

Neue Regeln für die Energiewirtschaft. Der regulatorische Staat im Wandel

Markus M. Müller

Einleitung

Als konzeptionelle Neuerung ist der Begriff des „neuen regulatorischen Staates“ zunächst in Großbritannien aufgetreten, um einigen wesentlichen Veränderungen im Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der politik-ökonomischen Debatte gerecht werden zu können (Moran 2001). Im Kern bezeichnet er eine Neubestimmung dieses Verhältnisses durch drei Entwicklungen: die Einrichtung neuartiger Institutionen, den so genannten sektoralen Regulierungsbehörden, deren Besonderheit vor allem in einer (der britischen Staatsordnung insgesamt eher fremden) Unabhängigkeit (von der Politik, also der Regierung) ist, das Verfolgen neuer Ziele, insbesondere von Wettbewerb in den jeweiligen Sektoren, sowie den Einsatz entsprechender Instrumente, wie das Einführen von Markt- und Wettbewerbsregeln und anderen anreizorientierten Mechanismen (Müller/Sturm 1998). Das Konzept fand auch Eingang in die deutsche Debatte, wobei eine Vielzahl von Analysen vor allem den Telekommunikationssektor beschrieb und untersuchte. Tatsächlich haben die beschriebenen Neuerungen im Verhältnis von Staat und Wirtschaft aber auch andere Sektoren, wie die Finanzwirtschaft, den Medienbereich oder den Eisenbahnverkehr erfasst. Die einschlägigen Reformen sind in unterschiedlichen Geschwindigkeiten sowie mit unterschiedlichen Reforminhalten und -ergebnissen von Statten gegangen (Müller 2002).

Doch nun scheint es zu einer ersten Konsolidierung zu kommen: mit der Umbenennung der bisherigen „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ (RegTP) in die „Bundesnetzagentur“ (BNA) ist mehr als nur ein Schilderwechsel an der Pforte verbunden. Die bis 2006 schrittweise auszubauenden Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde nicht nur für Post- und Telekommunikationsdienste, sondern darüber hinaus auch für Energieversorger sowie den Schienenverkehr deutet dreierlei an. Erstens, das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde hält nun auch in den Energiesektor (und ab 2006 in das Eisenbahnwesen) Einzug. Damit konsolidiert sich *in extensiver Weise* das Eingriffsparadigma des Staates im Sinne des neuen regulatorischen Staates, d.h. eine wettbewerbsorientierte Sektorensteuerung durch eine unabhängige Regulierungsbehörde. Zweitens, die sektorale Betrachtung der behördlichen Zuständigkeitsbereiche nimmt ab, d.h. die Praxis ent-

fernt sich von der Idee einer streng sektoral ausgerichteten Regulierungsbehörde hin zu einer horizontal stärker integrierten Institution. Man könnte dies als Konsolidierung *in intensiver Weise* bezeichnen. Und drittens, die Europäisierung der deutschen Wirtschaftspolitik hat sich in einem wichtigen Bereich fortgesetzt: der vormals markante deutsche Alleingang, neben Malta als einziger EU-Mitgliedstaat keine Regulierungsbehörde im Energiesektor zu unterhalten, ist beendet. Mit der europaweit einheitlichen Maßgabe, nur noch den so genannten „regulierten Netzzugang“ als Regulierungsansatz zu verwenden, hat der Wettbewerb der bisherigen drei Ansätze (verhandelter Netzzugang und Alleinabnehmer-Modell waren bis 2005 ebenfalls nach EU-Recht möglich) durch Vereinheitlichung ein Ende gefunden.

1. Überblick: der regulatorische Staat – Paradigma oder Zufallsprodukt?

Neue Leitbilder im Verhältnis von Staat und Wirtschaft sind nur in Ausnahmefällen das Produkt akademischer Konstruktionsarbeit. Das Konzept der Sozialen Marktwirtschaft, wesentlich entwickelt von Alfred Müller-Armack, das politische Programm und akademisches Projekt in einem war, ist eher eine Ausnahme. Viel häufiger begleitet die Forschung reale Entwicklungen und belegt sie mit neuen Begriffen. Dieser Variante ist wohl auch das Konzept des „neuen regulatorischen Staates“ zuzuordnen (vgl. auch Moran 2004).

