne

---

<sup>11</sup> Siehe zu dieser bis dahin als „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ (RegTP) firmierenden Einrichtung auch das Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation Post und Eisenbahnen v. 7.7.2005, BGBl. I S. 1970 (2009).

<sup>12</sup> Nicht mitgezählt sind die inzwischen ergangenen zahlreichen, freilich noch nicht abschließend verabschiedeten begleitenden Rechtsverordnungen zu den einzelnen Regelungsbereichen des EnWG; s. für einen Überblick nur [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (→ Energie → Wettbewerb Strom/Gas).

eines „im Zweifel für die Pflichterfüllung“, womit entsprechende Reduktionen unternehmerischer resp. grundrechtlich verbürgter Freiheiten vorprogrammiert erscheinen.

Auf alle Einzelheiten der neuartigen „Regulierung des Netzbetriebs“ kann nicht weiter eingegangen werden.<sup>13</sup> Hervorgehoben sei lediglich, dass dieser zentrale Regelungsbereich des neuen EnWG neben der hier vor allem interessierenden Regulierung des Netzzugangs (§§ 20 ff.) auch die umfassend gesetzlich und verordnungsrechtlich umhiegte Steuerung des eigentlichen „Betriebs“ der Stromübertragungs- und Gasfernleitungs- sowie der Verteilernetze umfasst. Nach näherer Maßgabe der §§ 11 ff. EnWG geht es dabei jeweils um die Pflicht,

„ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und [ggfs. sogar] auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist“ (§ 11 Abs. 1).

Dies impliziert den hinreichenden Zusammenschluss mit sowie den geregelten Energieaustausch zwischen vor- und nachgelagerten Netzen unter Einschluss der „Systemverantwortung“ aller Netzbetreiber. Sie zielt darauf ab, Gefährdungen oder Störungen des jeweiligen Versorgungssystems rechtzeitig durch „netzbezogene“ Maßnahmen (wie Zu- und Abschaltungen von Netzen und/oder Kraftwerken) oder „marktbezogene“ Maßnahmen wie namentlich die Beschaffung von Regel- und Reserveenergie (Ausgleichsleistungen) abzuwenden, vgl. §§ 13, 16 und 22 f. EnWG. Des Weiteren sind die umfangreichen Pflichten zum Netzananschluss gerade auch von Erzeugungs- und (Gas-)Speicheranlagen sowie von Letztverbrauchern zu nennen, wie sie in den §§ 17 bis 19 EnWG und den diesbezüglichen Rechtsverordnungen<sup>14</sup> niedergelegt sind. Von den Netz„system“- bzw. Netz„anschluss“-Pflichten gehen wiederum nicht unbeachtliche Rück- und Wechselwirkungen hinsichtlich der Netz„zugang“regulierung aus. Akzentuiert wird die komplexe Pflichtenstellung der Netzbetreiber schließlich noch durch zahlreiche Vorrangregelungen zugunsten des Netzzuganges von Anlagen zur Nutzung und der Einspeisung von Strom und neuerdings auch (Bio-) Gas<sup>15</sup> aus „erneuerbaren Energien“<sup>16</sup> sowohl im EnWG (s. z.B. §§ 17 Abs. 2a) als auch im

<sup>13</sup> Dazu eingehend etwa *J.-Ch. Pielow*, Netzverantwortung und Netzregulierung, in: derselbe (Hrsg.), Das neue Energiewirtschaftsgesetz im Dialog von Wissenschaft, Wirtschaft und Politik, 2006, S. 31 ff.

<sup>14</sup> Namentlich: Kraftwerksnetzanschlussverordnung (KraftNAV) sowie Niederspannungs- bzw. Niederdruckanschlussverordnung (Strom/GasNAV).

<sup>15</sup> Siehe insoweit § 24 S. 2 Nr. 3a EnWG i.V.m. §§ 41a bis 41g GasNZV.

<sup>16</sup> Dies sind nach § 3 Nr. 18a EnWG i.V.m. 3 Nr. 3 EEG „Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie, Windenergie, solare Strahlungsenergie,

Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG).

#### **4. Herausforderung Netzmodernisierung und -ausbau**

Durch den vorbezeichneten Pflichtenkanon für Netzbetreiber sieht sich das gesamtwirtschaftliche Interesse an ebenso zuverlässigen wie leistungsfähigen Energienetzinfrastrukturen auch energierechtlich unterstrichen – was letztlich auch im Zuge der Netzzugangs- und damit der „Anreizregulierung“ zu beachten ist. Es besteht Anlass, dies besonders hervorzuheben, da die Anforderungen an den Ausbau und die Modernisierung der deutschen Energienetze mit der Fortentwicklung des Energiebinnenmarktes, vor allem aber infolge der voranschreitenden „Dezentralisierung“ der Energieerzeugung infolge verstärkter Nutzung erneuerbarer Energien exponential ansteigen.<sup>17</sup> Für den Gasbereich ist der aus Gründen steigender Gasnachfrage und eines diversifizierteren Gasimports notwendige Bau neuer Fern- und entsprechender Verbindungsleitungen (z.B. „Nabucco“) sowie auf die verstärkte Nutzung von Biogas zu verweisen. Die Betreiber der deutschen Strom- und Gasnetze haben auch bei der Einspeisung „erneuerbarer“ Energien weitenteils die Netzanschlusskosten zu tragen – und überdies den planungs- und umweltrechtlichen Vorgaben für den Leitungsbau (s. insofern §§ 43 ff. EnWG) Rechnung zu tragen. Hierzu ist auch das Stichwort „Erdverkabelung von Hochspannungsleitungen“ anzuführen – ein seit geraumer Zeit die Runde machendes umweltpolitisches Desiderat, dem mit der Verabschiedung eines neuen „Energieleitungsausbaugesetzes“ (EnLAG), welches vor allem eine staatliche Bedarfsplanung für vorrangige Hochspannungsleitungsbauvorhaben einführen wird, mittels Vorgabe im Einzelnen festgelegter – und investitionsintensiver – „Pilotprojekte“ (z.B. am thüringischen Rennsteig) zum Durchbruch verholfen werden soll.<sup>18</sup> Weitere, gleichfalls unter dem Aspekt „Zuverlässigkeit und Qualität der Energienetze“ zu berücksichtigende Wägbarkeiten ergeben sich auch für das Rechtsregime des Zugangs zu den Energienetzen in Anbetracht anstehender Fortentwicklungen der Netz- und Leitungstechnologie als Folge weiterer Dezentralisierung der Elektrizitätserzeugung; Stichworte sind

---

Geothermie, Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.

<sup>17</sup> Hinzuweisen ist etwa auf die bereits am 18.2.2005 vorgestellte Studie der Deutschen Energieagentur (DENA) „Energiewirtschaftliche Planung für die Netzintegration von Windenergie in Deutschland und Offshore bis zum Jahre 2020“.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze v. 7.10.2008, BT-Drs. 16/10491. Für die Erdverkabelung küstennaher Verbindungsleitungen zu Offshore-Windparks s. bereits § 43 S. 2 EnWG.

hier die Liberalisierung des Messwesens (s.a. § 21b EnWG n.F.), sog. „Smart Grids“ und „virtuelle Kraftwerke“ bzw. die angestrebte „bidirektionale Steuerung der Stromeinspeisung“ u.a. durch Kombination von Energie- und Datenleitungen – mit davon jeweils ausgehenden Veränderungen der Kostenstruktur von bzw. des Kapitalbedarfs für neue Netzinfrastrukturen. Weitere Imponderabilien bestehen sodann hinsichtlich der künftigen Rechtsstellung zumindest der Transportnetzbetreiber. Seit September 2007 liegt der Entwurf der EU-Kommission für ein neues Richtlinienpaket zum Energiebinnenmarkt vor, zu dessen wesentlichen Neuerungen – zwecks größerer Unabhängigkeit der Netzbetreiber und damit zu bewirkender Intensivierung des Wettbewerbs – eine weitergehende „Entflechtung“ dieser Netze aus den nach wie vor vertikal integrierten Energieunternehmen zählt. Als Ideal schwebt der EU-Kommission die sog. „eigentumsrechtliche“ Entflechtung (*Ownership Unbundling*) mittels Zwangsveräußerung der Stromübertragungs- und Gasfernleitungsnetze vor. Vor diesem Hintergrund kursiert in Deutschland u.a. der Vorschlag zur Bildung einer unabhängigen „Deutschen Netz AG“, auch unter Beteiligung auch des Bundes.

