

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor

Systematik und Reformbedarf

37 | 11.09.2024

erstellt von
Tim Schilderoth

unter Mitarbeit von
Dr. Tobias Klarmann
Dr. Johannes Hilpert
Dr. Markus Kahles

II Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor

Zitiervorschlag:

Schilderoth, Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 11.09.2024.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Verbundprojekt: unIT-e² – Reallabor für verNETZte E-Mobilität“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
klarmann@stiftung-umweltenergierecht.de
hilpert@stiftung-umweltenergierecht.de
kahles@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Prof. Dr. Thorsten Müller
Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
Prof. Dr. Monika Böhm (Vorsitzende)
Prof. Dr. Franz Reimer (stv. Vorsitzender)
Prof. Dr. Gabriele Britz
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke

Spendenkonto
Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einleitung	2
B. Ökonomischer Hintergrund der Netzentgeltregulierung	5
I. Stromnetze als „wohlfahrtsschädliche“ natürliche Monopole	5
1. Regulierung der Stromnetze	6
2. Entgeltniveauregulierung	7
a) Kostenmaßstab	7
b) Ermittlungsmethoden	8
c) Regulierungsmechanismen	8
3. Entgeltstrukturregulierung	9
a) Wohlfahrtsfördernde Entgeltstrukturregulierung	9
b) Weitere Motive der Entgeltstrukturregulierung	10
C. Rechtswissenschaftliche Systematik des EU-Rechts der Netzentgeltregulierung	11
I. Entgeltniveauregulierung	12
1. Dynamischer objektiver Effizienzkostenmaßstab	12
a) Subjektiver Effizienzkostenmaßstab für Fixkosten	12
b) Effizienzanreize	13
c) Förderung der Versorgungssicherheit	13
d) Förderung der Marktintegration	13
e) Förderung der Integration erneuerbarer Energien	13
f) Unterstützung der Nutzung von Flexibilitätsleistungen	14
g) Flexible Netzanschlussverträge	15
h) Effiziente und zeitnahe Investitionen	15
i) Umwelt- und Klimaschutz	15
j) Innovationen im Interesse der Verbraucher	16
k) Spezifische Regelungen für Übertragungsnetzbetreiber	16
l) Kosten anderer politischer Ziele	16
2. Ermittlungsmethode	17
3. Regulierungsmechanismus	17
4. Zwischenergebnis	17
II. Entgeltstrukturregulierung	18
1. Diskriminierungsverbot	18
a) Vergleichbarkeit	19
b) Diskriminierende Behandlung	20
aa) Kostenorientierung	21
bb) Entfernungsunabhängigkeit	21

IV Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor

cc) Sonderregelungen für grenzüberschreitende Stromübertragung	21
dd) Vorgaben für Verteilernetzbetreiber und zur Berücksichtigung von Systemdienstleistungen	22
ee) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen	22
c) Rechtfertigung	22
aa) Zulässiger Rechtfertigungsgrund	22
(1) Spezielle Rechtfertigungsgründe	22
(a) Transparenz	23
(b) Effizienz	23
(c) Energieeffizienz	23
(d) Soziale Tarifstrukturen	23
(e) Förderung hocheffizienter KWK-Anlagen	24
(f) Forschungstätigkeiten	24
(g) Umwelt- und Klimaschutz	24
(2) Allgemeine Rechtfertigungsgründe	24
bb) Rechtfertigungsbeschränkungen	26
(1) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkungen	26
(a) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkung von Diskriminierungen anhand Verteiler- und Übertragungsnetzebene, Energiespeicherung und Energieaggregation (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 EBM-VO)	26
(b) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkung bei Laststeuerung, dezentraler Erzeugung, Netzinvestitionen und optimiertem Netzbetrieb (Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 1 Anhang XIII EnEff-RL)	27
(2) Allgemeine Rechtfertigungsbeschränkungen	27
d) Zwischenergebnis	28
2. Effizienz	28
a) Allgemeine Vorgaben	28
b) Energieeffizienz	29
c) Netzdienliche Effizienz	31
3. Transparenz	31
III. Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden	32
IV. Zwischenergebnis	32
D. Gesamtfazit	33

Zusammenfassung

Am 2. September 2021 stellte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer aufsehenerregenden Entscheidung fest, dass die Netzentgeltregulierung nicht durch deutsche Gesetze und Verordnungen vorgeprägt werden kann. Das EU-Recht sieht in diesem Bereich vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden, in Deutschland die Bundesnetzagentur (BNetzA), unabhängig von mitgliedstaatlicher Legislative und Regierung handeln und sich stattdessen unmittelbar am EU-Recht ausrichten müssen. Mit der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes vom 28. Dezember 2023 wurde die Grundlage für diese Kompetenzübertragung an die BNetzA geschaffen.

