

zur Umsetzung von Art. 28 der Richtlinien 2009/72/EG und
2009/73/EG

Befreiung Geschlossener Verteilernetze von den Vorgaben für die buchhalterische Entflechtung

Juristische Stellungnahme

9. September 2010

Problembeschreibung

Bisher waren Objektnetze über § 110 EnWG weitgehend von Vorschriften zur Regulierung von Strom- oder Gasnetzen im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes befreit. Nun muss § 110 EnWG im Zuge der Umsetzung des 3. Binnenmarktpaketes angepasst werden, weil Art. 28 der Richtlinien 2009/72/EG (für Elektrizität) und 2009/73/EG (für Erdgas) neu eine besondere Regelung für sog. Geschlossene Verteilernetze vorsehen, in denen die nationale Regelung über Objektnetze aufgehen soll. Der Richtliniengeber geht nicht – wie der nationale Gesetzgeber zu § 110 EnWG - davon aus, dass Objektnetze grundsätzlich nicht der Regulierung unterliegen, es sei denn, die Richtlinien sehen Ausnahmen ausdrücklich vor.

Diese grundsätzliche Neuausrichtung hätte für die jetzigen Objektnetze insbesondere die Konsequenz, dass alle regulatorischen Vorschriften und Maßnahmen der Regulierungsbehörden auch für diese Netze gälten. Insbesondere die Vorschriften der buchhalterischen Entflechtung (Art. 31 Richtlinien) sind jedenfalls allein nach systematischer Lesart der Richtlinien nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

Ist die Anwendung von Entflechtungsvorschriften in Objektnetzen / Geschlossenen Verteilernetzen europarechtskonform?

Damit stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob die Anwendung von Entflechtungsvorschriften in Objektnetzen / Geschlossenen Verteilernetzen europarechtskonform sein kann. Diese Frage ist berechtigt, denn in den **Erwägungsgründen** der Richtlinien jeweils in Nummer (30) wird besonders hervorgehoben, dass Geschlossene Verteilernetzbetreiber von Verpflichtungen zu befreien sind, die – aufgrund der besonderen Art der Beziehung zwischen Netzbetreiber und Netznutzern – unnötigen Verwaltungsaufwand verursachen würden.

Praktische Auswirkungen

Die uneingeschränkte Durchführung einer buchhalterischen Entflechtung würde aber diesen erheblichen Aufwand bedeuten, denn nach Art. 31 der Richtlinien ist allein für die Netzbereiche der Abschluss einer gesonderten Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) und der Abschluss einer gesonderten Bilanz vorgesehen. Diese Unterlagen müssen die Betreiber der Geschlossenen Verteilernetze den zuständigen Regulierungsbehörden vorlegen, die sie ablegen. Erst wenn ein im Geschlossenen Verteilernetz ansässiger Kunde sich in Zukunft beschweren sollte, würde die Regulierungsbehörde jeweils auf die dann aktuelle GuV bzw. Bilanz zurückgreifen, um das Geschäftsgebaren des Betreibers zu überprüfen.

Umgekehrt bedeutet dies, es kann durchaus Jahre dauern, in denen der Betreiber des Geschlossenen Verteilernetzes, der ein ausgeprägtes Interesse daran hat, seine Kunden weitestgehend zufrieden zu stellen, weil er an seinem besonderen Standort auf diese Kunden angewiesen ist und mit anderen Standorten im Wettbewerb steht, die Kosten für eine GuV und eine Bilanz jeweils unnötig aufwendet, weil sich kein Kunde beschwert.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Verlangen dieses erheblichen bürokratischen Aufwands im europäischen Kontext verhältnismäßig ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob dasselbe Ziel mit milderem Mitteln – nämlich einer detaillierten Kostenstellenrechnung nach anerkannten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchhaltung – ebenso gut erreicht werden könnte.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in Art. 5 Abs. 4 EUV als übergreifendes Prinzip und als objektiver Grundsatz des Gemeinschaftsrechts angelegt. Danach dürfen die Maßnahmen der Union weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus gehen¹. Enthalten ist auch ein grundrechtliches Übermaßverbot². Konkret geht es um die Art, den Umfang und die Intensität einer Maßnahme. Die mit der einzelnen Maßnahme verbundenen Belastungen sollen begrenzt werden und die **„finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand** der Union, der Mitgliedstaaten, und auch **der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürger so gering wie möglich** gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen³. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt damit für sämtliches Handeln der Unionsorgane, wobei sein Schutzzweck sowohl die Mitgliedsstaaten erfasst, wie auch Private⁴.