### III. „Anreizregulierung“ als Option und netzökonomische Grundlagen

Die erst im Vermittlungsverfahren zur letzten Großreform des Energiewirtschaftsrechts und auf Bestreben des Bundesrates eingefügte Vorschrift des § 21a Abs. 1 EnWG 2005 sieht die „Anreizregulierung“ lediglich als Option bzw. als fakultativ durch den Verordnungsgeber einzuschlagenden Weg zur Regulierung der „Entgelte“ für den Zugang zu den Energienetzen vor. Als „Normalfall“ der Entgeltregulierung galt seit Inkrafttreten des Gesetzes demgegenüber die überwiegend an den Kosten jedes einzelnen Netzes orientierte, auch als *cost plus*-Regulierung bezeichnete Bestimmung der Zugangsentgelte nach den Kriterien des § 21 Abs. 2 EnWG<sup>19</sup> und ergänzender Vorgaben in den Netzentgeltverordnungen (StromNEV<sup>20</sup> bzw. GasNEV) sowie deren Vorabgenehmigung durch die Regulierungsbehörde nach § 23a EnWG. Diese, unter vielerlei

---

<sup>19</sup> Wörtlich heißt es dort einigermaßen salomonisch: „Die [Netz-]Entgelte werden auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals gebildet, soweit in einer Rechtsverordnung nach § 24 nicht eine Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung bestimmt ist. Soweit die Entgelte kostenorientiert gebildet werden, dürfen Kosten und Kostenbestandteile, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, nicht berücksichtigt werden.“

<sup>20</sup> Diese enthält in weiten Teilen die Kriterien der unter dem EnWG 1998 erarbeiteten „Verbändevereinbarungen“ zu den Zugangsentgelten für Elektrizitätsnetze.

Aspekten auch juristisch umkämpfte Standardvariante<sup>21</sup> gehört nunmehr, d.h., nach Verabschiedung der „Anreizregulierungsverordnung“ (ARegV) gemäß § 21a Abs. 6 EnWG<sup>22</sup>, der Vergangenheit an. Dies wirft die Frage nach etwaigen Vorteilen des neuen gegenüber dem alten System der Netzentgeltregulierung auf.

Die bisherige *cost plus*-Regulierung bedeutete insbesondere einen enormen Verwaltungsaufwand im Zuge der einzelfall- oder auch gruppenbezogenen Entgeltgenehmigung für die mehr als 1.200 Strom- und Gasnetze. Ferner orientierte sie sich an den „Ist“-Kosten der Netze, wirkte folglich nicht unmittelbar kostenmindernd und mithin nicht wirklich im Sinne einer allmählichen Absenkung der Netzzugangserlöse. Demgegenüber legt die Anreizregulierung die zulässigen Erlöse aus den Netzentgelten für die Dauer der künftig fünfjährigen Regulierungsperiode fest und überlässt es den Netzbetreibern, die Kosten des Netzbetriebs in dieser Zeitspanne *freiwillig* zu senken – also gewissermaßen auch ein Stück Rückkehr zur Tradition der „Selbstregulierung“ in der deutschen Energiewirtschaft. Indem den Netzbetreibern zusätzlich und aufgrund eines Effizienzvergleichs unter allen bzw. vergleichbaren Gruppen von Netzen unternehmensindividuelle Effizienzvorgaben gemacht werden, soll es zu einer Entkopplung der Netzentgelte von den tatsächlichen Kosten des Netzbetriebs kommen und letztlich ein „Als ob“-Effizienzwettbewerb unter vergleichbaren Netzbetreibern, die ja weiterhin jeweils über „natürliche“ Netzmonopole verfügen, initiiert werden. Der eigentliche „Anreiz“-Wirkung des Modells besteht sodann, wie das nachfolgende Schaubild verdeutlicht, in der Aussicht des Netzbetreibers, durch Kosteneinsparungen die Strom- oder Gasdurchleitung zu Entgelten anzubieten, die unterhalb der Preis- oder Erlösobergrenze für die laufende Regulierungsperiode liegen, und die verbleibende Differenz sodann als Gewinn zu verbuchen. Dazu mag man anmerken, dass nach ökonomischem Ideal die Preis- oder Erlösobergrenzen in der folgenden Regulierungsperiode und entsprechend den zuvor insgesamt erreichten Effizienzsteigerungen beim Netzbetrieb abermals abgesenkt werden – weshalb das Interesse der Netzbetreiber eigentlich darauf gerichtet sein müsste, es mit den Kostensenkungen insgesamt „nicht zu übertreiben“. Freilich ist diese Überlegung, schon aufgrund der fehlenden Überschaubarkeit der Kostenstrukturen „konkurrierender“ Netzbetreiber, nur theo-

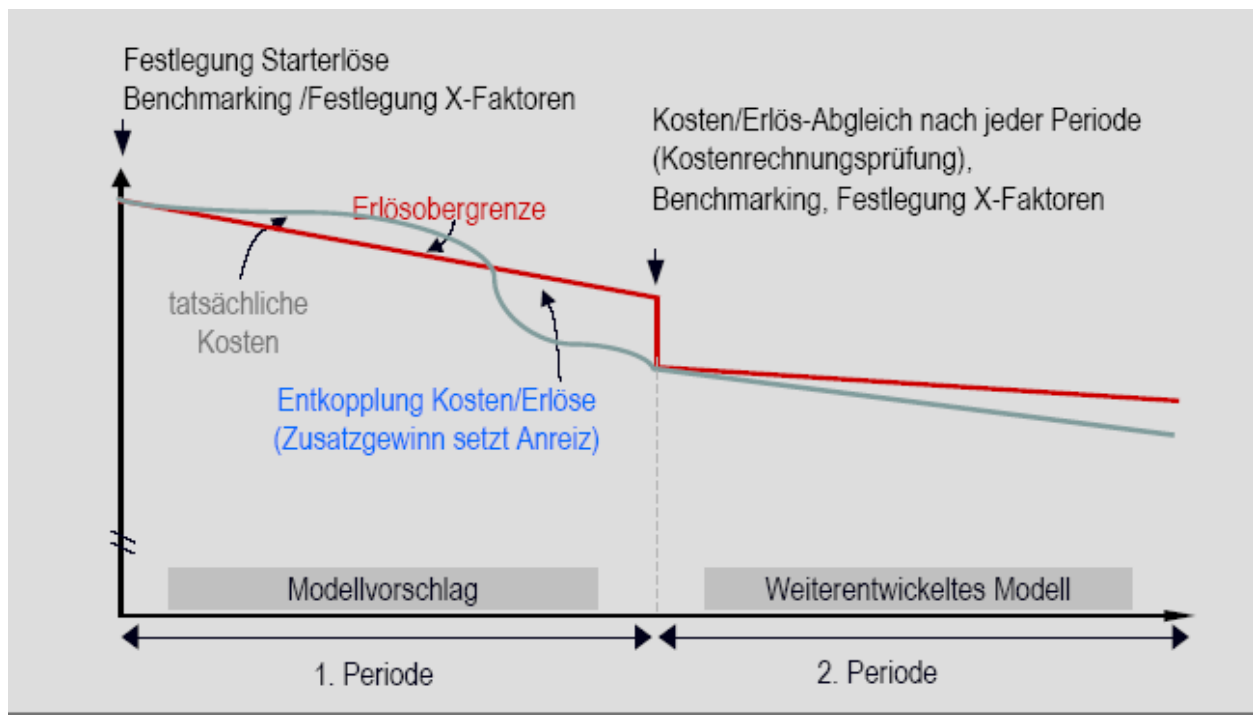
---

<sup>21</sup> Siehe aus der Rechtsprechung zur kostenbasierten Netzentgeltbemessung zuletzt namentlich BGH, RdE 2008, 232, mit Anm. Missling, IR 2008, 351; Ruge, N&R 2008, 211 und Weyer, RdE 2008, 330; ferner z.B. OLG Düsseldorf, RdE 2008, 86; RdE 2007, 193; aus dem Schrifttum und zusammenfassend etwa A. Metzger, ZHR 172 (2008), S. 458 ff.; St. Missling, RdE 2008, S. 7 ff.