Die Entwicklung fällt in eine Zeit, die von intensiven Reformediskussionen zur deutschen Netzentgeltregulierung geprägt ist. Hintergrund der Debatte ist der Ausbau erneuerbarer Energien und die energiewendebefindliche Elektrifizierung von Wärme, Verkehr und Industrieprozessen. Damit verbunden ist ein erhöhter Bedarf an Übertragungs- und Verteilungskapazität der Stromnetze, an einer besseren Auslastung der Netze sowie an flexiblem Netznutzungsverhalten in Abhängigkeit von der Netzlast. Auf diese Aspekte wirkt die Netzentgeltregulierung maßgeblich ein.

Sie bestimmt durch die Regulierung des Entgeltniveaus, inwieweit Netzbetreiber Netzausbau- oder Netzoptimierungskosten durch Netzentgelte refinanzieren können. Dabei richtet sich die nationale Regulierungsbehörde im Grundsatz nach einem „dynamischen objektiven Effizienzkostenmaßstab“. Für die Ermittlung der individuellen Kosten referenziert das EU-Recht auf einen „effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreiber“. Der Regulierungsmechanismus muss insbesondere Effizienzen anreizen, bleibt aber weitestgehend den nationalen Regulierungsbehörden überlassen.

Durch die Regulierung der Entgeltstruktur können bestimmte Netznutzende privilegiert bzw. ein flexibles Netznutzungsverhalten gehemmt oder angereizt werden.

Dabei muss die nationale Regulierungsbehörde Transparenz, Effizienz und – im Regelfall – Diskriminierungsfreiheit gewährleisten. Vom Diskriminierungsverbot können die nationalen Regulierungsbehörden allerdings unter bestimmten Voraussetzungen abweichen.

Um die Spielräume der nationalen Regulierungsbehörden bei der Ausgestaltung der Regelungen zur Stromnetzentgeltregulierung bestimmen zu können, analysiert und systematisiert diese Studie den materiellen EU-Rechtsrahmen der Netzentgeltregulierung.

Kernergebnisse

- ▶ Das EU-Recht gewährt den nationalen Regulierungsbehörden einen weiten Ermessensspielraum. Bislang war nicht ausdrücklich geregelt, ob die nationalen Regulierungsbehörden ein klimaschützendes Mandat haben. Die Elektrizitätsbinnenmarktreform hat im Juni 2024 die Integration erneuerbarer Energien sowie die Verwirklichung der in den integrierten nationalen Energie- und Klimaplänen festgelegten Ziele explizit als Regulierungsaufgaben normiert. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen die Regulierungsbehörden diese Ziele berücksichtigen.
- ▶ Der EU-Rechtsrahmen enthält dennoch Unklarheiten und ist unübersichtlich in verschiedenen Rechtsakten geregelt. Dieser Zustand besteht nach der aktuellen Neufassung der Energieeffizienzrichtlinie, den Änderungen der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung und Elektrizitätsbinnenmarkttrichlinie fort. Eine rechtssichere Anwendung und einheitliche Auslegung durch die nationalen Regulierungsbehörden kann der EU-Gesetzgeber nur erreichen, wenn der Rechtsrahmen grundlegend reformiert und konsolidiert wird.

A. Einleitung

Die Netzentgeltregulierung im Stromsektor wird als wichtiges Element der energiewirtschaftlichen Transformation und damit der Erreichung klimapolitischer Zielsetzungen beschrieben¹: Die Elektrifizierung der Sektoren Verkehr und Wärme kombiniert mit einer dezentralen volatilen Erzeugungsstruktur erfordert eine erhöhte Kapazität der Stromnetze und damit einen Ausbau der bestehenden Netzinfrastruktur. Ausbau und Betrieb dieser Infrastruktur werden überwiegend durch Netzentgelte finanziert, die Netznutzende zahlen. Zur Verringerung des Ausbaubedarfs und als kurzfristige Lösung schlägt die Fachliteratur innovative Konzepte netzdienlicher Nutzung vor².

Die Regulierung der Netzentgelte beeinflusst, wie schnell und in welchem Ausmaß Netzausbau gelingt und inwieweit innovative Konzepte genutzt werden können. Gleichzeitig wirkt sich die Ausgestaltung der Netzentgelte auf die Netznutzenden aus: Für gewerbliche bzw. industrielle Netznutzende sind Netzentgelte ein relevanter wirtschaftlicher Faktor. Für Privathaushalte haben Netzentgelte wiederum eine große sozialpolitische Bedeutung³.

Die Regulierung der Energienetzwirtschaft ist durch EU-Recht bestimmt. Der EuGH stellte in der aufsehenerregenden⁴ Entscheidung C-718/18 fest, dass für die Regulierung der Netzentgelte die jeweiligen

¹ Jeddi/Sitzmann/Funk/Schmid/Fett/Fraunholz, Die Auswirkungen einer Netzentgeltreform auf PV-Anlagen, Batteriespeicher und das Gerechtigkeitsempfinden, et 3/2022, S. 10; Kahl/Kahles, Warum es jetzt mehr denn je auf die Netzentgelte ankommt, ew 7-8/2022, S. 20.

