

Matthias Lohmann

# Anreizregulierung als hoheitlich vermittelter Wettbewerb

Eine Analyse effizienzorientierter Regulierungsansätze im Stromnetzbereich  
am Beispiel staatlicher Unterstützungsmaßnahmen bei  
existenzbedrohenden Unternehmenskrisen



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Gliederung	7
Inhaltsverzeichnis	9
Einleitung und Vorgehensweise	15
A. Einleitung	15
B. Vorgehensweise	16
1. Kapitel: Entgeltregulierung im Stromnetzbetrieb	18
A. Strukturelle Merkmale des Netzsektors	18
I. Netzbetrieb als natürliches Monopol	19
II. Geringes Potential zur Mengenanpassung auf der Nachfrageseite	22
III. Netzbetrieb und Essential facilities- Doktrin	23
1. Die Entscheidungspraxis von Kommission und EuGH	25
2. Nationales Kartellrecht	26
3. Energierechtliche Netzzugangsregelung	27
B. Regulierungsmodelle und Wettbewerbsdefizit	28
I. Staatliche Kontrolle des Netzbereichs	29
1. Netzbetrieb durch staatliche Behörden	29
2. Vergabemodell: Wettbewerb um den Markt	30
3. Bewertung	30
II. Kostenorientierte Entgeltermittlung	31
1. Verhandelter Netzzugang	31
2. Kostenorientierte Entgeltermittlung nach § 21 EnWG	33
3. Bewertung der kostenorientierten Ansätze	34
a) Kostenorientiertheit und produktive Effizienz	34
b) Informationsdefizit	36
4. Zusammenfassung	37
C. Anreizregulierung als Wettbewerbssurrogat	38

I. Anreizregulierung im europäischen Kontext	39
II. Anreizregulierung im Telekommunikationssektor	39
III. Weiteres Verfahren zur Einführung einer Anreizregulierung	40
IV. Verschiedene Einzelmodelle einer Anreizregulierung	40
1. Price Cap- Regulierung	41
2. Revenue Cap- Regulierung	42
3. Weitere Regulierungselemente bei Price Cap und Revenue Cap	43
a) Dauer der Regulierungsperioden	43
b) Ermittlung der anfänglichen Entgelt- bzw. Umsatzhöhe	45
c) Entgelt- bzw. Umsatzanpassung während einer Periode	45
aa) Inflationsausgleich (I-Faktor)	45
bb) Effizienzvorgaben (X-Faktor)	46
(1) Zusammensetzung des X-Faktors	47
(2) Isolierte Bewertung des einzelnen Netzbetriebs	47
(3) Benchmarkingverfahren	48
cc) Zusätzliche Vorgaben	50
d) Vorzeitige Weitergabe von Gewinnen	51
4. Yardstick- Regulierung	51
5. Vergleich und Stellungnahme	53
a) Gegenläufige Anzeizeffekte	54
b) Keine vollständige Aufhebung des Informationsdefizits	55
c) Gleichmäßige und zeitnahe Förderung der Verbraucherwohlfahrt	56
D. Zusammenfassung	57
2. Kapitel: § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG als Zentralnorm einer Krisenintervention	59
A. Einleitung	59
B. Die Anpassungsregelung des § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG	60
I. Anpassung an gesetzliche Rahmenbedingungen	60
II. Generalklausel des § 21a Abs. 3 S. 3 2. Alt. EnWG	61
1. Vergleichsmaßstab bei Prognoseelementen	61
2. Fehlerhafte Kalkulationsgrundlagen und Berechnungsfehler	62
3. Anpassungen zu Lasten des Netzbetreibers	63
4. Mögliche Anknüpfungspunkte	65
5. Unternehmenskrise als Änderung von Umständen	66
a) Richtlinienkonforme Auslegung des § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG	66
aa) Kostenorientiertheit als Richtlinienvorgabe	66
bb) Die Angemessenheit der Entgelte	67
cc) Effizienzpostulat und Wettbewerbsorientierung	68
dd) Übertragung auf die Anreizregulierung	69
(1) Unternehmensvergleich und Kostenorientierung	69
(2) Hinreichende durchschnittliche Kapitalverzinsung	70
(3) Angemessene Vergleichsmaßstäbe	72
(a) Vergleichsgruppen und Strukturklassen	73