<sup>22</sup> Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (Anreizregulierungsverordnung – ARegV) v. 29.10.2007 (BGBl. I S. 2529), zul. geänd. d. Ar. 2 Abs. 8 der VO v. 17.10.2008 (BGBl. I 2006).

retisch. Es erscheint ebenso gut möglich, dass aufgrund besonderer Umstände der Netzinfrastruktur die „Obergrenzen“ auch einmal ansteigen oder konstant bleiben. Auch muss derjenige Netzbetreiber, der in der laufenden Regulierungsperiode die Hände in den Schoß legt und am Ende als vergleichsweise „ineffizient“ da steht, damit rechnen, in der nächsten Periode mit entsprechend rigideren Effizienzvorgaben für *sein* Netz konfrontiert zu werden – ganz nach dem Motto: „Den letzten beißen die Hunde“.

**Abbildung:** Anreizregulierung



Die Abbildung macht noch ein anderes Problem sichtbar: Stellt man sich einmal die Linie zur „Erlösobergrenze“ nach rechtshin, also über weitere Regulierungsperioden fortgesetzt, vor, so steht am Ende nichts anderes als der Netzbetrieb zum „Nulltarif“ – oder aber: Es gehen die Lichter aus, weil infolge zunehmender Effizienzvorgaben mit Energienetzen keine Gewinne mehr zu machen sind und schlicht die Investitionen in den Netzerhalt und -ausbau unterbleiben. Dies ist natürlich wiederum nur theoretisch, verdeutlicht aber die Notwendigkeit einer gewissen Gegensteuerung mittels konkreter Vorgaben zum Erhalt eines zuverlässigen Netzbetriebs. Auf dieses Erfordernis wird zurückzukommen sein.



#### IV. Rechtliche Umsetzung

Von der ökonomischen Theorie nun zur Umsetzung in der Rechtspraxis: Hierzu sind Schwerpunktaspekte einmal aus verfassungsrechtlicher Perspektive und sodann aus dem Blickwinkel des einfachgesetzlichen Rahmens der „Anreizregulierung“ in § 21a EnWG auszumachen. Dabei ist auch zu fragen, auf welche Weise die neue „Anreizregulierungsverordnung“ zur Problembewältigung beiträgt.

Aus Sicht des EU-Rechts ist noch voranzuschicken, dass die Ermittlung der Netzzugangsentgelte mittels „Anreizregulierung“ gemeinschaftsrechtlich nicht vorgeschrieben ist. Insbesondere die geltenden Binnenmarkt-richtlinien für Strom und Gas von 2003 sind insofern indifferent<sup>23</sup>, überlassen also die Festlegung der Durchleitungstarife bzw. der Methoden zu ihrer Berechnung der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit. Möglich erscheint immerhin die system- und rechtsvergleichende Orientierung an bereits implementierten Modellen der Anreizregulierung im europäischen wie nicht-europäischen Ausland. In einigen Ländern – allen voran in den USA, in Großbritannien, Australien, Norwegen und den Niederlanden, aber auch in Finnland, Schweden sowie in Österreich – findet dieses Modell auch schon Anwendung in der Strom-, jedoch nicht in der Gasnetzregulierung (der erste Praxistest erfolgte ab 1983 in der britischen Telekommunikationswirtschaft<sup>24</sup>). Freilich fällt eine daraus zu gewinnende vergleichende Bestandsaufnahme noch recht disparat aus: Die Ansätze zur Anreizregulierung sind von Land zu Land höchst unterschiedlich gelagert<sup>25</sup>, sie sind ferner keineswegs losgelöst von den spezifischen geo- bzw. topografischen, technisch-wirtschaftlichen und auch den rechtlichen Rahmenbedingungen der ausländischen Netzwirtschaften (etwa hinsichtlich der mehr oder weniger weit reichenden Befugnisse der mehr oder minder „unabhängigen“ Regulierungsbehörden) zu betrachten. Entsprechende Zurückhaltung ist, nebenbei bemerkt, auch gegenüber vorschnellen „Parallelwertungen“ aus dem Vergleich mit anderen, inländischen Netzsektoren wie der Regulierung von Telekommunikations- oder Eisenbahnnetzen oder dem Postsektor angezeigt. Die nähere Ausgestaltung der Anreizregulierung deutscher Energienetze wird sich insofern „autonom“ zu entwickeln wie zu bewähren haben.

---

<sup>23</sup> Sie bestimmen lediglich, dass die Netznutzungsentgelte objektiv, nicht diskriminierend und kostenorientiert sein müssen, erwähnen allerdings auch die Schaffung von „Anreizen“, vgl. Erwägungsgründe 13, 17 und 18 sowie Art. 20 Abs. 2 der Strom-BM-RL 54/2003/EG und Erwägungsgründe 7, 15, 16 sowie Art. 19 Abs. 1 der Gas-BM-RL 55/2003/EG.

<sup>24</sup> Vgl. nur BNetzA-Bericht (oben Fn. 1) Rn. 170.

<sup>25</sup> Vgl. für einen Überblick BNetzA-Bericht (oben Fn. 1) Rn. 180 ff.; ferner das Working Paper Nr. 5 der österr. E-control GmbH „Mechanismen der Anreizregulierung“, 2002, sowie Baur/Pritzsche/Garbers 2005, 2006 (siehe Fn. 1), S. 47 ff.

## 1. Verfassungsrechtliche Aspekte

Bei aller „Anreiz“-setzung zu „freiwilligen“ Kostensenkungen ist offensichtlich, dass schon mit der Vorgabe von Preis- oder Erlösobergrenzen sowie netzindividuellen Effizienzzielen in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsnutzungsfreiheit der Netzbetreiber eingegriffen wird.<sup>26</sup> Nur am Rande sei dazu erwähnt, dass die Grundrechtsberechtigung von Energienetzunternehmen – trotz vereinzelter Kritik im Schrifttum<sup>27</sup> – bis heute anerkannt ist und neuerdings auch für „gemischt-wirtschaftliche“<sup>28</sup> sowie tendenziell selbst für ausschließlich öffentliche (Wettbewerbs-) Unternehmen<sup>29</sup> wie die deutschen Stadtwerke bejaht wird.

Aus der „Eingriffsqualität“ der Anreizregulierung ergeben sich formelle wie materielle Restriktionen für die Anreizregulierung: Zunächst darf von ihr nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht werden. Wird neben dem Gesetz- auch der Ordnungsgeber tätig, hat dieser sich in den Grenzen der (parlaments-) gesetzlichen Ermächtigung zu bewegen, die ihrerseits den Vorgaben des Art. 80 GG genügen, also namentlich hinreichend bestimmt sein muss. Eigenmächtige Fortentwicklungen der Anreizregulierung durch die zum Vollzug von Gesetz und Verordnung berufenen Regulierungsbehörden sind unzulässig, sofern nicht die Vorgaben für eine wirksame Subdelegation an die Exekutive nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG erfüllt sind. Letzteres ist, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, nach dem EnWG 2005 nicht der Fall.<sup>30</sup> Bedenklich kann in diesem Kontext immerhin stimmen, dass der Entwurf zur heutigen „Anreizregulierungsverordnung“ ursprünglich mit dem schon erwähnten „Bericht zur Einführung der Anreizregulierung“<sup>31</sup> von der *Bundesnetzagentur* erarbeitet wurde. Indes dürfte der Umstand, dass die nach eingehender Prüfung durch die Bundesregierung (BMWi) und Erörterung im Bundesrat verabschiedete Endfassung der Verordnung in zentralen Punkten von weitergehenden Vorstellungen der Regu-

---

<sup>26</sup> Vgl. nur *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 486 ff.; *P. Salje*, Energiewirtschaftsgesetz (Komm.), 2006, § 21a Rn. 2.

