

ARegV - Anreizregulierungsverordnung

von

Prof. Dr. Bernd Holznapel, Dr. Raimund Schütz, Stefan Albrecht, Dr. Michael Coenen, Karin Dichtl-Rebling, Dr. Annegret Groebel, Prof. Dr. Justus Haucap, Tanja Held, Dr. Bodo Herrmann, Dr. Nadia Horstmann, Dr. Kirstin Karalus, Dr. Stefan Kresse, Dr. Maria Krogias, Andreas Krüger, Wiegand Laubenstein, Dr. Joerg Mallossek, Dr. Cedric Christian Meyer, Prof. Dr.-Ing. Joachim Müller-Kirchenbauer, Kim Paulus, Dr. Michael Paust, Bernd Petermann, Katrin von Rossum, Johannes Schneider, Dr. Kristina Schreiber, Dr. Pascal Schumacher, Christian Schütte, Michael Westermann, Hartmut Weyer, Anne Christine Zeidler

1. Auflage

[ARegV - Anreizregulierungsverordnung – Holznapel / Schütz / Albrecht / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Energierrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63280 8

Regulierungsvorgaben für Anreize

§ 21a EnWG

5. Regelungen zum Verfahren bei der Berücksichtigung der Inflationsrate getroffen werden,
6. nähere Anforderungen an die Zuverlässigkeit einer Methode zur Ermittlung von Effizienzvorgaben gestellt werden,
7. Regelungen getroffen werden, welche Kostenanteile dauerhaft oder vorübergehend als nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten,
8. [S. 36] Regelungen getroffen werden, die eine Begünstigung von Investitionen vorsehen, die unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 zur Verbesserung der Versorgungssicherheit dienen,
9. Regelungen für die Bestimmung von Zuverlässigkeitskenngrößen für den Netzbetrieb unter Berücksichtigung der Informationen nach § 51 und deren Auswirkungen auf die Regulierungsvorgaben getroffen werden, wobei auch Senkungen der Obergrenzen zur Bestimmung der Netzzugangsentgelte vorgesehen werden können, und
10. Regelungen zur Erhebung der für die Durchführung einer Anreizregulierung erforderlichen Daten durch die Regulierungsbehörde getroffen werden.“

2. Begründung

[S. 119] „Zu § 21a – neu –

48

Die Anreizregulierung ist eine Methode zur Ausgestaltung der Entgeltregulierung. Sie unterscheidet sich von einer rein kostenorientierten Regulierung dadurch, dass eine Entgelt-[S. 120]bildung auf Kostenbasis für eine Regulierungsperiode nur einmal am Anfang einer Periode vorgenommen wird, die spätestens nach einer Anlaufphase in der Regel vier bis fünf Jahre umfassen dürfte. Für die Regulierungsperiode selbst werden Zielvorgaben (Effizienzvorgaben) gemacht. Dadurch kennt der Netzbetreiber seine Preis- oder Erlösentwicklung für die nächsten Jahre und kann seine Anstrengungen um Effizienzgewinne darauf richten, die Vorgaben möglichst zu übertreffen. Gewinne, die der Netzbetreiber durch eine Übererfüllung der Effizienzvorgaben erreicht, verbleiben bei ihm. Hierdurch wird ein Anreiz zu möglichst hohen Effizienzsteigerungen gesetzt, die in der nächsten Regulierungsperiode an alle Netznutzer weitergegeben werden können, indem sie bei der Ausgestaltung der Regulierungsvorgaben für die neue Regulierungsperiode berücksichtigt werden. Um beurteilen zu können, ob die Effizienzvorgaben sachgerecht waren, ist am Ende einer Regulierungsperiode und zu Beginn der nächsten als Vergleichsgrundlage eine erneute Entgeltermittlung auf Kostenbasis sinnvoll.

Die Anreizregulierung ersetzt die rein kostenorientierte Entgeltbildung. Soweit in den Rechtsverordnungen Ausnahmen von der kostenorientierten Entgeltbildung vorgesehen sind, kann sie definitionsgemäß nicht greifen. Dies stellt Absatz 1 klar. Über das Ob und Wie der Einführung der Anreizregulierung entscheidet nach den Absätzen 6 und 7 die Regulierungsbehörde im Rahmen der Vorgaben der Absätze 2 bis 5. Unberührt bleibt hiervon die generelle Möglichkeit, eine weitere Konkretisierung der Anreizregulierung durch Erlass einer Rechtsverordnung nach Absatz 8 vorzunehmen.

49

Nach § 118 Abs. 7 kann die Regulierungsbehörde eine erstmalige Entscheidung nach Absatz 6 frühestens mit Wirkung zum ersten Tag des 13. auf die Verkündung folgenden Kalendermonats treffen und soll eine solche Entscheidung spätestens mit Wirkung zum ersten Tag des 25. auf die Verkündung folgenden Kalendermonats treffen, soweit sich aus einer Rechtsverordnung nach Absatz 8 nicht ein früherer Zeitpunkt ergibt. Spätestens bis zum ersten Tag des zwölften auf die Verkündung dieses Gesetzes folgenden Kalendermonats hat die Regulierungsbehörde der Bundesregierung einen Bericht zur Einführung der Anreizregulierung vorzulegen.