Doch was war real passiert, das die Prägung eines neuen Begriffes rechtfertigt? Seinen Ursprung nahm die Entwicklung im britischen Telekommunikationssektor 1984. Damals etablierte Premierministerin Margaret Thatcher mit Oftel erstmals eine sektorale Regulierungsbehörde, deren Aufgabe es war, das damalige Duopol zweier Telekommunikationsanbieter (British Telecom, die in den folgenden Jahren vollständig privatisiert werden sollte, sowie der private Anbieter Mercury) zu „regulieren“. Unter „Regulieren“ war das gesamte Spektrum an Regelungen zu verstehen, das notwendig ist, um auf einem Markt mit begrenzter Wettbewerbsintensität (hier: ein Duopol) ein möglichst effizientes, aber auch landesweit verlässliches Angebot zu erzeugen. Das schließt regelmäßig Preisregulierung als Kernaufgabe der Regulierungsbehörde ein, umfasst aber auch Fragen der Versorgungssicherheit oder des Zusammenspiels der Konkurrenten, etwa wenn es um das zentrale Problem des „Netzzugangs“ bzw. der störungslosen Durchleitung von Telefonaten durch Verknüpfung der jeweiligen Netze etc. geht. In den USA waren Aufgaben dieser Art schon seit den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts bekannt, denn die in Europa meist in öffentlicher Trägerschaft betriebenen Dienste der so genannten „Daseinsvorsorge“ waren in Amerika schon seit jeher zumeist in privater Hand.

Eigentlich sollte 1984 die Sektorregulierung im Telekommunikationsbereich der britischen Wettbewerbsaufsicht, dem Office of Fair Trading (OFT), zugeordnet werden. Doch deren Leiter, Director General Gordon Borrie, weigerte sich, die Aufgabe anzunehmen. Man mag darüber spekulieren, wie die gesamte Geschichte des britischen regulatorischen Staates seither verlaufen wäre, hätte er sich damals anders entschieden. Diese historische Fußnote illustriert zumindest eines: das Ent-

stehen des neuen regulatorischen Staates verdankt sich nicht zuletzt auch historischen Zufälligkeiten. Dazu mag man, je nach wirtschaftspolitischer Sichtweise, auch die Tatsache zählen, dass Privatisierung und Regulierung im Telekommunikationssektor sich in Großbritannien als besonders erfolgreich erwiesen. So setzte ein „Schneeballeffekt“ ein. Es gab keine „Blaupause“ für ein neues, sektor-spezifisch zu gestaltendes Verhältnis von Staat und Wirtschaft; vielmehr ist die Entwicklung des regulatorischen Staates in Großbritannien eher als eine Geschichte der „unintended consequences“, also der unbeabsichtigten Folgen von Einzelvorfällen zu sehen. Nur im Rückblick ergibt sich das Scheinbild eines Masterplans (Bartle/Müller/Sturm/Wilks 2002).

Nicht viel anders stellt sich diese Entwicklung in Deutschland dar. Während etwa das Vorbild der britischen Regulierung im Telekommunikationssektor bei uns mit der Einrichtung der RegTP sowie der Übernahme einer Vielzahl von regulatorischen Eingriffsinstrumenten eine große Rolle spielte, ging man bei der Regulierung der Energiewirtschaft oder des Schienenverkehrs (ganz zu schweigen von der Wasserversorgung oder der Medienaufsicht) völlig unterschiedliche Wege. „Verschieden“ waren diese nicht nur vom britischen Modell. Dieses Modell, dem im Wesentlichen die Regulierungsbehörden sowohl im Telekommunikationssektor als auch im Energiebereich oder der Wasserversorgung von Anfang an folgten, prägte aufgrund seines inter-sektoralen Auftritts schnell das Bild des „neuen regulatorischen Staates“ in Großbritannien. In Deutschland hingegen waren die jeweiligen Institutionen, Eingriffsinstrumente und –ziele durchaus auch im Sektorenvergleich landesintern substantiell verschieden. Dafür waren (und sind) mehrere Faktoren verantwortlich, darunter die jeweils verschiedene Sektorstruktur (viele Anbieter vs. Monopolist; staatlich-öffentlich geprägte Anbieter vs. Private), die Zuständigkeitsverteilung im föderalen Staat (Bundes- vs. Länderzuständigkeit) sowie die damit verbundenen jeweiligen Interessen, deren Einflussnahme und –möglichkeiten zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führten.

2. Die Regulierung der deutschen Energiewirtschaft – ein europäischer Sonderfall

Mit dem Energiewirtschaftsgesetz 1998 setzte die damalige Bundesregierung unter Kanzler Helmut Kohl ein Regime für die Bereiche Strom- und Gasversorgung in Kraft, das oberflächlich betrachtet einen stark wettbewerblich ausgerichteten, jedenfalls völlig liberalisierten Markt herstellt. Mit einem Schlag fielen alle „Schutzwälle“ der Energieversorger gegen Wettbewerb in ihren Versorgungsgebieten: jeder (alte oder neue) Anbieter konnte nun Energie (Strom und Gas) jedem Kunden in Deutschland anbieten. Es gab keinerlei Größenrestriktionen. Das Gesetz, das vormals die Gebietsmonopole der Energieversorger gesetzlich sanktionierte, schrumpfte auf weniger als 20 Paragraphen.