<sup>27</sup> Siehe insbes. *G. Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, der auch privat betriebene Infrastukturnetze mit einer „öffentlichen Einrichtung“ oder „öffentlichen Sache“ gleichsetzen und somit zumindest den Eigentumsschutz verneinen will; kritisch demgegenüber etwa *J.-Ch. Pielow*, RdE 2000, S. 45 ff.

<sup>28</sup> Siehe insoweit nur *BVerwGE* 114, 160 (189); *BVerwG*, NVwZ 2004, 742 und *NVwZ* 2004, 871 (878 ff.) – für die Deutsche Telekom AG.

<sup>29</sup> In diese Richtung etwa *E. Schmidt-Preuß*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 93 Rn. 37.

<sup>30</sup> Siehe *J.-Ch. Pielow*, DÖV 2005, 1017 ff.

<sup>31</sup> Siehe Fn. 1.

lierungsbehörde abwich, diese über den Verdacht eines Bruchs mit dem Gewaltenteilungsprinzip erhaben erscheinen lassen.

In *materiell-rechtlicher* Hinsicht erfordert der Grundrechtseingriff *qua* Anreizregulierung die hinreichende Rechtfertigung anhand konkret zu verfolgender Gemeinwohlinteressen sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einschließlich des Übermaßverbotes – wobei die Rechtsprechung namentlich für die innovative Wirtschaftsgesetzgebung durchaus einen Einschätzungsspielraum des staatlichen Normensetzers anerkennt. Entscheidend ist letztlich, dass durch die Ausgestaltung der Anreizregulierung hinreichende Gestaltungsfreiräume für einen eigenverantwortlichen und unternehmensindividuellen Netzbetrieb erhalten bleiben und nicht an seiner Stelle ein staatlicher Effizienz- bzw. Investitionsdirigismus um sich greift.<sup>32</sup> Was im Übrigen die Rechtfertigung anhand konkreter Gemeinwohlgründe wie namentlich die Senkung der Konsumentenentgelte für Strom und Gas betrifft, ist auch zu bedenken, dass Netzzugangsentgelte regelmäßig nur etwa ein Viertel des Strom- bzw. Gaspreises ausmachen. Sollte sich künftig herausstellen, dass die Anreizregulierung nicht zu spürbaren Preissenkungen führt, sind Gesetz- und Verordnungsgeber gehalten, das System, sofern möglich, nachzubessern oder aber die damit verbunden Verkürzungen unternehmerischer Freiheiten zurückzunehmen.

## **2. Die Rahmenvorgaben nach § 21a EnWG und ihre Konkretisierung in der ARegV**

Nunmehr sind die Rahmenvorgaben für die Anreizregulierung nach der gesetzlichen und verordnungsrechtlich nicht disponiblen Ermächtigung in § 21a EnWG in den Blick zu nehmen. Dabei ist auch zu fragen, ob die daraufhin und konkret aufgrund von § 21a Abs. 6 EnWG erlassene Anreizregulierungsverordnung (ARegV) die – anfänglich und angesichts des frühen Berichts der Bundesnetzagentur zur Einführung der Anreizregulierung vom 30. Juni 2006<sup>33</sup> vehement diskutierten – „neuralgischen“ Punkte des Konzepts beigelegt hat. Wie schon angedeutet – und um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen –, weicht die Verordnung in zentralen Aspekten von weitergehenden Vorstellungen der Bundesnetzagentur, durchaus zu Gunsten der Netzbetreiber, ab. Andere Probleme blieben ungelöst und wirft die ARegV, auch in ihrer inzwischen überarbeiteten

---

<sup>32</sup> Siehe zur subjektiv-rechtlichen Stellung des Netzbetreibers im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht allgemein auch M. Burgi, DVBl. 2006, S. 269 ff.

<sup>33</sup> Siehe Fn. 1.

Fassung<sup>34</sup>, eine Reihe neuer Streitfragen auf. Schlagwortartig ist dazu Folgendes auszuführen:

## 2.1 Regulierungsperioden

Nach § 21a Abs. 3 EnWG haben sich die „Regulierungsperioden“ über einen Zeitraum zwischen zwei und fünf Jahren zu erstrecken. § 3 Abs. 2 ARegV setzt, wenn er jeweils *fünfjährige* Regulierungsperioden vorsieht, diese Vorgabe durchaus und im Interesse eines größtmöglichen Spielraums für Effizienzsteigerungen der Netzbetreiber großzügig um. Jedoch dauert gemäß der Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 1b ARegV die *erste* Regulierungsperiode für Gasnetze lediglich vier Jahre. Dahinter steht der Wille des Verordnungsgebers, den Verwaltungsaufwand der Regulierungsbehörden beim Einstieg in die nachfolgenden Regulierungsperioden tunlichst zu entzerren. Der Vergleich und die Neufestsetzung von Obergrenzen und Effizienzvorgaben erfolgen nunmehr zeitlich versetzt – zunächst für die Gas- und sodann für die Elektrizitätsnetze.

## 2.2 (Erlös-)Obergrenzen

Auch die Umsetzung zur Bestimmung der maximalen „Obergrenzen“ für die Netzzugangsentgelte hält sich im Rahmen des § 21a Abs. 2 EnWG. Der Verordnungsgeber entschied sich für die Variante der Festlegung zulässiger Gesamterlöse der Netzbetreiber (sog. *revenue cap*) und gegen die Vorgabe höchst zulässiger Preisobergrenzen (*price cap*, s. § 4 Abs. 1 ARegV). Die (Erlös-) Obergrenze ist ferner für jedes Kalenderjahr der Regulierungsperiode gesondert zu bestimmen – und kann mithin auch degressiv ausgestaltet werden (vgl. § 4 Abs. 2 ARegV). Sie ist – von Amts wegen – anzupassen, wenn sich der Verbraucherpreisindex (VPI) oder bestimmte „nicht beeinflussbare Kostenanteile“ (vgl. 2.4.3) ändern und wenn mit Zu- oder Abschlägen im Sinne der „Qualitätsregulierung“ (s. dazu §§ 19 ff. ARegV) gearbeitet wird. Auf Antrag des Netzbetreibers erfolgt eine Anpassung, sofern sich seine Versorgungsaufgaben „nachhaltig ändern“ (s. insoweit die Regelung zum „Erweiterungsfaktor“ in § 10 ARegV). Außerdem „kann“ die Obergrenze zudem angepasst werden, falls aufgrund „unvorhersehbarer Ereignisse“ deren Beibehaltung eine „unzumutbare Härte“ bedeuten würde.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Vgl. die Änderungsverordnung v. 8.4.2008, BGBl. I S. 693.

<sup>35</sup> Siehe zum Ganzen § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV.

Im Einzelnen erfolgt die Bestimmung der netzindividuellen oder auf Netzbetreiber-Gruppen bezogenen Erlösobergrenzen anhand der in den §§ 5 bis 16, 19, 22, 24 und 25 ARegV näher beschriebener Berechnungsfaktoren, welche zusammenfassend in der „Regulierungsformel“ zur ARegV zusammengefasst und zueinander in Bezug gesetzt sind<sup>36</sup>:

$$EO_t = KA_{dnb,t} + (KA_{vnb,0} + (1 - V_t) \cdot KA_{b,0}) \cdot \left( \frac{VPI_t}{VPI_0} - PF_t \right) \cdot EF_t + Q_t$$

## 2.3 Ausgangsniveau

Von Beginn an heftig umstritten war, welches Ausgangs- bzw. zulässiges Erlösniveau bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen zu Beginn einer jeden Regulierungsperiode zu Grunde zu legen ist. Die Bundesnetzagentur wollte anfänglich schon *vor* dem Eintritt in die erste Regulierungsperiode eine „initiale Erlösabsenkung“ bezüglich aller Netzbetreiber durchsetzen.<sup>37</sup> Die Anreizregulierungsverordnung (§ 6) knüpft insofern an die bislang, d.h. im Zuge der *cost plus*-Regulierung schon übliche Kostenprüfung nach den diesbezüglichen Vorschriften in der Gas- bzw. der Stromnetzentgeltverordnung an.<sup>38</sup> Als „Basisjahr“ ist ferner das Jahr 2006 vorgegeben und zu Beginn der Anreizregulierung einheitlich auf die letzten Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG abzustellen, um ein vergleichbares Ausgangsniveau für alle Netzbetreiber zu schaffen.