50

Die Anreizregulierung ist eine Methode zur Ermittlung der Netzzugangsentgelte. Sie ersetzt während der Regulierungsperiode die unmittelbare Anwendung der auf eine Kostenermittlung ausgerichteten Kalkulationsregeln nach § 21 Abs. 2 bis 4. Anreize für eine kostenorientierte Entgeltbildung ergeben sich aus den Effizienzvorgaben; insbesondere eine Anwendung des Vergleichsverfahrens ist während der Regulierungsperiode überflüssig. Dies regelt ebenfalls Absatz 1.

51

Allerdings werden die Regelungen nach § 21 Abs. 2 bis 4 im Rahmen der Anreizregulierung weiterhin Bedeutung haben. Zum Beginn und Ende der Regulierungsperiode wird eine kostenorientierte Kalkulation als Grundlage für Anfangsentgelt/Anfangserlös und für die Evaluierung erforderlich werden. Soweit erforderlich, werden sie in Absatz 4 in Bezug genommen. Die Anwendung des § 21 Abs. 2 und des § 21 Abs. 2 bis 4 werden auch nach Inkrafttreten der Anreizregulierung jeweils durch die Rechtsverordnungen nach § 24 konkretisiert.

52

Die Absätze 2 bis 5 enthalten den gesetzlichen Rahmen für die Entscheidung der Regulierungsbehörde und bilden die wesentlichen Eckpfeiler des Anreizregulierungskonzepts ab. Da die Regulierungsbehörde das Anreizregulierungsmodell entwickeln soll, sind sie methodenoffen.

53

§ 21a EnWG

Energiewirtschaftsgesetz

- 54 Der nicht beeinflussbare Kostenanteil nach Absatz 4 Satz 2 umfasst solche Kosten der Netzbetreiber, auf deren Höhe sie nicht einwirken können. Effizienzvorgaben auf diesen Kostenanteil widersprechen dem Wesen der Anreizregulierung, weil den Netzbetreibern insoweit weitere Effizienzsteigerungen nicht möglich sind. Dieser Kostenanteil an dem Gesamtentgelt, für das eine Obergrenze vorgegeben wird, müssen auf Grundlage der tatsächlichen Kosten nach § 21 Abs. 2 ermittelt werden. Eine abschließende Umschreibung des nicht beeinflussbaren Kostenanteils ist angesichts der Vielzahl der Sachverhalte nicht möglich. Ein Beispiel für dem Netzbetreiber nicht zurechenbare strukturelle Unterschiede der Versorgungsgebiete ist die Topologie. Das Kriterium der nicht beeinflussbaren Kosten stellt im Unterschied zu Absatz 5 nicht auf die Zumutbarkeit von Regulierungsvorgaben ab, sondern soll vorab jenen Kostenanteil von den Effizienzvorgaben ausnehmen, bei denen es dem Netzbetreiber objektiv nicht möglich ist, Effizienzvorgaben zu erfüllen, da der Kostenanteil von ihm nicht durch eigene Anstrengung beeinflusst werden kann. Im konkreten Einzelfall ist es Aufgabe der Regulierungsbehörde und der Rechtsprechung zu konkretisieren, welcher Kostenanteil von dem jeweiligen Netzbetreiber beeinflussbar ist.
- 55 Die Absätze 6 und 7 enthalten detaillierte Grundlagen für Entscheidungen der Regulierungsbehörde zur Einführung der Anreizregulierung. Im Falle einer grundsätzlichen Entscheidung der Regulierungsbehörde für eine Gruppenbildung bei der Ausgestaltung der Anreizregulierung ist es nur in außergewöhnlichen Fällen vorstellbar, dass ein Netzbetreiber nach Absatz 7 Satz 2 nicht einer Gruppe zugeordnet werden kann.
- 56 Absatz 8 enthält die detaillierte Grundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung zur näheren Ausgestaltung der Anreizregulierung, die gegebenenfalls (und erforderlichenfalls) die gesetzlichen Rahmenbedingungen ergänzen kann. Von einer spezialgesetzlichen Ausprägung der allgemeinen fachaufsichtsrechtlichen Befugnisse des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit entsprechend Artikel 23 Abs. 3 der EU-Stromrichtlinie und Artikel 25 Abs. 3 der EU-Gasrichtlinie wurde Abstand genommen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit verfügt als der Regulierungsbehörde vorgeordnete Behörde im Rahmen der allgemeinen Fach- und Rechtsaufsicht bereits über hinreichende Einflussmöglichkeiten, um eine ausreichende politische Begleitung des Prozesses der Einführung und Ausgestaltung der Anreizregulierung sicherzustellen.“
- V. Beschlussempfehlung Vermittlungsausschuss vom 15.6.2005 (BT-Drucks. 15/5736)**
- 57 [S. 3] „13. § 21a wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 1 werden nach dem Wort „können“ die Wörter „nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nach Absatz 6 Satz 1 Nr. 1“ eingefügt.
 - b) In Absatz 5 Satz 1 wird das Wort „Ableitung“ durch das Wort „Bestimmung“ ersetzt.
 - c) Die Absätze 6 und 7 werden aufgehoben.
 - [S. 4] d) Der bisherige Absatz 8 wird zu Absatz 6 mit der Maßgabe, dass Satz 1 wie folgt geändert wird:
 - aa) Vor Nummer 1 wird folgende Nummer 1 eingefügt:
„1. zu bestimmen, ob und ab welchem Zeitpunkt Netzzugangsentgelte im Wege einer Anreizregulierung bestimmt werden.“
 - bb) Die bisherigen Nummern 1 und 2 werden zu den Nummern 2 und 3.
 - cc) In der neuen Nummer 2 wird das Wort „festzulegen“ durch die Wörter „zu regeln“ ersetzt.
 - dd) In der neuen Nummer 3 wird das Wort „näher“ gestrichen.“
- B. Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben**
- I. Änderung des § 21a (BT-Drucks. 16/3158)**
- 58 [S. 16] „4. § 21a wird wie folgt geändert:
- a) In Absatz 4 wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:
„Ferner gelten Mehrkosten für die Errichtung, den Betrieb oder die Änderung eines Erdkabels, das nach § 43 Satz 3 planfestgestellt worden ist, gegenüber einer Freileitung bei der Ermittlung von Obergrenzen nach Satz 1 als nicht beeinflussbare Kostenanteile; dies gilt auch für Erdkabel mit einer Nennspannung von 380 Kilovolt, deren Verlegung auf Grund anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch einen Planfeststellungsbeschluss zugelassen ist.“
 - b) Folgender Absatz 7 wird angefügt:
„(7) In der Rechtsverordnung nach Absatz 6 Satz 1 sind nähere Regelungen für die Berechnung der Mehrkosten von Erdkabeln nach Absatz 4 Satz 3 zu treffen.““
- 59