Ein vollständig liberalisierter Markt, so das Diktum der Zeit damals, benötigt keine sektorale Regulierungsbehörde. Lediglich die Wettbewerbsaufsicht des Bundeskartellamts (BKartA), die allerdings erst bei wettbewerbsfeindlichem Handeln *ex post* greift (und auch dann nur im Rahmen der Grenzen des Gesetzes gegen

Wettbewerbsbeschränkungen), sollte als staatliches Aufsichtsinstrument zur Verfügung stehen. Es gab wohl die Erwartung, dass aufgrund der gegebenen, polypolistischen Marktstruktur in Deutschland, mit einer Vielzahl von Unternehmen auf den verschiedenen Versorgungsstufen, an sich alle Voraussetzungen für einen sofort wirksamen Wettbewerb gegeben seien. Man vermutete, dass der Wettbewerb im Interesse aller Unternehmen am Markt sei, denn nun hatten – zumindest nach dem Gesetz – alle Zugang zu allen Kunden. Statt ausgearbeiteter Spielregeln für den neu entstandenen, völlig freien Energiemarkt setzte man darauf, dass die Marktakteure, vertreten durch die verschiedenen Verbände, selbst diese Spielregeln bestimmen. Hierzu sollten, so wollte es der Gesetzgeber, gewissermaßen im Wege der „Selbstregulierung“, die so genannten „Verbändevereinbarungen“ getroffen werden. Zwar behielt sich der Gesetzgeber vor, selbst im Verordnungswege die Spielregeln zu bestimmen; doch wurde von dieser Norm kein Gebrauch gemacht. So entstanden, auf Initiative der Politik, die Verbändevereinbarung Strom und die Verbändevereinbarung Gas, deren jeweils aktualisierte Fassungen schließlich im Jahr 2003 sogar formale Anerkennung durch den Gesetzgeber und damit allgemeine Verbindlichkeit mit Quasi-Gesetzeskraft erhielten (vgl. Klocker 2003; Böge/Lange 2003).

Wie erklärt man das Paradoxon (Padgett 2003), dass ausgerechnet Deutschland, dem aufgrund der bestehenden stark anti-wettbewerblichen Tradition in der Energiewirtschaft eine so weitgehende Liberalisierung im Bereich der Daseinsvorsorge niemand zugetraut hatte, mit der sofortigen, vollständigen Liberalisierung als eines von nur vier EU-Ländern scheinbar die „Führerschaft“ unter den Marktoptimisten übernahm? War der Marktoptimismus hier tatsächlich so stark ausgeprägt, dass man einen „geregelten“ Übergang, gesteuert von einer Regulierungsbehörde, für unnötig hielt?

Zunächst einmal verdeutlicht dieses (scheinbare) Paradoxon, dass zwischen „Liberalisierung“ und „Regulierung“, ganz der deutschen ordo-liberalen Tradition entsprechend, keineswegs ein notwendiger Zusammenhang herrscht. Während nach britischer Vorstellung seit den 1980er Jahren „Liberalisierung“ ein schrittweises Vorgehen bei der Einführung von Wettbewerb, nämlich durch „Regulierung“, bedeutet, sah man vor allem in dem liberal geprägten Bundeswirtschaftsministerium geradezu einen dogmatischen Konflikt zwischen beiden Begriffen: Wer liberalisieren will, der kann doch nicht auch regulieren! Dementsprechend wurde die Einrichtung einer Regulierungsbehörde für den Energiesektor ebenso abgelehnt wie der Erlass von marktregulierenden Vorschriften. Lediglich die bereits bestehende Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt, analog im Bereich Gas) wurden für den Bereich der so genannten „Pflichttarife“, zu denen die bisherigen Regionalversorger jeden Haushalt versorgen mussten, beibehalten. Ihre Umsetzung obliegt allerdings den Ländern, so dass es wenig verwundern mag, dass etwa Baden-Württemberg kurz nach der Jahrtausendwende die aus der BTOElt sich ergebende Preisaufsicht einstellte.

3. Die Reform 2005 – Konsolidierung und Neuausrichtung des regulatorischen Staates

Man wird die neuerliche Reform der Energiemarktregulierung in Deutschland 2005 kaum verstehen können, lässt man Marktstrukturen und –entwicklungen außer Betracht. Die Reform 2005 holt, so mögen Kritiker formulieren, den notwendigen „ersten Schritt“ der Marktliberalisierung nach. Liberalisierung bedeutet eben doch, so scheint sich die britische Auffassung zu bestätigen, zunächst durch Regulierung ein wettbewerbsadäquates Umfeld zu schaffen. Oder hatte man sich aber nur im Hinblick auf die (sehr positive) Einschätzung der Wettbewerbsorientierung und –eignung der gegebenen Marktstruktur geirrt? Wie dem auch sei, es übernahm wieder die EU-Kommission, durch regelmäßige Benchmarking-Berichte sowie die Vorbereitung restriktiverer Energiemarktrichtlinien, eine Schrittmacher-Funktion, an deren vorläufigem Ende ein europaweit weitgehend konsolidiertes Regime steht.