Weiterhin problematisch ist freilich, dass die „Kostenprüfungen“ nach den bestehenden Netzentgeltverordnungen in der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur auch bislang schon Kostenkürzungen aufgrund von Effizienzerwägungen zuließen und folglich eine „initiale“ Erlösabsenkung zu Beginn der Anreizregulierung möglich bleibt. Es kann also mit dem Start der Anreizregulierung zu einer Vermengung resp. Kumulation der Kostenprüfung nach den „alten“ §§ 21 Abs. 2, 23a EnWG mit dem „Ausgangsniveau“ für die neue Anreizregulierung kommen.<sup>39</sup> Dieses Ergebnis lässt unberücksichtigt, dass sich das alte und das neue Regime der Netzentgeltregulierung gegenseitig ausschließen – was die BNetzA freilich anders sieht. Vor allem widerstrebt die Konsequenz aber der zentralen Zielsetzung der Anreizregulierung, wonach Kostensenkungen

<sup>36</sup> Vgl. § 7 i.Vm. Anlage 1 ARegV mit den textlichen Erläuterungen zu den Berechnungsfaktoren.

<sup>37</sup> Dazu eingehend (und kritisch) etwa R. Ruge, ZNER 2006, 199 (202 ff.); J.-Ch. Pielow, Auslegungsfragen zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG, 2007, S. 64 ff.

<sup>38</sup> Vgl. jeweils §§ 4 ff. GasNEV/StromNEV.

<sup>39</sup> Siehe auch R. Ruge, DVBl. 2008, S. 956 (958).

resp. Effizienzsteigerungen durch *Eigeninitiative* der Netzbetreiber und (erst) während der laufenden Regulierungsperiode stattfinden sollen.

## 2.4 Individuelle Effizienzvorgaben

Die Vorgabe von Erlösobergrenzen vollzieht sich unter Heranziehung u.a. der unternehmensindividuellen oder gruppenspezifischen „Effizienzvorgaben“. Diese sind wiederum auf Grundlage eines – bundesweiten – „Effizienzvergleichs unter Berücksichtigung insbesondere der bestehenden Effizienz des jeweiligen Netzbetriebs“ zu ermitteln, s. § 21a Abs. 5 S. 1 EnWG, als dessen Ergebnis jedes Strom- und Gasnetz einen „Effizienzwert“ zugewiesen bekommt. Ein (relativ) niedriger Effizienzwert zieht tendenziell höhere Effizienzvorgaben für den betreffenden Netzbetreiber nach sich – und umgekehrt. Die ARegV setzt die Vorgaben für den Effizienzvergleich und die Bestimmung der Effizienzvorgaben in ihren §§ 12 bis 16 um.<sup>40</sup>

### 2.4.1 Effizienzmaßstab

Entscheidend für die Durchführung des Effizienzvergleichs ist der dabei zu Grunde zu legende *Vergleichsmaßstab*. Dieser bildete folglich auch „einen der höchst umstrittenen Bereiche“ bei den Beratungen zur Anreizregulierungsverordnung.<sup>41</sup> Nach ihrer Anlage 3, Nr. 2 wird die Effizienzgrenze nunmehr „von den Netzbetreibern mit dem besten Verhältnis zwischen netzwirtschaftlicher Leistungserbringung und Aufwand“ gebildet. Die Verordnung knüpft damit offensichtlich am Leitbild des „effizientesten“ Netzbetreibers im Sinne des von der BNetzA favorisierten *Frontier-Ansatzes* an. Ob freilich dieser Ansatz den zwingenden Rahmenvorgaben des § 21a EnWG entspricht oder der Effizienzvergleich nicht vielmehr an einem lediglich *durchschnittlich* effizienten Netzbetreiber zu orientieren ist, lässt sich gesetzessystematisch wie teleologisch durchaus hinterfragen. Unter anderem müssen nach § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG die aus dem Effizienzvergleich hervorgehenden Effizienzvorgaben so gestaltet sein, dass die betroffenen Netzbetreiber sie mit ihnen „möglichen und zumutbaren Maßnahmen“ Weise nicht nur „erreichen“ sondern gerade auch „übertreffen“ können. Erblickt man in diesem Vorbehalt das grundrechtlich gebotene Korrektiv für die mit den Effizienzvorgaben

---

<sup>40</sup> Wegen der insoweit geltenden Einschränkungen und Besonderheiten für Gas- und Stromtransportnetzbetreiber s. § 22 ARegV.

<sup>41</sup> So mit Recht *R. Ruge*, a.a.O., S. 961; siehe dazu auch schon *Pielow*, Auslegungsfragen (o. Fn. 37), S. 17 ff.

einhergehenden Verkürzungen unternehmerischer Freiheiten, dürfte zu dieser Grundsatzfrage das letzte Wort noch nicht gesprochen worden sein. „Entschärft“ wird das Problem immerhin dadurch, dass nach § 12 Abs. 4 ARegV die Effizienzwerte auch für tatsächlich ineffizientere Netzbetreiber und ferner bei unzureichendem Datenmaterial nach einem Kompromiss im Gesetzgebungsverfahren mit jedenfalls 60 Prozent anzusetzen sind und dass nach § 16 Abs. 1 S. 2 ARegV zu Beginn des Systems bestehende Ineffizienzen über die Dauer von zwei Regulierungsperioden abgebaut werden können.

## 2.4.2 Methodik des Effizienzvergleichs

In den Effizienzvergleich zu Beginn einer jeden Regulierungsperiode – insofern bleibt es bei einer, wenn auch nur noch intervallmäßigen „Kostenregulierung“ – einzustellen sind die Kosten des jeweiligen Netzbetreibers nach dafür im Einzelnen beschriebenen Aufwandsparemtern (§ 14 ARegV) und Vergleichsparemtern (§ 13 Abs. 3 ARegV). Die zur Bestimmung dieser Parameter erforderlichen und von den Netzunternahmen bereit zu stellenden Daten<sup>42</sup> werden sodann mit Hilfe regulierungsökonomischer resp. ökonometrischer Schätzmethothen, nämlich der in Anlage 3 zur ARegV jeweils grob beschriebenen „Dateneinhüllungsanalyse“ (*Data Envelopment Analysis* – DEA) und zusätzlich der „Stochastischen Effizienzgrenzenanalyse“ (*Stochastic Frontier Analysis* – SFA) zwecks Ermittlung der Effizienzwerte verglichen. Zur näheren Ausgestaltung dieser Verfahren verfügt die Bundesnetzagentur über recht breite Gestaltungsbefugnisse (s.a. § 32 Abs. 2 ARegV). Als äußere Grenze fungiert hier immerhin das letztlich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgende Gebot der „Methodenrobustheit“ in § 21a Abs. 5 S. 5 EnWG, wonach eine geringfügige Änderung einzelner Parameter der zugrunde gelegten Methode nicht zu einer überproportionalen Änderung der Effizienzvorgaben führen darf.<sup>43</sup> Da sich ansonsten die genannten Berechnungsmethoden für die Mehrzahl der Juristen nicht anders denn als *black boxes* darstellen, ist schon jetzt mit Spannung zu erwarten, wie sich die künftig etwa mit der Überprüfung dieser Verfahren befassten (Zivil-)Gerichte dazu verhalten und ob sie der Bundesnetzagentur inso-

---

<sup>42</sup> Siehe dazu die §§ 27 ff. ARegV. – Allgemein zu Funktion und Grenzen von Auskunftsanordnungen im Netzregulierungsrecht zuletzt K.F. Gärditz, DVBl. 2009, S. 69 ff.