Regulierungsvorgaben für Anreize

§ 21a EnWG

II. Begründung

[S. 44] „Zu Nummer 4
Die Regelung ermöglicht eine Berücksichtigung der Mehrkosten einer Erdverkabelung im Rahmen der Anreizregulierung, sofern deren Verlegung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorgeschrieben ist oder sofern das Erdkabel nach § 43 Satz 3 planfestgestellt worden ist (siehe Nummer 6).“ 60

(...)
Zu Nummer 6
Es erfolgt eine redaktionelle Anpassung an das zwischenzeitlich in Kraft getretene neue Energiewirtschaftsgesetz. Die einschlägigen Regelungen befinden sich nicht mehr in den §§ 11, 11a, 11b und 12 und 19, sondern in den §§ 43 bis 45 und 118. § 43 wurde entsprechend der Forderung des Bundesrates um einen Satz 2 ergänzt; zur Begründung vgl. zu Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe a. Darüber hinaus wurden – an Stelle der Erdkabel-Regelungen in den §§ 11a, 11b, 11c und 11i sowie des § 12b – in § 43 die neuen Sätze 3 und 4 sowie in § 21a Abs. 4 ein neuer Satz 3 und ein neuer Absatz 7 eingefügt. § 43 Satz 3 und 4 ermöglicht die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens für Erdkabel auf der 110-Kilovolt-Ebene im küstennahen Bereich von Nord- und Ostsee. 61

Weiterhin erfolgte entsprechend der Forderung des Bundesrates eine Ausweitung der Regelungen zur Planungsbeschleunigung nach § 43b Nr. 1 auf Gasversorgungsleitungen. 62

Im Übrigen wurden die zu den vorhergehenden Artikeln getroffenen Änderungen [S. 45] 63
– zur Beteiligung der Vereinigungen in § 43a Nr. 2,
– zur Geltungsdauer der Planfeststellungsbeschlüsse und zur Streichung der Außerkrafttretensregelung der Planfeststellungsbeschlüsse nach Baubeginn in § 43c Nr. 1,
– und zur Planänderung in § 43d
auch auf den Bereich des Energiewirtschaftsgesetzes übertragen. Zur jeweiligen Begründung wird auf Artikel 1 an der jeweils einschlägigen Stelle verwiesen.“

C. Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze

I. Änderung des § 21a (BT-Drucks. 16/10491)

[S. 6] „3. In § 21a Abs. 4 Satz 3 werden nach der Angabe „§ 43“ die Wörter „Satz 1 Nr. 3 und“ eingefügt und die Wörter „; dies gilt auch für Erdkabel mit einer Nennspannung von 380 Kilovolt, deren Verlegung auf Grund anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch einen Planfeststellungsbeschluss zugelassen ist“ gestrichen.“ 64