Was passierte nach der Marktliberalisierung 1998? Oberflächlich betrachtet waren, wie gesagt, die Voraussetzungen für einen funktionierenden Energiemarkt, zumindest im Strombereich, nicht schlecht. Es gab einige überregionale Stromproduzenten, die auch das deutsche Verbundnetz betrieben, und die im Übrigen im europaweiten Netzverbund vollständig integriert waren. Eine Vielzahl regionaler Versorger sowie mehrere Hundert Stadtwerke verteilten und verkauften den Strom an die Endkunden. Alle Unternehmen zusammen, beinahe eintausend, waren in ein kompliziertes Vertragsgeflecht eingebunden, das aus die regionalen Monopole abgrenzenden Demarkationsverträgen, das jeweilige kommunale Wegerecht garantierenden Konzessionsverträgen (mit den Kommunen) sowie natürlich Lieferverträgen bestand. Zum Teil bestanden und bestehen kapitalmäßige gegenseitige Beteiligungen. Im Übrigen befanden (und befinden) sich diese Unternehmen sowohl in privater, in gemischter sowie in vollständig öffentlicher Eigentümerschaft. Im Grunde erschien ein so zahlreiches Anbieterfeld also durchaus den Voraussetzungen für eine gelungene Marktliberalisierung zu entsprechen. Einen staatlichen Monopolisten, wie etwa im britischen Fall, hätte man erst zerschlagen müssen. Oder, wie im Falle der Deutschen Telekom AG, mittels einer Regulierungsbehörde so lange in Schach halten, bis die im Entstehen befindlichen Konkurrenzunternehmen „auf Augenhöhe“ auf dem Markt agieren können.

Doch die Praxis nahm einen anderen Verlauf. Nach einer zu Beginn durchaus lebhaften Phase des Wettbewerbs, in der eine Reihe neuer Anbieter auf den Markt drängte, nahm die Preisentwicklung kurz nach der Jahrtausendwende schon wieder eine neue Richtung. Seitdem sind bis 2005 die Energiepreise auf ein Rekordhoch gestiegen, wenngleich hier Strom- und Gasmarkt unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten unterliegen. Seit den 1960er Jahren sind die Gaspreise an den Ölpreis gekoppelt. Das wurde damals, bei der Erschließung vor allem russischer Gasvorkommen für den (bundes-)deutschen Markt, als eine sachgemäße Lösung angesichts der Tatsache empfunden, dass es für das Gut „Gas“ keinen Marktpreis gab. Die Koppelung wird freilich dann zum Problem, wenn der Ölpreis (stark) steigt, obgleich möglicherweise das Gasangebot keineswegs rückläufig ist. Erschwert wird dieser Zusammenhang dadurch, dass die Bundesrepublik ihr Gas im Wesentlichen

nach wie vor aus zwei Staaten bezieht, nämlich Russland und Norwegen. Damit entfällt die Hoffnung auf einen durch Wettbewerb stimulierten Preisdruck.

Im Strommarkt gibt es diese Monopolsituation mit Preiskopplung an ein anderes Gut nicht. Hier setzt sich der Endkundenpreis im Wesentlichen aus drei Komponenten zusammen: Produktionskosten des Stroms (plus Verwaltungsaufwendungen), Transportkosten (also insbesondere Netznutzungsentgelte) sowie „staatlich induzierte“ Kosten, wie Steuern (Mehrwertsteuer, Öko-Steuer) sowie „Quasi-Abgaben“ der Abnehmer im Rahmen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG), das die Stromeinspeisung aus Quellen erneuerbarer Energie finanziell lukrativ macht. Diese zuletzt genannten, staatlich hervorgerufenen Kosten machen ein gutes Drittel des Strompreises für Endkunden aus. In ähnlicher Höhe schlagen die Netznutzungsentgelte zu Buche, die damit bis zu 50 Prozent über denen anderen EU-Mitgliedstaaten liegen. Daher ist klar: die hohen deutschen Strompreise verdanken sich einerseits einer stark ökologisch ausgerichteten Energiepolitik (mit Öko-Steuer zur Subventionierung des deutschen Sozialversicherungsmodells und dem EEG zur Förderung erneuerbarer Energien, finanziert durch die Endverbraucher) sowie andererseits einem offensichtlich nicht wirksamen Wettbewerb im Bereich des Netzzugangs. Hier, und nur hier, liegt der Anknüpfungspunkt für das neue Energiewirtschaftsrecht 2005. Es soll die Netznutzungsentgelte mittel- bis langfristig auf europäisches Durchschnittsniveau bringen, so dass der Wettbewerb auf dem Energiemarkt (wieder) lohnend wird – für heimische und ausländische (europäische) Anbieter.

Die mangelnde Wettbewerbsintensität im Energiemarkt lässt sich auch an anderen Messgrößen ablesen. So hat Deutschland unter allen EU-Mitgliedstaaten eine der geringsten Wechselraten der Verbraucher bei der Wahl ihres Versorgungsunternehmens. Das mag angesichts der gewaltigen Konzentrationstendenzen in der Branche auch nicht allzu sehr verwundern. Von den ursprünglich acht überregionalen Versorgern sind nur mehr vier übrig geblieben: RWE, E.on, EnBW und Vattenfall Europe. Sie repräsentieren über 80 Prozent der Stromproduktionskapazität und halten das gesamte Verbundnetz. Neue Anbieter, die einen Fuß in den Markt bekommen wollen, kommen an diesen strukturellen Schranken nicht ohne weiteres vorbei.