In Fällen, in denen ein Grundrechtsbezug gegeben ist, kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip darüber hinaus in Artikel 52 in Verbindung mit Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC) zum Tragen. In Artikel 16 EGRC ist normiert, dass die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften anerkannt wird. In Artikel 52 EGRC ist geregelt, dass jede Einschränkung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich

¹ Walter Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 5, Rn. 733 ff.

² BVerfGE 89, 155, 212 - Maastricht

³ Art. 5 S. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007

⁴ EuGH, Rs. C-36 u. 37/97, Slg.1998, I-6337 (6361 f., Rn. 30 ff.) - Kellinghusen

vorgesehen sein muss und jedwede Einschränkung nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden darf.

Ein Grundrechtsbezug ist vorliegend gegeben, das deutsche Grundgesetz ist betroffen. Das Grundgesetz garantiert in Artikel 14 Abs. 1 das Privateigentum einschließlich des unternehmensbestimmten Eigentums und seiner ökonomischen Nutzbarkeit. Es gewährt in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 Berufs- und damit auch Gewerbe- und Unternehmerfreiheit. Dabei sichert Art. 12 Abs. 1 GG auch den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer. Die Eigentumsgarantie und die anderen Grundrechte des privatautonomen Handelns und der privatautonomen Teilhabe an der Gestaltung der Wirtschaftsordnung setzen eine grundsätzlich privatautonome Unternehmens- und Einzelwirtschaftsplanung voraus.

Die Pflicht zur buchhalterischen Entflechtung ist ein regulatorischer Eingriff in das Unternehmen und als belastende Maßnahme zu werten. Damit ist sie auch grundrechtsrelevant und muss sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.

Verhältnismäßig ist eine Maßnahme, wenn

- **sie einen legitimen Zweck verfolgt,**
- **sie als solche geeignet ist, dieses Ziel auch zu erreichen, und**
- **sie zudem erforderlich und angemessen ist.**

Legitimer Zweck

Die in Rede stehenden Richtlinien und die Verpflichtung zur buchhalterischen Entflechtung gemäß Art. 31 wurden laut ihren Erwägungsgründen erlassen, um Effizienzgewinne, wettbewerbsfähige Preise, höhere Dienstleistungsstandards und insbesondere einen diskriminierungsfreien Netzzugang für öffentliche Versorgungsnetze zu gewährleisten. Diese Ziele sind zweifelsfrei legitim. Zu beachten ist allerdings, dass schon die Erwägungsgründe davon ausgehen, Betreiber Geschlossener Verteilernetze von bestimmten Verpflichtungen zu befreien und auch, dass unnötiger Verwaltungsaufwand grundsätzlich vermieden werden soll.

Geeignetheit der Maßnahme

Eine Maßnahme entspricht nur dann dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn durch das eingesetzte Mittel das mit ihm verfolgte Ziel überhaupt erreicht werden kann. Diese Vorgabe ist normiert auch in Art 3 Absatz 6 EUV, der vorgibt, dass die Union ihre Ziele mit geeigneten Mitteln zu verfolgen hat.

Es ist zweifelhaft, ob die oben genannten Ziele mit dem Mittel der buchhalterischen Entflechtung erreicht werden können. Die Betreiber Geschlossener Verteilernetze unterscheiden sich in mannigfacher Weise von anderen öffentlichen Netzbetreibern. So stehen Industrieparks, anders als typische Verteilernetze der allgemeinen Versorgung, bereits in einem **echten Standortwettbewerb** mit anderen Infrastrukturanbietern auf nationaler, aber auch auf internationaler und globaler Ebene. Viele, wenn nicht die meisten Produktionsstandorte sind flexibel und positionieren sich im globalen Marktumfeld immer wieder neu - auch unter Berücksichtigung des internationalen Auslands. Diese Positionierungen finden in einem hart umkämpften Wettbewerb auf Basis objektiver Standortvorteile statt.

Befreiung Geschlossener Verteilernetze von den Vorgaben für die buchhalterische Entflechtung

Die Betreiber von Industrieparks bieten ganze Infrastrukturpakete an, die neben dem Faktor Energie auch **Synergieeffekte für komplementäre Produktionsstätten** ausweisen (z.B. Produktion von halbfertigen Produkten an einem Standort, an dem Spezialchemie hergestellt wird). Zudem sind Logistikverbünde oder IT-ausgerichtete Dienstleistungen kennzeichnend für diese Versorgungskonzepte. Eine weitere Anforderung an Industrieparks liegt in den hohen Ansprüchen an **Versorgungszuverlässigkeit und Sicherheit**. So müssen die Betreiber unabhängig vom europäischen Verbundnetz die Inselbetriebsfähigkeit gewährleisten. Weitere Kennzeichen sind die Schwarzstartfähigkeit, redundante Netzstrukturen und hohe Automatisierungsgrade in der gekoppelten Prozessführung sowie bestimmte Anforderungen an die Behandlung von Netzurückwirkungen.