II. Begründung

[S. 34] „3. Änderung des § 21a Abs. 4 Satz 3 EnWG 65
[S. 18] „Zu Nummer 3 (§ 21a) 66

§ 21a Abs. 2 Satz 3 regelt, dass Mehrkosten für die Errichtung, den Betrieb oder die Änderung eines Erdkabels, das nach § 43 Satz 3 planfestgestellt worden ist, als nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten. Bei der Einfügung des Verweises auf § 43 Satz 1 Nr. 3 handelt es sich um eine Folgeänderung. Der bisherige Halbsatz 2 wird gestrichen, da die Verlegung von Erdkabeln mit einer Nennspannung von 380 Kilovolt nunmehr abschließend in § 2 EnLAG geregelt wird, wobei die Mehrkosten für die Errichtung, den Betrieb und die Änderung dieser Erdkabel einem bundesweiten Ausgleichsmechanismus nach § 2 Abs. 4 EnLAG unterliegen. Die neue Nummer 14 des § 11 Abs. 2 der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) regelt insoweit die Anerkennung der Kosten und Erlöse aus dem Ausgleichsmechanismus als nicht beeinflussbare Kostenanteile.“

D. Zweites Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks. 17/7632)

I. Änderung des § 21a

[S. 3] „Artikel 1
Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes 67
§ 21a des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 4 Satz 7 werden nach dem Wort „Geldentwertung“ die Wörter „unter Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors“ eingefügt.
2. In Absatz 5 Satz 1 wird das Wort „gesamtwirtschaftlichen“ gestrichen.

§ 21a EnWG

Energiewirtschaftsgesetz

3. In Absatz 6 Satz 2 Nummer 5 werden nach dem Wort „Inflationsrate“ die Wörter „unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft“ eingefügt.“

II. Begründung

- 68 [S. 4] „Zu Artikel 1
Zu Nummer 1

Die Anreizregulierung soll im Monopolbereich Netz Wettbewerbsbedingungen simulieren. In funktionsfähigen Wettbewerbsmärkten zwingen die Marktkräfte die Marktteilnehmer dazu, Produktivitätsfortschritte zu realisieren und die daraus resultierenden Zugewinne in Form niedrigerer Preise an die Kunden weiterzugeben. Die allgemeine Inflationsrate drückt in diesen Märkten die Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise und der Rate des generellen Produktivitätswachstums aus. Im Rahmen der Anreizregulierung der Strom- und Gasnetze ist bei der Bestimmung der Erlösbergrenzen nicht nur zu berücksichtigen, wie ein Netzbetreiber seine individuelle Effizienz gegenüber anderen Netzbetreibern verbessern kann (individuelle Effizienzvorgabe) sondern auch, wie sich die Produktivität der gesamten Branche abweichend von der Gesamtwirtschaft entwickelt. Dies erfolgt durch den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor. Hierbei handelt es sich um eine Vorgabe zur Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösbergrenze, die für alle Unternehmen gleichermaßen gilt und damit nicht um eine Effizienzvorgabe. Entsprechend wird in Satz 7 die in Absatz 4 enthaltene Aufzählung der im Rahmen der Anreizregulierung zu berücksichtigenden Vorgaben für die Entwicklung und Festlegung der Erlösbergrenzen ergänzt.

- 69 Zu Nummer 2

Die Änderung enthält eine Folgeänderung, die sich daraus ergibt, dass bei der Ermittlung der Vorgaben nach Absatz 4 nunmehr nicht mehr allein die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung, sondern vielmehr die Produktivitätsentwicklung an sich, d. h. auch die sektorspezifische Produktivitätsentwicklung, zu berücksichtigen ist.

- 70 Zu Nummer 3

Mit der Einfügung wird klargestellt, dass das Verfahren zur Berücksichtigung der Inflationsrate ebenfalls die Besonderheiten der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung und des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts zu berücksichtigen hat. Damit soll der vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 28. Juni 2011 vorgesehene Mangel in der Verordnungsermächtigung für die entsprechende Regelung im Rahmen der Anreizregulierungsverordnung geheilt werden.“

Kommentierung

A. Allgemeines

- 71 § 21a EnWG schafft die **gesetzliche Grundlage** für die Anreizregulierung als Methode der Netzentgeltberechnung in der Energiewirtschaft, durch die das alte System der rein kostenorientierten Entgeltregulierung des § 21 II-IV EnWG grundsätzlich zum 1.1.2009 (§ 1 I 2) abgelöst wurde (siehe auch BT-Drucks. 15/5268, S. 119 f.). Nach § 21a I EnWG können Netzzugangsentgelte der Betreiber von Energieversorgungsnetzen, soweit eine kostenorientierte Entgeltbildung i. S. d. § 21 II 1 EnWG erfolgt, nach Maßgabe einer Anreizregulierungsmethode abweichend von der rein kostenorientierten Entgeltbildung bestimmt werden. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch **Rechtsverordnung** mit Zustimmung des Bundesrates unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben das „Ob“, das „Wann“ und die nähere Ausgestaltung der Anreizregulierung zu regeln.