Damit stellt sich die Situation Deutschlands vor der neuerlichen Novellierung 2005 wie folgt dar: eine ausgeprägte Sonderstellung in Europa (einziges Land ohne Regulierungsbehörde, mit Ausnahme Maltas) sowie ein nicht zu leugnendes Wettbewerbsdefizit auf dem Energiemarkt. Der deutschen Regierung gingen angesichts dieses Befundes die Argumente für die Entbehrlichkeit einer deutschen Regulierungsbehörde aus. Der „Schwenk“ wurde schließlich von dem grünen Koalitionspartner eingeleitet (mit der frühzeitigen Forderung nach einer unabhängigen Regulierungsbehörde) und mündete in die Ermöglichung zweier neuer EU-Richtlinien für den Strom- und den Gasmarkt 2003.

Die beiden Richtlinien bringen für Deutschland vor allem zwei Neuerungen. Erstens, verschärfte Vorschriften des so genannten *unbundling*. Damit ist die Entflechtung verschiedener Unternehmensbereiche der Energieversorger gemeint, also z.B. Stromproduktion, Stromtransport und Stromverteilung. Obgleich die Richtlinie keine Zerschlagung der Unternehmen (in die entsprechenden Geschäftsbereiche) verlangt, muss auf anderen, insbesondere rechtlichen und buchhalterischen Wegen

verhindert werden, dass defizitär arbeitende Geschäftsbereiche „quersubventioniert“ werden. Denn dadurch würden den daraus begünstigten Geschäftsfeldern unzulässige Wettbewerbsvorteile gegenüber Mitbewerbern auf dem Markt entstehen. Ein weiterer Grund der Entflechtungsvorschrift ist, den Netzzugang so diskriminierungsfrei wie möglich zu gestalten. Das führt zur zweiten Neuerung. Die Richtlinien schreiben für alle EU-Mitgliedstaaten verbindlich den so genannten *regulierten Netzzugang* (*regulated third party access*) als in der EU einzig zulässiger Regulierungsansatz vor. Damit wird der bisherige deutsche Ansatz des so genannten *verhandelten Netzzugangs* (*negotiated third party access*), also die Selbstregulierung ohne staatliche Regulierungsbehörde, ebenso abgeschafft wie das so genannte *Allein-Abnehmermodell* (*single buyer model*), das insbesondere auf Wunsch Frankreichs sowie einiger deutscher Kommunen, nach altem europäischen Recht zulässig war. Der britische Ansatz hat sich damit europaweit durchgesetzt.

Kurz nach Verabschiedung der beiden Richtlinien, veröffentlichte das Bundeswirtschaftsministerium einen Monitoring Bericht (Bundestagsdrucksache 15/1510), der das bisherige Regime der Selbstregulierung auf den Energiemärkten zum Teil heftig kritisierte und erste Hinweise darauf gab, wie das deutsche Energierecht den veränderten europäischen Rahmenbedingungen anzupassen sei. Das BMWA differenzierte dabei zwischen Strom- und Gasmarkt: während man die Verbändevereinbarung Strom insgesamt durchaus würdigte, erklärte man den Gegenpart im Gassektor für praktisch völlig gescheitert. Im Strombereich wurde allerdings durchaus auch Kritik geübt, vor allem der Modus der Berechnung von Netznutzungsgebühren stand im Kreuzfeuer (freilich ein ganz zentraler Bestandteil jeden Regulierungsregimes). Man schlug hierfür einen Ansatz vor, der in der folgenden Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine große Rolle spielte, nämlich die so genannte „Methodenregulierung“ (in Abgrenzung von deren Hauptalternative, nämlich der so genannten Einzelentgeltgenehmigung). Gemeint ist damit ein Regulierungsmodus, der auf der Festlegung von *marktbezogenen Kriterien* der Preisbeobachtung – und steuerung beruht, statt *unternehmensbezogen Kosten* auf Strom- und Gaspreise umzulegen.

Der Regierungsentwurf für das neue Energiewirtschaftsgesetz lag im Juli 2004 vor. Bis zu seiner Verabschiedung sollte es ziemlich genau ein Jahr dauern. Die Umsetzungsfrist der Richtlinien von 2003 war entsprechend um etwa zwölf Monate überzogen, so dass EU-Kommissar Piebalgs einige Zeit eine formelle Klage gegen die Bundesrepublik vor dem EuGH erwog. Das neue Gesetz von 2005 enthält 118 Paragraphen, samt der Ermächtigung zum Erlass von insgesamt vier Rechtsverordnungen, die die wesentlichen Parameter der sektoralen Markt-Spielregeln enthalten werden.