<sup>43</sup> Zu den insoweit in der ARegV enthaltenen Sicherungen gegenüber Verzerrungen des Effizienzvergleichs zu Lasten einzelner Netzbetreiber s. nur Ruge, DVBl. 2008, S. 956 (960).

weit „gerichtsfreie“ *Beurteilungsspielräume* einräumen werden oder nicht.<sup>44</sup>

Gegebenenfalls stellt sich dann auch die Frage, wie zu verfahren ist, wenn aufgrund gerichtlicher Entscheidungen die Parameter für den Effizienzvergleich und damit das Kostenausgangsniveau *nachträglich* Veränderungen erfährt. Sind in diesem Fall, namentlich bei Auswirkungen auf die Effizienzgrenze des „effizientesten“ Netzes die Effizienzwerte aller vergleichbaren übrigen Netzbetreiber und dementsprechend die Netzzugangsentgelte (rückwirkend) anzupassen? Nach § 12 Abs. 1 S. 3 soll der einmal durchgeführte Effizienzvergleich von nachträglichen Änderungen der Parameter unberührt bleiben. Dafür spricht, dass ansonsten der Effizienzvergleich nach jeder neuen Entscheidung erneut durchzuführen wäre.<sup>45</sup> Andererseits wäre dies schwerlich hinzunehmen, wenn gerichtlich die Verletzung von Grundsatzfragen und etwa auch ein Verstoß gegen das Gebot der „Methodenrobustheit“ nach § 21a Abs. 5 S. 5 EnWG gerügt wurde.<sup>46</sup> Eventuell bieten sich hier Kompensationslösungen durch Zu- oder Abschläge im Rahmen des „Regulierungskontos“ nach § 5 ARegV an.<sup>47</sup>

### 2.4.3 „Beeinflussbare“ und „nicht beeinflussbare Kostenanteile“

Dem Wesenskern der Anreizregulierung entspricht es ferner, dass den unternehmensindividuellen Effizienzvorgaben bzw. Erlösobergrenzen nur solche Kosten zu Grunde gelegt werden, die der jeweilige Netzbetreiber auf eigene Initiative tatsächlich zu reduzieren im Stande ist. Dementsprechend nimmt § 21a Abs. 4 EnWG „nicht beeinflussbare“ Kostenanteile<sup>48</sup> vom Effizienzvergleich aus und listet beispielhaft einzelne Typen solcher unbeeinflussbaren Kosten (z.B. Belastungen durch gesetzliche Abnahme- und Vergütungspflichten zugunsten erneuerbarer Energien, Betriebssteuern und nunmehr auch Mehrkosten für die Erdverkabelung von Stromleitungen (s. S. 3)) auf.

§ 11 ARegV formt diese Unterscheidung näher aus und unterscheidet, insofern im Einklang mit der gesetzlichen Ermächtigung nach § 21a Abs.

<sup>44</sup> Siehe zur Problematik möglicher Beurteilungsspielräume bei „Festlegungen“ der Regulierungsbehörde *J.-Ch. Pielow* in DÖV 2005, 1017 ff.

<sup>45</sup> So die Überlegung des Bundesrates in BR-Drs. 417/07 (Beschluss), S. 6.

<sup>46</sup> So zutr. *R. Ruge*, DVBl. 2008, S. 956 (960 f.).

<sup>47</sup> Ausnahmsweise in Betracht kommen dürften an Stelle einer „Neuaufgabe“ des gesamten Effizienzvergleichs nebst Neubestimmung netzindividueller Effizienzwerte eventuell auch Amtshaftungs- oder Folgenbeseitigungsansprüche

<sup>48</sup> Die Formulierung „Kostenanteile“ gebietet die hinreichende Differenzierung innerhalb einzelner Kostenarten nach „beeinflussbaren“ bzw. „nicht beeinflussbaren“ Kostenbestandteilen.



6 Nr. 7 EnWG, ferner zwischen „dauerhaft“ sowie „vorübergehend“ nicht beeinflussbaren Kosten. Zur erstgenannten Gruppe zählen die in § 11 Abs. 2 aufgezählten Kosten: Über die schon in § 21a Abs. 4 genannten Beispiele hinaus werden hier etwa die Kosten aus bereits bestehenden Betriebs- wie Tarifvereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen sowie selbst für Bildungseinrichtungen im Unternehmen und Betriebskindergärten genannt.<sup>49</sup> Daran irritiert, dass der Katalog der (dauerhaft) nicht beeinflussbaren Kosten anders als in § 21a Abs. 4 S. 2 EnWG *abschließend* formuliert ist. Nach der – normenhierarchisch vorrangigen – Formulierung im EnWG muss der Kreis der „nicht beeinflussbaren“ Kosten indes offen bleiben, schon weil nicht sämtliche und etwa im Zuge künftiger technologischer Entwicklungen (Stichwort etwa: Liberalisierung des Messwesens in § 21b EnWG n.F.) auf die Netzbetreiber zukommenden Kosten zu überblicken sind.

Letztlich bleibt die Abgrenzung zwischen „beeinflussbaren“ und „nicht beeinflussbaren“ Kostenanteilen problembehaftet. Praktisch wird dies auch, wenn es um die Berücksichtigung von Kosten (Abschreibungen) für Altinvestitionen bzw. Bestandsanlagen geht: Nicht angehen kann es jedenfalls und in Ansehung von § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG, Kapitalkosten deshalb der Anreizregulierung zu unterstellen, weil sie in der Vergangenheit beeinflussbar waren.<sup>50</sup>

## 2.5 Sicherung des zuverlässigen Netzbetriebs

Wie mehrfach erwähnt, darf die Anreizregulierung nicht auf Kostensenkungen „um jeden Preis“ resp. einen ruinösen Effizienzwettbewerb hinauslaufen. Angezeigt sind deshalb Vorkehrungen zur Sicherung des schon in § 1 Abs. 2 EnWG so bezeichneten „langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen“. Diesem Ziel dienen die „Qualitätsvorgaben“ nach den §§ 18 ff. ARegV. Vorgesehen ist namentlich ein „Bonus-Malus“-System mittels Zu- oder Abschlägen auf die jeweiligen Erlösobergrenzen, mit denen Qualitätssteigerungen belohnt und Zuverlässigkeitsverluste sanktioniert werden.<sup>51</sup> Die „Netzzuverlässigkeit“<sup>52</sup> und die „Netzleistungsfähigkeit“<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Die „vorübergehend“ nicht beeinflussbaren Kosten werden in § 11 Abs. 3 ARegV beschrieben. Unklar hinsichtlich daraus folgenden Konsequenzen R. Ruge, DVBl. 2008, S. 956 (961).

<sup>50</sup> Näher dazu J.-Ch. Pielow, Auslegungsfragen (siehe Fn. 37), S. 75 ff.; wie hier auch R. Ruge, DVBl. 2008, S. 956 (961). Zur Behandlung von Kapitalkosten für Ersatzinvestitionen: Böwing/Thiel, N&R 2007, S. 80 ff.

<sup>51</sup> Siehe auch schon § 21a Abs. 5 S. 3 EnWG.

<sup>52</sup> Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, Energie möglichst unterbrechungsfrei und unter Einhaltung der Produktqualität zu transportieren, vgl. § 19 Abs. 3, s. auch § 20 ARegV.

eines Netzes bestimmen sich nach den Abweichungen von Kennzahlenvorgaben (Qualitätselement), die wiederum anhand eines bundesweiten Qualitätsvergleichs zu ermitteln sind.

Freilich handelt es sich dabei noch um „Zukunftsmusik“, da die Qualitätsregulierung der Stromnetze erst ab der zweiten Regulierungsperiode und im Übrigen, schon aus Gründen der Methodenrobustheit auch erst dann begonnen werden kann, soweit der Regulierungsbehörde hinreichend belastbare Datenreihen vorliegen – was bislang nicht der Fall ist.