I. Überblick

- 72 **1. Anreizregulierung als Entgeltberechnungsmethode.** Mit der Novellierung des EnWG im Jahre 2005 hat der Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen

fen, durch Regulierung wettbewerbliche Bedingungen für die Nutzung von Energieversorgungsnetzen zu etablieren. Ohne eine solche Regulierung würden sich derartige Nutzungsbedingungen nicht einstellen, da die Netzbetreiber in ihrem Versorgungsgebiet regelmäßig keiner wettbewerblichen Verhaltenskontrolle durch andere Netzbetreiber ausgesetzt sind. Anders als in anderen Infrastrukturbranchen ist der Aufbau alternativer Netze ökonomisch nicht sinnvoll; der Netzbetrieb stellt langfristig ein natürliches Monopol dar.

Die Methode der Anreizregulierung ist nach der **Legaldefinition** des § 21a I 73 EnWG eine Methode, „die Anreize für eine effiziente Leistungserbringung setzt“ (umfassend zu den Hintergründen und dem Konzept der Anreizregulierung Einf. A, Rn. 1 ff.). Sie soll die Verhaltenskontrolle ersetzen, die bei wirksamem Wettbewerb durch die Wettbewerber und Nachfrager geleistet wird (vgl. auch *Bruhn*, in: *BerK-EnR*, § 21a EnWG, Rn. 2; *Weyer*, in: *Baur et al., Regulierung II*, 75. Kap., Rn. 1). Ohne regulatorische Kontrolle bestünde für Netzbetreiber aufgrund ihres natürlichen Monopols die Möglichkeit eines insbesondere von den Nachfragern unabhängigen Verhaltens: Netzbetreiber müssten bei ihren Entscheidungen keine Rücksicht auf die Abnehmer und damit letztlich die Verbraucher nehmen (vgl. zu diesem Kriterium als Kennzeichen einer Marktbeherrschung *Kommission*, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, *ABl.-EU* 2009 C 45/7, Rn. 10). Ist eine Weitergabe jeglicher Kosten an die Abnehmer möglich, so fehlen Anreize, die Kosten zu minimieren und entsprechend die Netzentgelte niedrig zu halten (vgl. *Busse von Colbe*, in: *S/B*, S. 97). Die Erwirtschaftung von Monopolrenditen zu Lasten der Nachfrager und damit letztlich der Endverbraucher ist möglich.

Die Grundidee regulatorischer Anreizmechanismen besteht darin, den regulierten 74 Unternehmen Anreize zu setzen, ihr Entgeltniveau sukzessive zu senken (*Knieps*, *Wettbewerbsökonomie*, S. 92 f.). Derartige Anreize können unterschiedlich gestaltet sein. Gemeinsam ist den verschiedenen Ausgestaltungsoptionen einer Anreizregulierung, dass sie auf einer **Entkopplung der Entgelte oder Erlöse von den Kosten** beruhen (*Pedell*, in: *Baur et al., Regulierung II*, 74. Kap., Rn. 9). Dem Netzbetreiber werden nach Effizienzkriterien lediglich die Obergrenzen der Entgelte oder Erlöse ex ante behördlich vorgegeben. Der wesentliche Anreiz liegt dann darin, dass der Netzbetreiber – gelingt es ihm, effizienter zu wirtschaften als durch die Obergrenze unterstellt, kann er seine Kosten also stärker senken als durch die Obergrenze impliziert – den so generierten Gewinn zusätzlich zur Eigenkapitalverzinsung behalten darf. Hierin liegt ein ökonomischer Anreiz für einen möglichst effizienten Netzbetrieb, den die rein kostenorientierte Entgeltbildung, bei der den Netzbetreibern Höchstpreise auf der Basis der nachgewiesenen und behördlich geprüften effizienten Kosten ihres Netzbetriebs genehmigt werden, so nicht kennt; nach deren Maßgaben hätte der Netzbetreiber die Kostensenkung an seine Netznutzer weitergeben müssen. Demgegenüber lenkt die Anreizregulierung systemimmanent das Interesse des regulierten Unternehmens auf das Ziel, seine Leistungsfähigkeit zu steigern. Damit einher geht, dass die Netzbetreiber die mit diesen Gewinnansprüchen verbundenen **Risiken** tragen; je stärker eine Entgeltberechnungsmethode an den Kosten des Netzbetreibers orientiert ist, desto mehr liegen diese Risiken bei den Netznutzern als Schuldner der Netzentgelte (vgl. *Pedell*, in: *Baur et al., Regulierung II*, 74. Kap., Rn. 55). Können die tatsächlichen Kosten von den nach oben begrenzten Erlösen nicht gedeckt werden, indiziert dies Ineffizienzen im Netzbetrieb, die der Netzbetreiber abbauen muss, wenn er nicht eine Kostenunterdeckung in Kauf nehmen will.