Was geschah zwischen dem Regierungsentwurf 2004 und dem schließlich verabschiedeten Gesetz 2005? Der Regierungsentwurf wurde zum Teil heftig im Bundesrat kritisiert. Angesichts der Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes war damit ein aufwändiger Abstimmungsprozess absehbar. Zu den in der nachfolgenden Debatte zentralen Streitpunkten gehörte die Forderung vieler Länder, statt der avisierten Methodenregulierung doch eine Einzelentgeltgenehmigung, und zwar *ex ante*, vorzunehmen. Dafür waren vor allem zwei Gründe verantwortlich. Erstens, weil die Landesregierungen die politische Notwendigkeit sahen, im Sinne des Verbraucherschutzes den Endkunden zu signalisieren, dass jede Preisveränderung – vorab –

durch eine staatliche Prüfung gehen würde. Zweitens, die Länder erkannten das Problem fraglicher Rechtssicherheit für die Energieversorger bei der Preiskalkulation, wenn nicht vorab klar wäre, ob der Preis die Zustimmung der Aufsichtsbehörden findet.

In gewisser Weise gründete die nachfolgende Diskussion zwischen den Anhängern der so genannten „Ex Ante“-Regulierung und denen der „Ex Post“-Regulierung, zumindest was die öffentliche Debatte betrifft, auf einem Missverständnis der jeweiligen Konzepte. Denn sowohl die Methodenregulierung als auch die Einzelentgeltgenehmigung können *ex ante* und *ex post* ausgestaltet werden. Darüber hinaus deckt die Methodenregulierung ein breites Spektrum unterschiedlicher Ansätze ab, von der *Rate of Return* Regulierung, über *Price Cap* Regulierung bis hin zur *Yardstick* Regulierung. Es dominierte in der öffentlichen Debatte, wie in anderen Fällen auch, der Kampf um die symbolische Besetzung politisch wünschenswerter Ziele – allerdings hatten die dabei vorgebrachten Konzepte (Ex Ante-Regulierung versus Ex Post-Regulierung) nur bedingt einen substanziellen Bezug hierzu.

Man versteht wohl das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens bis Juli 2005 nicht, ohne die Ereignisse nach der Vorstellung des Gesetzentwurfs ein Jahr zuvor nochmals in Erinnerung zu rufen (hierzu ausführlicher Büdenbender 2004). Kaum waren die Pläne der Bundesregierung bekannt, kündigten mehrere Energieversorger zum Teil erhebliche Preiserhöhungen an. Die Erhöhungen wurden mit Kostensteigerungen gerechtfertigt, doch die Öffentlichkeit hatte den Eindruck, die Versorger nutzten nun die letzte Gelegenheit zur ungezügelter Preiserhöhung, bevor das neue Energiewirtschaftsrecht derartiges Gebaren beenden würde. Massive Proteste waren die Folge. Industrie, Mittelstand und Verbraucherschutzorganisationen starteten eine Kampagne, auch die Monopolkommission stimmte ein. Schließlich kündigte das Bundeskartellamt eine Untersuchung an und drohte mit der Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens. Die öffentliche Debatte kreiste nun praktisch ausschließlich um die Frage, wie die Interessen der Energieverbraucher am besten geschützt werden können. Der grüne Koalitionspartner erkannte die Zeichen der Zeit, distanzierte sich von der (eigenen) Regierungsvorlage, und verlangte nun seinerseits eine substantielle Verschärfung der Preisaufsicht im neuen Gesetz. Im Ergebnis enthält das neue Energiewirtschaftsgesetz zwei Regulierungsmodi: zunächst die Einzelentgeltgenehmigung *ex ante* (für die unmittelbare Zeit nach Inkrafttreten) und die Methodenregulierung, deren Spezifika von der zuständigen Regulierungsbehörde, der BNA, auszuarbeiten sind. Ein erstes Papier des „think tank“ der BNA, wik, liegt mittlerweile vor, worin *Price Cap* Regulierung, die auch in Großbritannien im Energiesektor von Beginn an zum Einsatz kam, favorisiert wird.

Aus institutioneller Sicht sind vor allem zwei Aspekte des neuen Energiewirtschaftsgesetzes interessant. Zum einen die schon erwähnte Erweiterung der RegTP zu einer Bundesnetzagentur, der ab 2006 auch die Regulierung des Schienennetzes zufallen wird. Zum anderen die Kontinuität bezüglich der Länderbeteiligung in der Energieregulierung. Beide Aspekte wollen wir im Folgenden näher beleuchten.

3.1 Einrichtung eines „horizontalen Sektoren-Regulierers“?

Die Errichtung der RegTP durch das Telekommunikationsgesetz (1996) realisierte in einmaliger Weise das britische Modell eines sektoralen Regulierers. Sie ist unabhängig (durch die Art der internen Organisationsverfassung), ihre Mission liegt in der Erzeugung wettbewerblicher Märkte in vormals monopolistisch geprägten Sektoren (nämlich Telekommunikation und Post), und ihr Eingriffsinstrumentarium enthält eine Reihe von Neuerungen für das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht, die sich dem Import insbesondere angelsächsischer, z.T. auch amerikanischer Instrumente und Grundsätze verdanken. Durch die Erweiterung der RegTP wurde die Einrichtung zusätzlicher so genannter „Beschlusskammern“ notwendig, die in einem gerichtsähnlichen Verfahren die behördliche Regulierungszuständigkeit – nach Sektoren bzw. Arbeitsbereichen innerhalb der Sektoren getrennt – ausüben.