(b) Auswahl der Benchmarkingparameter	75
(4) Anpassung an Mengenschwankungen	78
(5) Abschläge wegen Prognoseunsicherheiten?	78
(6) Einmalige Rationalisierungseffekte	80
(7) Notwendigkeit einer ergänzenden Kartellaufsicht	81
(a) Zuständigkeit für kartellrechtliche Aufsicht	82
(b) Diskriminierungsverbot und Angemessenheit der Entgelte	83
(c) Wettbewerbswidrige Vereinbarungen	84
(d) Fusionskontrolle	85
(aa) Marktabgrenzung	85
(bb) Marktbeherrschende Stellung	87
ee) Zusammenfassung	89
b) Systematische Auslegung: § 21 Abs. 2 S. 1, 3 und § 30 Nr. 5 EnWG	89
c) Verfassungskonforme Auslegung	90
aa) Anwendbarkeit des nationalen Verfassungsrecht	90
bb) Die Eigentumsfreiheit der Netzbetreiber	91
(1) Schutzbereich und betroffene Grundrechtsträger	91
(2) Betriebssicherung versus Gemeinwohl	93
(a) Anpassungsregelungen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen	93
(b) Legitimer Zweck der Regulierungsmaßnahmen	94
(aa) Wettbewerbsöffnung auf nachgelagerten Märkten	94
(bb) Grundrechtsschutz gegenüber Dritten	94
(cc) Gemeinschaftsrechtskonforme Umsetzung des Sekundärrechts	95
(c) Anpassungsmaßnahmen und Gleichheitsgrundsatz	96
(d) Substanzgarantie als Kernbestandteil?	97
(aa) Kein Schutz vor Wettbewerb	99
(bb) Sonderstellung der Anreizregulierung	100
(e) Gesamtabwägung der entgegenstehenden Belange	100
(aa) Wettbewerbsnähe der Anreizregulierung	100
(bb) Regulierungskonstanz	102
(cc) Vertrauensschutz	102
(dd) Eingriffsintensität der Anreizregulierung	105
(ee) Anforderungen an die Ausgestaltung einer Anreizregulierung	106
dd) Berufsfreiheit des Netzbetreibers	107
ee) Zusammenfassung	109
d) Zusammenfassung	109
4. Vertretenmüssen des Netzbetreibers	109
C. Zusammenfassung	112

3. Kapitel: Staatliche Krisenintervention und EG-Beihilferecht	113
A. Einleitung	113
B. Anwendbarkeit der Beihilferegeln: Netzbetrieb als Wettbewerbsmarkt?	114
I. Wettbewerbsleitbild des EG-Vertrags	114
1. Wettbewerbstheoretische Ansätze	115
2. Zielkatalog des Art. 2 EG	116
a) Gesamtwirtschaftliche Entwicklung	117
b) Wirtschaftliche Freiheit	118
II. Wettbewerbselemente im Stromnetzbereich	119
1. Übernahmewettbewerb	119
a) Wettbewerb um die Unternehmenskontrolle	119
b) Übernahme des Stromnetzes	121
2. Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten	122
3. Substitutionswettbewerb	123
a) Netzsubstitution durch dezentrale Versorgung bzw. Eigenproduktion	123
b) Stromsubstitution durch Gas	124
4. Wettbewerbsfiktion der Anreizregulierung	125
a) Gesamtwirtschaftliche Entwicklung	125
b) Wirtschaftliche Handlungsfreiheit	126
c) Ergebnis	127
III. Zusammenfassung	127
C. Beihilfequalität der Maßnahmen	128
I. Leistung oder Belastungsverminderung	128
II. Keine Gegenleistung	129
1. Dogmatische Einordnung des Urteils	130
2. Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit	131
3. Aufstellen objektiver und transparenter Parameter	133
4. Angemessene Entlohnung	134
III. Spezifität der Begünstigung	134
D. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt	134
I. Staatliche Beihilfen (Art. 87 Abs. 1 I. Alt. EG)	135
II. Durch staatliche Mittel (Art. 87 Abs. 1 2. Alt. EG)	136
1. Zuwendung durch eine vom Staat benannte oder errichtete Einrichtung	136
2. Zuwendung durch öffentliche Unternehmen	137
a) Der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 295, 86 Abs. 1 EG	137
b) Rechtfertigungsansätze für eine Ungleichbehandlung	138
aa) Belastung des allgemeinen Staatshaushalts	138
bb) Staatliche Interessenverfolgung	139
(1) Mittelzurechnung: Möglichkeit einer Kontrollausübung	140
(2) Zurechnung der Zuwendungsentscheidung	142
c) Zusammenfassung	143