Eine solche Anreizregulierung ist auch regulatorisch effektiver, weil sie den **Informationsasymmetrien** zwischen Reguliertem und Regulierer Rechnung trägt. Die 75 Netzbetreiber sind deutlich besser über ihre Kostenbedingungen und insbesondere

§ 21a EnWG

Energiewirtschaftsgesetz

Kostenbereinigungspotentiale informiert als die Regulierungsbehörde (siehe allgemein *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, S. 81). Ihre Kostenverantwortung kommt bei der Anreizregulierung stärker zum Tragen als bei der kostenorientierten Entgeltregulierung, bei der von der Behörde – mit dem Risiko von Fehleinschätzungen – einmal anerkannte Kosten an die Netznutzer durchgereicht werden können (vgl. auch *Pedell*, in: Baur et al., Regulierung II, 74. Kap., Rn. 9).

76 Der Gesetzgeber hat in § 21a EnWG als mögliche Anreizmechanismen grundsätzlich eine **Price-Cap-Regulierung** (Vorgabe der Obergrenze für die Netzentgelthöhe, § 21a II 1 Alt. 1 EnWG) und eine **Revenue-Cap-Regulierung** (Vorgabe der Obergrenze für die Erlöse aus Netzentgelten, § 21a II 1 Alt. 2 EnWG) festgelegt (vgl. allgemein zu diesen beiden gängigen Formen der Anreizregulierung *Berndt*, Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, 2010, S. 76 ff.; *Pedell*, in: Baur et al., Regulierung II, 74. Kap., Rn. 9, 15). Die Auswahl soll der Verordnungsgeber treffen; dieser hat sich für eine Erlösobergrenzenfestlegung entschieden (Revenue-Cap-Regulierung). Zulässig wären auch andere Modelle: Der Gesetzgeber hat in § 21a II 1 EnWG die Formulierung „in der Regel“ gewählt und die Wahl des Verordnungsgebers damit dem Wortlaut nach nicht ausschließlich auf die Price-Cap- oder Revenue-Cap-Regulierung begrenzt.

77 **2. Normstruktur.** Die Normstruktur des § 21a EnWG umfasst drei Regelungskomplexe: (1) Absatz 1 eröffnet die Möglichkeit, Entgelte, die von Energieversorgungsnetzbetreibern für den Zugang zu ihren Netzen erhoben werden, abweichend von der rein kostenorientierten Entgeltbildung nach § 21 II-IV EnWG der Anreizregulierung nach Maßgabe einer Rechtsverordnung zu unterwerfen. Absatz 1 ist damit Grundlage für die **Einführung der Anreizregulierung**. (2) Die Absätze 2 bis 5 enthalten **materielle Vorgaben** für eine Anreizregulierung. (3) Absatz 6 enthält schließlich die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der ARegV (**Verordnungsermächtigung**). Der Verordnungsgeber ist nach Satz 1 der Vorschrift ermächtigt, zu bestimmen, ob und ab wann die Anreizregulierung Anwendung findet, die Anreizregulierungsmethode und ihre Durchführung auszugestalten und Festlegungs- sowie Genehmigungsbefugnisse der Regulierungsbehörden zu regeln. Absatz 6 Satz 2 nennt – nicht abschließend – mögliche Inhalte einer Anreizregulierungsverordnung. Absatz 7 sieht schließlich verpflichtend vor, dass in der Rechtsverordnung nähere Regelungen für die Berechnung der Mehrkosten von Erdkabeln zu treffen sind.

II. Unionsrechtliche Vorgaben

78 Auf Ebene der EU enthielten zunächst die Binnenmarkttrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG sowie die Netzzugangsverordnungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (EG) Nr. 1228/2003 und den Fernleitungsnetzbetrieb (EG) Nr. 1775/2005 Vorgaben für die Regulierung der Netzzugangsentgelte im Strom- und Gassektor. Diese sind durch die bis zum 3.3.2011 in nationales Recht umzusetzenden Binnenmarkttrichtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG sowie die Netzzugangsverordnungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (EG) Nr. 714/2009 und den Fernleitungsnetzbetrieb (EG) Nr. 715/2009 ersetzt worden. Die neuen Netzzugangsverordnungen bestimmen in Art. 25 (Strom) bzw. Art. 31 (Gas), dass die vorangegangenen Netzzugangsverordnungen jeweils zum 3.3.2011 aufgehoben werden.