Im Vorfeld der Aufgabenübertragung an die RegTP durch das neue Energiewirtschaftsgesetz gab es eine, allerdings vornehmlich akademisch geführte Debatte um die Frage, ob nicht besser das Bundeskartellamt die Energiemarktregulierung übernehmen solle. Das BKartA führte insbesondere den europäischen Vergleich für sich ins Feld: kein EU-Mitgliedstaat hatte bisher Energieregulierung mit der Regulierung anderer Sektoren fusioniert, während es durchaus Fälle des Zusammenbindens von Energieregulierung und Wettbewerbsaufsicht gibt (Böge/Lange 2003). In gewisser Weise wiederholte sich damit die Geschichte, denn schon in den 1990er Jahren kämpfte das BKartA vergeblich für die Regulierungszuständigkeit im Bereich Telekommunikation und Post. Es sollte auch dieses Mal nicht gelingen. Der Argumentation des BKartA steht die Auffassung gegenüber, dass *ex-ante*-Regulierung erhebliche Vorteile im Bereich der Energiemarktregulierung gegenüber der *ex-post*-Aufsicht aufweise, wie sie das BKartA typischerweise (in der Wettbewerbspolitik) ausübt. Darüber hinaus wurde in der wissenschaftlichen Literatur aus institutionen-ökonomischer Sicht die Position vertreten, dass die (nunmehr praktizierte) Form der sektoren-übergreifenden Regulierung weniger anfällig für typische Regulierungsprobleme, wie *capture* und *over-regulation*, ist (Haucap/Kruse 2004). Den Grund hierfür darf man in dem Umstand vermuten, dass die ausgesprochene Fokussierung auf die Industrie nur eines Sektors für gewöhnlich die Gefahr mit sich bringt, eine ungebührliche „Nähe“ zwischen Regulierer und Regulierte auszubilden (capture-Problematik) oder zu „Betriebsblindheit“ und Detailverliebtheit der zuständigen Beamten führt (over-regulation-Problematik). Beidem wird durch eine „Horizontalisierung“ des Regulierers entgegen gewirkt.

3.2 Der Regulierer im Verflechtungsföderalismus

Im Unterschied zur Regulierung von Telekommunikation und Post sind die Länder bei der Regulierung der Energiemärkte nach wie vor beteiligt. Analog zum Verhältnis von Landeskartellbehörden und BKartA richten nun die Länder Landesregulierungsbehörden ein, die fortan an einem von der BNA zu koordinierenden Abstimmungsmechanismus (im so genannten Länderausschuss) teilnehmen werden. Mit dieser „institutionellen Spaltung“ in einen reinen Bundesbereich (Telekommunikation und Post) sowie einen verflochtenen Bund-Länder-Bereich (Strom und

Gas) hat der Gesetzgeber den deutschen Verflechtungsföderalismus mitten ins Zentrum der regulatorischen Grundsatzarbeit getragen.

Die Länder kämpften hart im Gesetzgebungsprozess für ihre Beteiligung an der Regulierung der Energiemärkte. Die Tradition der „Preisaufsicht“ (insbesondere im Bereich der Pflichttarife nach BTO/Elt), die auch bisher bei den Ländern lag, wird damit in eine Regulierungskompetenz überführt. Wie viel sie angesichts der Tatsache wert ist, dass lediglich solche Versorger unter die Länderzuständigkeit fallen, deren Kundenzahl geringer als 100.000 ist und deren Versorgungsgebiet ausschließlich innerhalb der Landesgrenzen liegt, kann man zur Zeit noch nicht abschätzen. Klar ist jedenfalls, dass die Festlegung der wesentlichen Regulierungsgrundsätze, schon aufgrund der notwendigen Fachexpertise, zumindest de facto in der Bonner Behörde vorgenommen wird, so dass den Landesregulierungsbehörden allenfalls Ausführungskompetenzen gegenüber (kleinen und mittleren) Stadtwerken zufallen. Sollten die Konzentrationstendenzen nach der Novellierung nun auch die Stadtwerke erfassen, wird das die Länderkompetenz zusätzlich aushöhlen. Was in der Substanz bleiben wird, ist jedenfalls fraglich.