Durch diese Spezifika und insbesondere durch den **Wettbewerb**, der in diesem Marktsegment bereits herrscht, unterscheiden sich Geschlossene Verteilernetze deutlich von den übrigen Netzen, die einen öffentlichen Versorgungsauftrag zu erfüllen haben. Der schon vorhandene Wettbewerb sorgt bereits für angemessene Preise, Effizienzgewinne, hohe Dienstleistungsstandards und einen diskriminierungsfreien Netzzugang.

In Wirtschaftszweigen, in denen bereits ein echter Wettbewerb herrscht, ist ein regulatorisches Eingreifen von gesetzlicher oder behördlicher Seite aber nicht nur nicht notwendig, sondern kann im Zweifel sogar zu einer Verkehrung dieser Ziele führen, indem er die betroffenen Unternehmen über die belastenden Maßnahmen wettbewerblichen Nachteilen aussetzt. Insofern muss man bezweifeln, dass buchhalterische Entflechtung im Bereich Geschlossener Verteilernetze die oben genannten Ziele fördern kann.

Erforderlichkeit der Maßnahme

Fraglich ist weiterhin, ob die belastende Maßnahme – buchhalterische Entflechtung - „nicht über die Grenzen des hierzu Erforderlichen“ hinausgeht⁵. Es müssen sowohl Form, als auch Inhalt der Maßnahme notwendig sein, um die eigentlichen Ziele zu erreichen. Dabei sind auch Möglichkeiten zu prüfen, die sich aus anderen Maßnahmen ergeben, als der gewählten. Sofern die genannten Ziele auch mit anderen und namentlich **weniger einschneidenden Maßnahmen** zu erreichen sind, ist die Erforderlichkeit einer belastenden Maßnahme nicht gegeben.

In Bezug auf die buchhalterische Entflechtung ist hier als alternatives Instrument die **Kostenstellenrechnung** zu prüfen⁶. Ziel und Zweck der Entflechtung ist die Trennung des Netzbereichs von anderen Bereichen eines Unternehmens, damit ein außenstehender Dritter Unschwer ablesen kann, welche Kostenpositionen in die Kalkulation eines Netzentgeltes einfließen und in welcher Höhe. Das Mittel der Kostenstellenrechnung erfüllt diese Voraussetzungen bzw. Ziele in vollem Umfang, denn in einer detaillierten Kostenstellenrechnung werden alle Kosten zugeordnet und nach kaufmännisch vernünftigen Grundsätzen aufgeschlüsselt. Daher würde mit einer Kostenstellenrechnung die beschriebene **Transparenz** in den Kosten eines Unternehmens ebenso gut erreicht, wie bei Einhaltung von Entflechtungsvorgaben. Folglich ist eine Kostenstellenrechnung gleichermaßen geeignet, die Kosten des Netzbetriebes deutlich von allen anderen Kosten abzugrenzen und stellt aus Sicht der Betreiber Geschlossener Verteilernetze ein wesentlich milderer Mittel, weil **deutlich günstigeres und weniger zeitaufwändiges Mittel**, dar. Damit

⁵ EuGH, Rs C-491/01, Slg. 2002, I-11453 - Tobacco

⁶ Zu den erforderlichen Maßnahmen im Einzelnen s. VIK Position zur Kostenstellenrechnung in Industrienetzen, beigelegt als **Anlage** zu diesem Schreiben.

ist eine buchhalterische Entflechtung im Ergebnis nicht erforderlich und somit auch nicht verhältnismäßig.

Angemessenheit der Maßnahme

Zudem müsste die Anordnung der buchhalterischen Entflechtung auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck stehen. Hierzu wird eine **Abwägung** durchgeführt, bei der die Vorteile einer Maßnahme für die Allgemeinheit, den Nachteilen für geschützte individuelle Rechtspositionen gegenüber gestellt werden. Alternativ wird eine Zumutbarkeitsprüfung durchgeführt⁷.