79 § 21a EnWG wurde im Rahmen der EnWG-Novelle 2005 zur Umsetzung der alten **Binnenmarkttrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG** eingeführt. Art. 20 I, Art. 23 II lit. a Binnenmarkttrichtlinie 2003/54/EG, Art. 18 I, Art. 25 II lit. a Binnenmarkttrichtlinie 2003/55/EG verpflichteten die Mitgliedstaaten zur Einführung eines Netzzugangssystems auf Grundlage veröffentlichter, von der nationalen Regulierungsbehörde ex ante genehmigter Tarife oder Tarifberechnungsmethoden. Sowohl

hinsichtlich der Entgeltberechnungsmethoden, als auch der Entgeltmaßstäbe beließ das EU-Recht den Mitgliedstaaten **weitreichende Gestaltungsspielräume**. Die Netzzugangsentgelte mussten angemessen, transparent, nichtdiskriminierend und kostenorientiert sein (vgl. Erwägungsgründe 6, 18 Binnenmarktrichtlinie 2003/54/EG, Erwägungsgründe 7, 16 Binnenmarktrichtlinie 2003/55/EG). Zudem waren die Tarife oder Berechnungsmethoden so zu gestalten, dass die notwendigen Investitionen in die Netze in einer Weise vorgenommen werden können, die ihre Lebensfähigkeit gewährleistet (Art. 23 II lit. a Binnenmarktrichtlinie 2003/54/EG, Art. 25 II lit. a Binnenmarktrichtlinie 2003/55/EG).

Die neuen **Binnenmarktrichtlinien 2009/72/EG (EltRL)** und **2009/73/EG (GasRL)** übernehmen diese Mindestvorgaben: Art. 32 I, Art. 37 VI lit. a EltRL, Art. 32 I, Art. 41 VI lit. a GasRL entsprechen den Vorschriften ihrer Vorgängerrichtlinien. Auch weiterhin folgt aus den Erwägungsgründen, dass die Tarife kostenorientiert sein sollen (Erwägungsgrund 36 EltRL, Erwägungsgrund 32 GasRL). Darüber hinausgehend enthalten die neuen Binnenmarktrichtlinien erste **Ansatzpunkte für eine Anreizregulierung**: Nach Art. 37 VIII EltRL, Art. 41 VIII GasRL haben die Regulierungsbehörden bei der Festsetzung oder Genehmigung der Tarife oder Tarifberechnungsmethoden sicherzustellen, dass für die Netzbetreiber angemessene Anreize geschaffen werden, u.a. die Effizienz zu steigern.

Für den **grenzüberschreitenden Stromhandel** bestimmen wiederholend und ergänzend der zum 3.3.2011 aufgehobene Art. 4 I StromhandelsVO (vgl. zur Aufhebung Art. 25 StromhandelsVO 09) sowie Art. 14 I StromhandelsVO 09, dass die Netzentgelte transparent sein, der Notwendigkeit der Netzsicherheit Rechnung tragen sowie die **tatsächlichen Kosten** widerspiegeln müssen (sofern sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen).

Entsprechendes gilt für den **Fernleitungsnetzbetrieb** (bereits der zum 3.3.2011 aufgehobene Art. 3 I GasfernleitungsVO (vgl. zur Aufhebung Art. 31 GasfernleitungsVO 09) und der jetzt geltende Art. 13 I GasfernleitungsVO 09 in ihrem jeweiligen Unterabsatz 1). Danach müssen die Tarife oder Tarifberechnungsmethoden transparent sein, der Notwendigkeit der Netzintegrität und deren Verbesserung Rechnung zu tragen, die **Ist-Kosten** widerspiegeln (soweit sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, transparent sind und gleichzeitig eine angemessene Kapitalrendite umfassen) sowie gegebenenfalls die Tarifvergleiche der Regulierungsbehörden berücksichtigen. Optional können die Tarife nach dem jeweiligen Unterabsatz 2 mittels marktorientierter Verfahren festgelegt werden.

Zusammenfassend geben die EU-Vorschriften damit für die **Entgeltberechnungsmethode** lediglich vor, dass (zumindest) diese von der Regulierungsbehörde vorab festzulegen oder zu genehmigen ist und – neuerdings – dabei angemessene Anreize für eine Effizienzsteigerung durch die Netzbetreiber geschaffen werden. Als **Entgeltmaßstäbe** werden unionsrechtlich die Kostenorientierung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Absicherung der Lebensfähigkeit der Netze gefordert. Weitergehend müssen die Entgelte für den Fernleitungsnetzzugang die Ist-Kosten und für den grenzüberschreitenden Stromhandel die tatsächlichen Kosten widerspiegeln, soweit diese einem effizienten Netzbetrieb entsprechen. Die Richtlinien fordern eine Kostenorientierung lediglich in ihren Erwägungsgründen.