Die Länder waren bei ihrem Kampf für eine Regulierungszuständigkeit ganz wesentlich von der Vorstellung getrieben, ein Instrument des Markteingriffs in diesem sensiblen Bereich der Energiepreise zu er- bzw. behalten. Diejenigen, die eine energiemarktbezogene Zuständigkeit behalten wollten, haben bereits in zum Teil erheblichem Umfang Personal im Einsatz, das bislang in der traditionellen Preisaufsicht tätig ist. So traf sich hier einerseits das Interesse der Ministerialbürokratie (am Erhalt der eigenen Aufgaben, d.h. der Preisaufsicht, wenngleich in neuem Gewande) und andererseits der politische Wunsch, ein Signal an Bürger und Unternehmen zu geben, dass man in ihrem Sinne in der Energiepolitik weiter mitmischen werde.

4. Schlussbetrachtung: Konsolidierung und Weiterentwicklung?

Eine schon seit Jahren absehbare Schwäche des deutschen Energiemarkt-Regimes wurde mit dem neuen Energiewirtschaftsrecht angegangen. Leider war die Diagnose des bisherigen Defizits keineswegs die entscheidende Grundlage für die Reform. Denn sonst wäre der Reformbedarf schon viel früher erkannt worden. Der Europäisierung-Druck, der von der faktischen Existenz restriktiverer und vor allem institutionell besser verfasster Regulierungsregime in den Energiemärkten der anderen EU-Mitgliedstaaten ausgeht, war jedenfalls unerlässlich, um tatsächlich zu einer Neuordnung zu kommen. Das Regime ist auch nach Verabschiedung des Gesetzes und der Einrichtung der Regulierungsbehörde keineswegs bereits in seinen Details bekannt; wesentliche Charakteristika, insbesondere die Ausgestaltung der Methodenregulierung, sind im Moment in Vorbereitung, so dass über eine Prognose hinsichtlich Effizienz und Wirkung des neuen Ansatzes nur spekuliert werden kann. Alle Beobachter sind sich aber darin einig, dass der Schwenk zum regulierten Netzzugang – vor allem im Gassektor, aber auch im Strombereich – im Grunde alternativlos war.

In dem Sinne, dass die Sonderstellung des Energiesektors mit dem neuen Recht aufgehoben wird, lässt sich sicher von Konsolidierung des neuen regulatorischen Staates in Deutschland sprechen. Doch ist auch diese neueste Entwicklung keineswegs Ausdruck eines Masterplans. Medienregulierung (Rundfunk im Besonderen) sowie die Regulierung von Banken, Versicherungen und anderen Finanzdienstleistungen bleiben in ihrem Ansatz und in ihrer konkreten Umsetzung grundverschieden. Dafür sind viele Gründe, vom deutschen Föderalismus bis hin zur unterschiedlichen Einbindung in internationale Verhandlungskontexte, verantwortlich. Diese Gründe fallen auch künftig nicht weg, so dass mit einer konsequenten Konsolidierung nicht zu rechnen ist.

Mehr noch: mit der Weiterentwicklung der RegTP zur BNA erhält das Konzept des sektoralen Regulierers eine neue Qualität. Die Integration verschiedener Sektoren in eine Regulierungsbehörde ist zwar auch in anderen EU-Staaten nicht fremd, die BNA geht dabei allerdings außerordentlich weit. Inwieweit diese „Horizontalisierung“ der ursprünglich (rein) sektoral ausgerichteten Regulierung irgendwann zu einem Konflikt, d.h. einer Doppelung von Tätigkeitsprofilen, im Verhältnis zum BKartA führen kann, bleibt abzuwarten.

Literatur

- Ian Bartle/Markus M. Müller/Roland Sturm/Stephen S. Wilks (2002): *The regulatory state: Britain and Germany Compared*. London
- Ulf Böge/Martin Lange (2003): Die zukünftige Energiemarkt-Regulierung im Licht der Erfahrungen und der europarechtlichen Vorgaben, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 53/2003, Nr. 9, S. 870-879.
- Ulrich Bündenbender (2004): Die Ausgestaltung des Regulierungskonzeptes für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft. Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der Diskussion über die Energierechtsreform. Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 29. November 2004 in Berlin, Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 15 (9) 1502, vom 10. November 2004, S. 1-18.
- Jochen Haucap/Jens Kruse (2004): Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 54/2004, Nr. 3, S. 266-275.
- Peter Klocker (2003): Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen gem. § 6 EnWG in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 53/2003, Nr. 9, S. 880-889.
- Michael Moran (2001): The rise of the regulatory state in Britain, in: *Parliamentary Affairs* 54/2001, Nr. 1, S. 13-34.
- Michael Moran (2004): *The British Regulatory State. High Modernism and Hyper-Innovation*. Oxford
- Markus M. Müller (2002): *The new regulatory state in Germany*. Birmingham
- Markus M. Müller/Roland Sturm (1998): Ein neuer regulativer Staat in Deutschland? Die neuere Theory of the Regulatory State und ihre Anwendbarkeit in der deutschen Staatswissenschaft, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 9/1998, Nr. 4, S. 507-534.
- Stephen Padgett (2003): Between Synthesis and Emulation: EU Policy Transfer in the Power Sector, in: *Journal of European Public Policy* 10/2003, S. 227-246.