Der Förderung von Investitionen speziell in Stromübertragungs- und Gasfernleitungsnetze (zum dringenden Ausbaubedarf s. oben 2.4) – und damit ebenfalls der Qualitätssteigerung der Netzinfrasturktur – dient ferner die auf Antrag der Netzbetreiber mögliche Einräumung von „Investitionsbudgets“ nach näherer Maßgabe des § 23 ARegV.<sup>54</sup> Die in diesem Rahmen genehmigten Investitionen sind sodann als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 6 ARegV) von der Anreizregulierung ausgenommen.

## 2.6 Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten

Einzugehen wäre schließlich noch auf die diversen Ausnahme- und Befreiungsvorschriften in der ARegV, die freilich schon im Beitrag von *Bodo J. Hermann*<sup>55</sup> behandelt wurden. Insbesondere geht es um

- Anpassungen der Erlösbergrenze nach Maßgaben des § 4 Abs. 3 bis 5, u.a. bei Änderungen des Verbraucherpreisindexes, nicht beeinflussbarer Kosten oder bei „unvorhergesehenen Härten“;
- den „Erweiterungsfaktor“ gemäß § 10 i.V.m. Anl. 2;
- „bereinigte Effizienzwerte“ aufgrund bestehender Besonderheiten der Versorgungsaufgabe, § 15 sowie um
- abweichende Festlegungen der Effizienzvorgaben bei nachgewiesener Unzumutbarkeit, Unerreichbarkeit oder Unübertreffbarkeit.

Zu den Ausnahmenvorschriften ist des Weiteren das ebenfalls bei *B.J. Herrmann* skizzierte und von kleinen Verteilnetzbetreibern wahlweise einzuschlagende „Vereinfachte Verfahren“ nach § 24 ARegV zu rechnen,

---

<sup>53</sup> Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, die Nachfrage nach Übertragung von Energie zu befriedigen, vgl. § 19 Abs. 3, s. auch § 20 ARegV.

<sup>54</sup> Bezüglich im begründeten Einzelfall möglicher Investitionsbudgets auch für Verteilernetze s. § 23. Näher zum Thema etwa Scharf, IR 2008, S. 258 ff.

<sup>55</sup> In diesem Band S. 42 ff.

in dem für die betreffenden Netze auf Antrag in der ersten Regulierungsperiode ein pauschalisierter Effizienzwert von (respektabel!) 87,5 Prozent und danach „gemittelte“ Effizienzwerte zuerkannt werden.

Ein Problem dürfte sich bezüglich der skizzierten Ausnahmegesetzen insofern stellen, als ihre Voraussetzungen überwiegend von den Netzbetreibern darzulegen und erforderlichenfalls auch zu beweisen sind. Dies könnte dem das verwaltungsbehördliche Verfahren ganz allgemein beherrschenden und auch vom EnWG nicht durchbrochenen „Untersuchungsgrundsatz“ nach § 24 VwVfG zuwiderlaufen, wonach auch die Regulierungsbehörden den Sachverhalt stets *von Amts wegen* zu ermitteln haben.<sup>56</sup>

## V. Ausblick & Situation öffentlicher Energieunternehmen

Ob die Anreizregulierung ihrem Ziel, einen Effizienzwettbewerb unter „natürlichen“ Netzmonopolen zu bewirken, wirklich gerecht wird und die ihr zugemessenen Vorteile – Motivation der Netzbetreiber, „optimale Kosteneffizienz möglichst schnell anzusteuern, statt unnötige Kraft in die Verteidigung von Ineffizienzen im bürokratischen Kleinkrieg mit dem Regulator zu verlieren“ und ferner ihr Einsatz als „Zugpferde für den Karren des Volkswohls“ infolge der „List des Systems“<sup>57</sup> – hängt, wie schon angedeutet, von vielen, auch außerhalb der Anreizregulierung liegenden Unwägbarkeiten ab. Kurzfristig geht es darum, dem neuen und nunmehr auch „rechtskräftigen“ Modell, das zweifellos einen Paradigmenwechsel in der Regulierung der Energiemärkte bedeutet, unter Aufbringung eines zunächst zweifellos erforderlichen enormen Verwaltungsaufwands „auf die Sprünge“ zu helfen sowie die zahlreich bestehenden, teils recht inkomplexen Rechtsfragen im kritisch-konstruktiven Dialog unter allen Beteiligten sowie der betroffenen Fachdisziplinen (Ökonomen, Ingenieure, Juristen) aufzulösen. Ob dann am Ende die Bilanz in der „Zweck-Mittel-Relation“ tatsächlich ausgeglichen erscheint und die Anreizregulierung als *Success Story* in die Geschichte des Regulierungsrechts eingeht, ist derzeit alles andere als gewiss.

Gesichert erscheint vorerst nur der von der Anreizregulierung ausgehende erhebliche Kostendruck gerade auch für öffentliche, und das heißt hierzulande: kommunale Energieversorgungsunternehmen. Sofern die deutschen Stadtwerke nicht von den Ausnahme- oder *de minimis*-Regelungen der ARegV profitieren und andererseits (noch) nicht im Club

<sup>56</sup> Siehe dazu näher *Pielow*, Auslegungsfragen (o. Fn. 37), S. 52 f. m.w.N.

<sup>57</sup> Zitate aus *F.J. Säcker*, et 2008, S. 74 (78).

der Großen („8KU“<sup>58</sup>) kooperieren, werden sie mehr als bisher Anpassungsstrategien zu entwickeln haben. Chancen eröffnen die Entwicklung von Größenvorteilen, beispielsweise im Wege der Kooperation mit anderen Stadtwerken und/oder privaten EVU, und die Entwicklung neuer Geschäftsfelder, etwa auf dem Gebiet der Energiemanagement- und Energieeffizienzberatung. Dass viele Gemeinden trotz abnehmender Wertschöpfung aus anreizregulierten Energienetzen optimistisch in die Zukunft blicken, belegt der gegenwärtige Trend zur „Rekommunalisierung“ von Energienetzen.<sup>59</sup> Andererseits ist auf die besonderen Hindernisse zu verweisen, denen kommunale Versorgungsunternehmen etwa aufgrund des kommunalen Wirtschaftsrechts sowie des europäischen Beihilfen- und Vergaberechts unterliegen. Dies ist freilich ein anderes Thema.

---

<sup>58</sup> Hierbei handelt es sich um die Kooperation von bislang acht marktstarken (wenn nicht der stärksten) deutschen Stadtwerke, s. <http://www.8ku.de>

<sup>59</sup> Siehe dazu auch *M. Wübbels*, Kommunale Unternehmen zwischen Liberalisierung und Regulierung, IR 2008, S. 242 (244 f.); zur Kooperation von Stadtwerken (als „Erfolgsmodell?“) Th. Fecht, IR 2008, S. 245 ff.



## Die Teilnehmer der Tagung

Lisa **Ahles**, Universität Köln  
Prof. Dr. Gerold **Ambrosius**, Universität Siegen  
Dr. Heinz **Bolsenkötter**, WIBERA Wirtschaftsberatung AG, Düsseldorf  
Prof. Dr. Dietmar **Bräunig**, Universität Gießen  
Prof. Dr. Helmut **Brede**, Universität Göttingen  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter **Eichhorn**, Universität Mannheim  
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter **Friedrich**, Universität der Bundeswehr München  
Prof. Dr. Wolf **Gottschalk**, Universität Göttingen  
Wilhelm Georg **Hanss**, Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH  
Klaus **Heininger**, Leipziger Verkehrsbetriebe (LVB) GmbH  
Dr. Bodo **Herrmann**, Bundesnetzagentur, Bonn  
Prof. Dr. Christian **von Hirschhausen**, Universität Dresden / Deutsches Institut für  
Wirtschaftsforschung, Berlin  
Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut **Jenkis**, Universität Dortmund  
Dr. Lothar **Kramm**, Berliner Stadtreinigungsbetriebe, AöR  
Wolf **Leetz**, Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen – Deutsche Sektion des CEEP,  
Berlin  
Reiner **Metz**, Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Köln  
Prof. Dr. Holger **Mühlenkamp**, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften  
Speyer  
Raimund **Otto**, Stadtwerke Leipzig GmbH  
Prof. Dr. Joh.-Christian **Pielow**, Ruhr-Universität Bochum  
Prof. Dr. Dr. h.c. Günter **Püttner**, Universität Tübingen  
Prof. Dr. Christina **Schaefer**, Fachhochschule für Technik und Wirtschaft Berlin  
Michael **Schöneich**, ehem. Verband kommunaler Unternehmen e.V., Berlin  
Prof. Dr. Frank **Schulz-Nieswandt**, Universität Köln  
André **Tegtmeier**, Beratungsgesellschaft für Beteiligungsverwaltung Leipzig mbH  
Prof. Dr. Ludwig **Theuvsen**, Universität Göttingen  
Beatrix **Widmer**, Verband kommunaler Unternehmen e.V., Berlin  
Peter Karl **Ziwny**, Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs,  
Wien