Damit ist die Anreizregulierung als Entgeltberechnungsmethode, wie sie in § 21a EnWG dem Grunde nach angelegt ist, durch die EU-Regelungen nicht vorgegeben. Sie ist jedoch mit dem **EU-Recht vereinbar**; der nationale Gesetzgeber bewegt sich mit den Vorgaben des § 21a EnWG in dem ihm durch die alten und neuen Binnenmarktrichtlinien sowie die alten und neuen StromhandelsVO und GasfernleitungsVO belassenen **Gestaltungsspielraum**. Dies gilt zunächst hinsichtlich der – zu genehmigenden oder festzulegenden – **Entgeltberechnungsmethode**: Der Begriff der Berechnungsmethode bezieht sich auf das Verfahren der Entgeltbildung,

§ 21a EnWG

Energiewirtschaftsgesetz

letztlich folglich auf den „Rechenweg“ (vgl. *Walther*, Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung, S. 120): Ein solcher Rechenweg wird durch die Anreizregulierung vorgegeben. Weiter hält der Gesetzgeber mit der Entscheidung für eine Anreizregulierung nach § 21a EnWG auch die EU-Vorgaben der **Entgeltmaßstäbe** ein: Zweifel könnten hier aufgrund der Entkopplung von Kosten und Erlösen während einer Regulierungsperiode einzig in Bezug auf die Vorgabe **kostenorientierter** bzw. die **Ist-Kosten** widerspiegelnder Entgelte bestehen (kritisch *Theobald/Hummel*, ZNER 2003, 176, 178, nach denen eine „Anreizregulierung“ nicht von der Richtlinie gedeckt wäre; für zulässig erachten sie jedoch Abschläge wegen Effizienzsteigerungen ausgehend von der Basis einer Kostendeckung). Auch in der Methode der Anreizregulierung erfolgt die Festlegung der Erlösobergrenzen jedoch auf der Grundlage der Kosten des Netzbetreibers. Die Bestimmung der Obergrenze orientiert sich für alle Kostenbestandteile in ihrem Ausgangspunkt an den effizienten Kosten des Netzbetreibers: Der nicht beeinflussbare Kostenanteil wird nach dem Maßstäben der kostenorientierten Entgeltbildung ermittelt (§ 21a IV 2 EnWG verweist auf § 21 II EnWG); für den beeinflussbaren Kostenanteil verweist § 21a IV 5 EnWG auf § 21 II bis IV EnWG und damit ebenfalls auf die Vorgaben der Kostenorientierung, lediglich ergänzt um das Vergleichsverfahren. Treffend wird die Anreizregulierung in der Entwurfsbegründung als „Entgeltbildung auf Kostenbasis“ bezeichnet (BT-Drucks. 15/5268, S. 119 f.; vgl. auch *Bruhn*, in: *BerK-EnR*, § 21a EnWG Rn. 16). In ihren Auslegungshinweisen zu den Binnenmarktrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG hat die Kommission im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Entgeltmaßstab der Kostenorientierung nicht fordere, „dass zwischen den Kosten des regulierten Unternehmens und den Einnahmen aus Netztarifen ein starres kategorisches Verhältnis bestehen müsste“; die Regulierungsbehörden könnten z. B. Anreize zur Effizienzverbesserung schaffen (*Kommission*, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG, Rolle der Regulierungsbehörden v. 14.1.2004, S. 7).

- 85 Zulässig wäre nach diesen Vorgaben übrigens auch eine **Yardstick-Regulierung**, also ein reiner Vergleichswettbewerb. Dieses Regulierungskonzept basiert auf einer dauerhaften Entkopplung der künftigen Preis-/Erlösentwicklung von den individuellen Kosten des Unternehmens: Die zulässigen Erlöse orientieren sich an den auf Basis eines Effizienzvergleichs mit anderen Unternehmen ermittelten effizienten Kosten, also der Produktivitätsentwicklung der restlichen Unternehmen des Sektors (*BNetzA*, ARegBericht, Rn. 174 f.; dazu auch unten Rn. 116, 155).

III. Entstehungsgeschichte

- 86 Eine eigenständige Norm als Grundlage für die Einführung einer Anreizregulierung ist in der EnWG-Novelle 2005 erst durch den Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit eingefügt worden. Seit dem erstmaligen Inkrafttreten zum 13.7.2005 ist § 21a EnWG durch drei Gesetze in einzelnen Punkten geändert worden, die die Beschleunigung des Netzausbaus (Rn. 93 f.) sowie den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor (Rn. 95 ff.) betrafen.
- 87 **1. EnWG-Novelle 2005 – 1. Durchgang.** Der **erste Referentenentwurf** zum Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts deutete ein Anreizregulierungskonzept allenfalls an: Nach § 20 VI 3 letzter Hs. sollte die Methode zur Berechnung der Entgelte so gestaltet werden, dass „Anreize zur Effizienzverbesserung für den Netzbetrieb gegeben werden“ (abgedruckt bei *Müller-Kirchenbauer*, in: *D/T*, § 21a EnWG, Rn. 11). Auch der **Gesetzesentwurf der Bundesregierung** zum EnWG 2005 enthielt nur vage Hinweise auf eine Anreizregulierung. Nach § 21 II 1 EnWG-E waren die Entgelte unter Berücksichtigung von Anreizen für eine kosteneffiziente Leistungserbringung zu bilden, soweit in einer Rechtsverordnung nach § 24 nicht eine Abweichung von der kostenorientierten Entgeltbildung