Die buchhalterische Entflechtung soll der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit bieten, die Netzentgelte im Falle der Beschwerde eines Kunden daraufhin zu überprüfen, ob sie lediglich auf den Kosten des Netzbereiches aufbauen und damit der Vermeidung von Quersubventionen zwischen Netz und anderen Unternehmensbereichen dienen. Damit soll zugleich die diskriminierende Bevorzugung von bestimmten Lieferanten gegenüber anderen sowie die Erhebung überhöhter Netzentgelte vermieden werden. Im Fall der Geschlossenen Verteilernetze ist weiterhin zu beachten, dass der Richtliniengeber diese besondere Form der Netze von einer ex ante Genehmigung der Netzentgelte befreit und folglich von vornherein einen größeren Gestaltungsspielraum aufgrund der räumlichen Nähe und Geschlossenheit anerkennt. Ob andererseits jemals eine Überprüfung der Netzentgeltkalkulation überhaupt stattfinden wird, ist fraglich, denn für Geschlossene Verteilernetze ordnen die Richtlinien – anders als für die öffentlichen Verteilernetze - **keinen permanenten behördlichen Überprüfungsmechanismus** an, sondern lediglich eine Überprüfung auf Anfrage und im Einzelfall. Es ist daher keineswegs auszuschließen, dass die **Maßnahmen zur buchhalterischen Entflechtung über Jahre ins Leere** gehen und GuV sowie Bilanzen für diese Netzbereiche bei den Behörden lediglich aktenmäßig abgelegt werden.

Demgegenüber verursacht das permanente Nachhalten einer buchhalterischen Entflechtung bei den Betreibern von Geschlossenen Verteilernetzen **hohen Kostenaufwand**: einmalig bis zum 16fachen gegenüber einer Kostenstellenrechnung und, jährlich wiederkehrend bis zum 5fachen gegenüber dem gleichen Grad der Zielerreichung. Eine buchhalterische Entflechtung würde Mehrkosten generieren, die die bereits entstandenen Marktpreise verzerren würden, denn Geschlossene Verteilernetze stehen **als Standorte im Wettbewerb** untereinander; dies allein hat erhebliche disziplinierende Wirkung. Beeinträchtigt würden durch buchhalterische Entflechtung sowohl die Betreiber von Industrieparks, die international benachteiligt würden, wie auch deren Kunden, die im Vergleich zu Kunden, die in nicht-regulierten Industrieparks ansiedeln, höhere Preise zahlen müssten. Im Zweifel könnten die vorstehenden Nachteile dazu führen, dass Kunden an kostengünstigere Standorte abwanderten.

Soweit als Argument für ein buchhalterisches Unbundling gegenüber Objektnetzbetreibern angeführt wird, dass in solchen Netzen oft ähnlich viel verbraucht würde, wie in den Netzen kleiner Energieversorgungsunternehmen der öffentlichen Versorgung, muss dem entgegengehalten werden, dass dies lediglich bezogen auf die entnommene Energiequantität zutreffen kann. Bezogen auf die Anzahl der Abnehmer ist ein solcher Vergleich unzutreffend, denn in den Geschlossenen Verteilernetzen werden oft nur einige wenige Kunden versorgt. Damit wäre der Aufwand, der durch eine buchhalterische

⁷ Walter Frenz, Handbuch des Europarecht, Band 5, Rn. 763 mit weiteren Nachweisen

Befreiung Geschlossener Verteilernetze von den Vorgaben für die buchhalterische Entflechtung

Entflechtung betrieben werden müsste, völlig unproportional zu der Anzahl der tatsächlich angeschlossenen Netzkunden.

Zudem sind Geschlossene Verteilernetze nicht Netze der allgemeinen Versorgung und erfüllen also keinen öffentlichen Versorgungsauftrag. Dies drückt sich insbesondere in dem Umstand aus, dass die Energieversorgung in Geschlossenen Verteilernetzen nur eine Teilleistung im Rahmen eines umfassenden infrastrukturellen Gesamtpakets darstellt und kein Massengeschäft darstellen.

Nach diesen Ausführungen wird deutlich, dass die Nachteile für die Betreiber Geschlossener Verteilernetze und für deren Kunden, die die Mehrkosten letztlich zu tragen hätten, in keinem angemessenen Verhältnis mit den zu erwartenden Vorteilen für die Allgemeinheit stehen. Zudem ist eine unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Netzbetreiber aufgrund der ungleichen tatsächlichen Bedingungen gerechtfertigt und erforderlich.

Fazit

Aus den oben angeführten Gründen wird deutlich, die **gesetzliche Anordnung einer buchhalterischen Entflechtung für Geschlossene Verteilernetze nicht verhältnismäßig wäre und auch im europäischen Kontext gegen unmittelbar geltendes EU-Recht verstieße.**

Aus dem Vorstehenden folgt weiterhin, dass es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allein rechtfertigt, Netzentgelte in Geschlossenen Verteilernetzen auf Verlangen eines Netzkunden gemäß Art. 28 Absatz 3 der Strom- und der Gasrichtlinie auf Basis einer Kostenstellenrechnung zu überprüfen.