## Die Referenten/Autoren

Prof. Dr. **Gerold Ambrosius**, Universität Siegen, FB 1, Adolf-Reichwein-Straße 2, 57068 Siegen, E-Mail: [ambrosius@geschichte.uni-siegen.de](mailto:ambrosius@geschichte.uni-siegen.de)

Prof. Dr. **Wolf Gottschalk**, Georg-August-Universität Göttingen / Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU), Brohler Straße 13, 50968 Köln, E-Mail: [gottschalk@vku.de](mailto:gottschalk@vku.de)

Dr. **Bodo Herrmann**, Bundesnetzagentur, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, E-Mail: [bodo.herrmann@BNetzA.de](mailto:bodo.herrmann@BNetzA.de)

Prof. Dr. **Christian von Hirschhausen**, Dresden University of Technology, Faculty of Business and Economics, Chair of Energy Economics and Public Sector Management, 01062 Dresden, E-Mail: [cvh@mailbox.tu-dresden.de](mailto:cvh@mailbox.tu-dresden.de)

Prof. Dr. **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum, Fakultät für Wirtschaftswissenschaft, Recht der Wirtschaft, 44780 Bochum, E-Mail: [rdw@ruhr-uni-bochum.de](mailto:rdw@ruhr-uni-bochum.de)

Prof. Dr. **Günter Püttner**, Universität Tübingen, c/o Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen – Deutsche Sektion des CEEP e.V. (BVÖD), Sponholzstraße 11, 12159 Berlin, E-Mail: [info@bvoed.de](mailto:info@bvoed.de)

## ***Dokumentationen von Jahrestagungen des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft\****

Bisher sind erschienen:

**Marktstrategien öffentlicher Unternehmen – Internationalisierung der Rechnungslegung für die öffentliche Wirtschaft.** Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 25./26. Februar 2004 in Berlin (2004)

**Neue Institutionenökonomik – Public Private Partnership – Gewährleistungsstaat.** Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 5./6. März 2003 in Berlin (2004)

**Liberalisierung im öffentlichen Personennahverkehr.** Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 14. Februar 2002 in Berlin (2002)

**Sparkassen und Landesbanken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Auftrag und Wettbewerb.** Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 1. März 2001 in Berlin (2002)

**Öffentliche Dienstleistungen im Konflikt zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Wettbewerb.** Referate der Tagung des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 9. März 2000 in Arnoldshain/Ts. (2001)

---

\* Ab 2006 veröffentlicht in „Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft“.



## **Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft**

Bisher sind erschienen:

- Heft 29 **Regulierung.** Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen veranstalteten Tagung (2009)
- Heft 28 **Trennung von Infrastruktur und Betrieb – Königsweg öffentlicher Aufgabenerledigung?** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen – Deutsche Sektion des CEEP, des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen und des Deutschen Städtetages (2008)
- Heft 27 **Corporate Governance in der öffentlichen Wirtschaft.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen, des Deutschen Städtetages und der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt (2008)
- Heft 26 **Auswirkungen der Globalisierung auf die öffentlichen Banken. Trennung von Infrastruktur und Betrieb.** Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft am 21./22. Februar 2007 veranstalteten Tagung (2008)
- Heft 25 (E) **Tendering or Direct Awarding of Public Services – Plea for the Right to Choose for Territorial Authorities. On the Need for Legal Provisions on the In-house Concept in the European Union,** Statement of the Scientific Council of the Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft
- Heft 25 **Ausschreibung oder Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungen – Plädoyer für ein Wahlrecht der Gebietskörperschaften. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Inhouse-Begriffs in der Europäischen Union,** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (2007)
- Heft 24 **Die Zukunft der öffentlichen Dienstleistungen.** Referate einer vom Wissenschaftlichen Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft veranstalteten Tagung (2007)
- Heft 23 **Öffentliche Dienstleistungen für die Bürger. Wege zu Effizienz, Qualität und günstigen Preisen.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen und des Deutschen Städtetages (2006)
- Heft 22 **Öffentliche Dienstleistungen zwischen Eigenerstellung und Wettbewerb.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen, des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen und der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt (2005)

- Heft 21 **Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), des Verbandes kommunaler Unternehmen und des Deutschen Städtetages (2004)
- Heft 20 **Ausschreibungswettbewerb – obligatorisch für alle öffentlichen Dienstleistungen?** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, des Verbandes kommunaler Unternehmen und des Deutschen Städtetages (2003)
- Heft 19 **Rollenwechsel kommunaler Unternehmen.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft. (2002)
- Heft 18 **Die öffentliche Wirtschaft in Deutschland – Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts.** Dokumentation der Deutschen Sektion des Europäischen Zentralverbandes der öffentlichen Wirtschaft (CEEP) (2001)
- Heft 17 **Sparkassen und Landesbanken in der Wettbewerbs- und Privatisierungsdiskussion.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1998)
- Heft 16 **Öffentliche Unternehmen – eine Alternative zur Privatisierung.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Sachsen (1996)
- Heft 15 **Europa, Wettbewerb und öffentliche Dienstleistungen.** Bericht des CEEP und Vorschläge zur Änderung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie für eine Europäische Charta der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (1996)
- Heft 14 **Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindefirtschaftsrecht.** Referate eines Symposiums der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1995)
- Heft 13 **Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1994)
- Heft 12 **Eigenbetrieb, Kapitalgesellschaft, Anstalt des öffentlichen Rechts – Rechtsformänderung bei den Berliner Eigenbetrieben?** Referate eines Workshops der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und des Senators für Verkehr und Betriebe von Berlin (1993)
- Heft 11 **Die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft in der Europäischen Gemeinschaft.** Referate einer Vortragsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1992)
- Heft 10 **Die Auswirkungen der EG-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen auf die öffentlichen Unternehmen – Bestandsaufnahme und Verbesserungsvorschläge.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Rudolf Eiermann (1992)
- Heft 9 **Die Unternehmen der Deutschen Bundespost als juristische Personen des öffentlichen Rechts – Alternativ-Vorschläge zur Postreform II.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Helmut Cox (1992)

- Heft 8 **Die Unternehmen der öffentlichen Energieversorgung der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Binnenmarkt.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Paul Münch (1991)
- Heft 7 **Die öffentlichen Eisenbahnen in der Bundesrepublik Deutschland angesichts der Vollendung des EG-Binnenmarktes.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Achim von Loesch (1991)
- Heft 6 **Öffentliche Kreditinstitute in der Bundesrepublik Deutschland und EG-Binnenmarkt.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Peter Eichhorn (1990)
- Heft 5 **Öffentliche Unternehmen und soziale Marktwirtschaft – Aktueller Handlungsbedarf im Umstrukturierungsprozeß der DDR.** Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Federführung: Dietrich Budäus (1990)
- Heft 4 **Abfallentsorgung und ihre Finanzierung als Aufgaben öffentlicher Unternehmen.** Referate und Diskussionsbericht einer Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (1989)
- Heft 3 **Gemischtwirtschaftlichkeit und öffentliche Aufgabe.** Referate und Diskussionsbeiträge einer Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (1988)
- Heft 2 **Thesen zur künftigen Struktur der Deutschen Bundespost.** Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft zur Neuordnung der Deutschen Bundespost, Federführung: Helmut Cox (1988)
- Heft 1 Peter Eichhorn: **Forschung und Entwicklung und öffentliche Unternehmen** (1986)