3. Zweistufige Zuwendungsgestaltung (Entscheidung und Gewährung)	143
a) Urteil „PreussenElektra“	144
aa) Belastung privater Unternehmen durch gesetzliche Regelung	144
bb) Belastung staatsnaher Unternehmen durch gesetzliche Regelung	146
b) Argumentation des Generalanwalts Jacobs	147
c) Urteile „Ecotrade“ und „Piaggio“	148
d) Auffassung der Kommission	149
e) Eigene Stellungnahme	150
aa) Zurechnung der Finanzmittel	151
bb) Zurechnung der Zuwendungsentscheidung	151
(1) Beherrschende staatliche Stellen als Zurechnungssubjekte	151
(2) Regulierungsbehörde als Zurechnungssubjekt	152
III. Zusammenfassung	155
E. Verfälschung des Wettbewerbs	156
I. Substitutionswettbewerb	156
II. Nachgelagerter Wettbewerb	157
III. Fiktiver Wettbewerb durch Anreizregulierung	158
IV. Zusammenfassung	158
F. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	159
G. Zusammenfassung	160
H. Ausnahmeregelungen	160
I. Per se- Erlaubnis nach Art. 87 Abs. 2 Ziff b) EG (Naturkatastrophen u.a.)	160
II. Ausnahmen nach Art. 87 Abs. 3 EG	162
1. Störung im Wirtschaftsleben	162
2. Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige	163
a) Die Kommissionsleitlinien zu Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen	163
aa) Ausschluss für konzernzugehörige Unternehmen	164
bb) Entgeltpassung und einmalige Gewährung	165
b) KMU- Unterstützung	166
III. Art. 86 Abs. 2 EG	166
1. Kein Ausschluss durch die „Altmark Trans“- Rechtsprechung	167
2. Kein Ausschluss durch Art. 87 Abs. 2, 3 EG	170
3. Betrauung mit Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	170
4. Verhinderung der Aufgabenerfüllung	171
a) Spezifität der Verhinderung	171
b) Erforderlichkeit	172
c) Bloße Gefährdung der Aufgabenerfüllung	172
d) Zumutbarkeit der Aufgabenerfüllung	173

aa) Grundsatz: Beschränkung auf Missbrauchskontrolle	174
bb) Missbrauchskontrolle: Nettomehrkostenmethode	175
cc) Modifizierung durch Universaldienstkonzept	176
dd) Anwendung auf den Stromsektor	179
(1) Zumutbarkeit als Finanzierungsmaßstab	180
(2) Das Universaldienstkonzept im Stromnetzbereich	180
(3) Schutzrichtung der Angemessenheit	182
ee) Zusammenfassung	182
e) Die Kontinuität der Aufgabenerfüllung	183
aa) Unternehmenskrise und Aufgabenerfüllung	183
(1) Externe Verursachungsfaktoren	183
(2) Interne Verursachungsfaktoren	185
bb) Subjektgebundenheit der Kontinuität	187
(1) Wortlaut	187
(2) Berücksichtigung des Normzwecks	188
(3) Anwendung auf den Stromsektor	190
(4) Zusammenfassung	190
cc) Kontinuitätswahrung bei erzwungenem Betreiberwechsel	191
(1) Insolvenz betrauter Unternehmen	192
(a) Insolvenzfähigkeit betrauter Unternehmen: § 882a Abs. 2 ZPO	192
(b) Problematik der Unternehmenszerschlagung	193
(c) Sanierungsförderung im Rahmen der Insolvenzordnung	193
(d) Staatliche Interventionen im Rahmen des Insolvenzverfahrens	195
(e) Finanzieller Mehrbedarf durch späten Zuwendungszeitpunkt	198
(f) Anwendung auf den Stromsektor	199
dd) Zusammenfassung	201
f) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	201
g) Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG	203
J. Zusammenfassung	203
Literaturverzeichnis	207