

## Editorial

Ende April verschicken die Regulierungsbehörden die erste Welle der Genehmigungsbescheide für Stromnetzentgelte. Man rechnet in vielen Fällen mit Abschlägen von 10 bis 30 % gegenüber den Anträgen. Diese Abschläge kompensieren nicht nur die Aufschläge, die sich die Unternehmen nach Meinung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder in ihrem Bericht vom April 2001 genehmigt haben; und zwar auf Basis der VV II plus. Vielmehr gehen die Abschläge deutlich über das hinaus. Sie fallen damit so hoch aus, dass die Unternehmen gar nicht anders können als Beschwerde zum zuständigen Oberlandesgericht einzulegen. Das Ergebnis: In Hunderten von Verfahren finden sich Regulierungsbehörden und Netzbetreiber vor Gericht wieder.

In den Prozessen spielen nicht nur Unternehmensspezifika eine Rolle. Vielmehr haben die Behörden in einem „Positionspapier“ Auslegungsstandpunkte eingenommen, deren Durchsetzbarkeit doch sehr zweifelhaft ist. Man hat den Eindruck, dass dabei auch die sofortige Vollziehbarkeit der Bescheide eine große Rolle spielt; führt sie doch dazu, dass die Unternehmen die abgesenkten Entgelte erst einmal anwenden müssen; es sei denn sie erreichen in einem Beschluss des Oberlandesgerichts eine aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde – und die vorläufige Praktikierbarkeit der angestrebten Entgelte oder jedenfalls eines Teils davon. Das dürfte nicht so einfach sein, weil die Gerichte sich scheuen werden, im Eilverfahren, die Hauptsacheentscheidung mindestens teilweise vorwegnehmend, schwierige Rechtsfragen in komplexem und ungewohntem Umfeld entgegen der Behördenmeinung zu beurteilen.

Aber ist eine solche regulatorische Strategie wirklich sinnvoll? Können die Behörden beispielsweise allen Ernstes eine Kalkulation auf Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten *je einzelner Anlage* als Kalkulationsbasis verlangen, wenn diese Anlagen in einem Netzkauf auf Basis des Sachzeitwertes erworben worden sind? Denn Merkmal der Kaufpreisbildung auf Sachzeitwertbasis war regelmäßig, dass gerade nicht auf Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten gekauft wurde, die demzufolge beim Netzbetreiber auch gar nicht bekannt sind. Denn Kalkulationsgrundlage beim Sachzeitwert ist bekanntlich der Tagesneuwert bzw. Wiederbeschaffungswert, ohne den der Netzkauf gar nicht zustande gekommen wäre. Das war übrigens das entscheidende Argument, dass den Bundesgerichtshof im Kaufering-Urteil vom 16.11.1999 dazu bewogen hat, das Sachzeitwertverfahren nicht in Bausch und Bogen zu verwerfen, sondern als Rechtsgrundlage jedenfalls dann anzuerkennen, wenn der Sachzeitwert einen Ertragswert nur unerheblich überstieg. Das Verlangen, die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen, verstößt also gegen das verfassungsrechtliche Verbot der echten Rückwirkung; der Einwirkung eines Gesetzes auf abgeschlossene Sachverhalte mit negativer Wirkung auf den Bürger. Die Aussicht, im Beschwerdeverfahren zu obsiegen, ist also nicht schlecht; und damit darauf, dass die zunächst verlangten, aber nicht zuerkannten Netznutzungsentgelte später doch noch verlangt werden können.

Eine solche nachträgliche Veränderung ursprünglich getroffene Annahmen zwingt die betroffenen Wirtschaftskreise zu vorbeugenden Maßnahmen – vertraglichen Vorkehrungen, Netzentgelte

Strompreise noch nach zu erheben, was bei dem herkömmlichen Stromtarifmodell für Haushaltskunden kaum geht, Netznutzer müssen Rückstellungen bilden etc. Die hohe Komplexität der Regulierung, wie sie etwa auch durch das Unbundling herbeigeführt wurde, steigt weiter. Netzbetreiber, Markt und Staat verlieren sich langsam in einem Dickicht unübersichtlicher Regelungen und ihrer Konsequenzen.

Sollten sich ferner die Regulierungsbehörden durchsetzen, würde das für die betroffenen Kommunen ausgesprochen negative Konsequenzen haben. Die Kommunalfinanzen dürften nachhaltige Einbußen erfahren. Der wirtschaftliche und steuerliche Querverbund, der heute für die Finanzierung des ÖPNV und von Hallenbädern unerlässlich ist, dürfte zusammenbrechen; mit unabsehbaren Folgen für die Daseinsvorsorge.

Die Konzerne hingegen können sich ins Fäustchen lachen. Die Kalkulation der Übertragungsnetzentgelte geriete nur dann nachhaltig unter Druck, wenn die Bundesnetzagentur die Regulenergiepreise anpackt. Das ist offenbar geplant; ob es aber auch durchsetzbar ist, steht dahin. Bei den Verteilnetzentgelten der – längst unbundelten – Netzgesellschaften der Konzerne sind die Preise ohnehin in die niedrigeren Regionen gerutscht, schon um auf diese Art und Weise kommunal kalkulierte Netzentgelte mit Hilfe des Vergleichsmarktprinzips unter Druck zu nehmen. Außerdem: Das Geld wird woanders verdient: Nämlich in der Erzeugung und im Handel. Die Börsenpreise steigen und steigen. Das Strompreisniveau 2007 wird das Dreifache im Vergleich zum Jahr 2000 ausmachen. Ergebnis: Die Konzerne verdienen, die Kommunen geraten unter Druck; eine neue Verkaufswelle ist die Folge. Thüga darf sich freuen; die Aufstockung ihrer Beteiligungen von 60 auf 120 in den ersten Liberalisierungsjahren nach dem EnWG 1998 gerät wieder in Fahrt.

Die neue ZNER greift einige der Probleme auf. Heidrun Schalle und Philipp Boos befassen sich mit der Netzentgeltproblematik. Joachim Wieland geht auf ein Thema ein, das durch das Auslaufen der BTOElt zum 01.07.2007 (Art. 5 Abs. 3 des NeuregelungsG 2005) aufgeworfen wird, ob nämlich die BTOElt überhaupt (noch) verfassungs- und europarechtskonform ist. Wieland bejaht die Frage, gegenüber manchen Zweifeln. Es könnte sein, dass die Diskussion über die Sinnhaftigkeit des gesetzlich angeordneten Wegfalls Fahrt aufnimmt. Diesen Eindruck konnte man jedenfalls als Teilnehmer eines Workshops des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin am 24. März 2006 gewinnen.

Ein Schwerpunkt der Rechtsprechung ist zweifellos § 315 BGB. Diese Vorschrift erfährt nicht nur eine Renaissance im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum, sondern vor allem in der Rechtsprechung. In diesem Heft befassen sich zwei Entscheidungen mit dem Thema. Angeboten war der Redaktion die dreifache Anzahl. Im Schwerpunkt geht es dabei um die Gaspreise. Tatsächlich signalisiert diese Rechtsprechung aber das Fehlen einer wirksamen staatlichen Energiepreiskontrolle. Diese Frage wird die ZNER demnächst schwerpunktmäßig interessieren.

Peter Becker