² Vgl. u. a.: Jahn, Ladeblockade Netzentgelte – Wie Netzentgelte den Ausbau der Schnellladeinfrastruktur für Elektromobilität gefährden und was der Bund dagegen tun kann, März 2021, ; Fritz/Maurer/Jahn, Zukünftige Anforderungen an eine energiewendegerechte Netzkostenallokation, August 2021, https://static.agora-energie-wende.de/fileadmin/Projekte/2021/2021_07_IND_Flex-Netz/A-EW_224_Netzkostenallokation_WEB.pdf; Springmann/Rodler/Köpl, Anreize für netzdienliches Ladeverhalten in Europa – Andere Länder, gleiche Herausforderungen, Januar 2022, <https://www.ffe.de/veroeffentlichungen/andere-laender-gleiche-herausforderungen-anreize-fuer-netzdienliches-ladeverhalten-in-europa/>; Ziemsky/Biedenbach, Systemintegration von Elektrofahrzeugen – Stromlieferverträge mit nicht-statischen Tarifen – FfE Grundlagenpapier 2022-04, 13.04.2022, <https://www.ffe.de/wp-content/uploads/2022/06/Grundlagenpapier-Stromliefervertraege-nicht-statische-Tarife.pdf>; Blume, Effects of variable grid fees on distribution grids with optimized bidirectional battery electric vehicles, 05.07.2022, https://www.ffe.de/wp-content/uploads/2022/08/Presentation_Effects-of-variable-grid-fees-on-distribution-grids.pdf.

³ Vgl. zum Verbraucherschutz: Huhta, C-718/18 Commission v. Germany: Critical Reflections on the Independence of National Regulatory Authorities in EU Energy Law, EEELR 2021, S. 255 (264); zur verteilungspolitischen Wirkung: Möschel, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, S. 885 (891 f.); Banet, Electricity Network Tariffs Regulation and Distributive Energy Justice: Balancing the Need for New Investments and a Fair Energy Transition, in: del Guayo/Godden/Zillman/Montoya/González, Energy Justice and Energy Law, 2020, S. 83 ff.; Meyer, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 148 f.; Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulie-

rungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 203; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 225, 229.

⁴ Börsen-Zeitung, 03.09.2021, S. 1; Gundel, Die Auswirkungen des Vertragsverletzungsurteils des EuGH zur Unabhängigkeit der Energieregulierung, EnWZ 2021, S. 339 ff.; Hoppe/Laboch-Semku, Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, NVvZ 2021, S. 1441 ff.; Huhta, C-718/18 Commission v. Germany: Critical Reflections on the Independence of National Regulatory Authorities in EU Energy Law, EEELR 2021, S. 255 ff.; Ludwigs, Energieregulierung nach der Zeitenwende – Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur nach dem EuGH-Urteil zur normierenden Regulierung, N&R 6/2021, Beilage, S. 1; Klahm/Fabritius, Das Aus für die normative Regulierung – EuGH, Urteil vom 02.09.2021 – C-718/18, ER 2021, S. 238; Misling/Eberleh, Zur Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden, IR 2021, S. 250; Ruffert, Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, JuS 2022, S. 88; Schmidt-Preuß, Nach dem EuGH-Urteil vom 2.9.2021: das „Duale Modell“, EnWZ 2021, S. 337; Scholtka, Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, EuZW 2021, S. 893; Schwintowski, Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, E-WeRK 2021, S. 252; di Fabio, Unabhängige Regulierungsbehörden und gerichtliche Kontrolldichte, EnWZ 2022, S. 291; di Fabio, Gutachten im Auftrag des BDEW vom 20.06.2022, BeckRS 2022, 20657; Jöhler, Tagung zur Entscheidung des EuGH vom 2.9.2021 (C-718/18) zur normierenden Regulierung, Nachhaltigkeitsrecht 2022, S. 257; Kaufhold, Complete, yet limited: The guarantee of independence for National Regulatory Authorities in the energy sector: Commission v. Germany, CML Rev. 2022, S. 1853; Lavrijssen, Towards a European Principle of Independence: The Ongoing Constitutionalisation of an Independent Energy Regulator, CCLR 2022, S. 25; Lüken genannt Kläßen/Maschlanka, Bundesnetzagentur und

nationalen Regulierungsbehörden zuständig sind⁵, und zwar unabhängig von mitgliedstaatlicher Regierung und Legislative⁶. Regulierungsentscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden durften und dürfen also nicht vom nationalen Rechtsrahmen vorgezeichnet werden. Gleichwohl agieren die nationalen Regulierungsbehörden nicht außerhalb demokratischer Kontrolle – der Maßstab ihrer Regulierungsentscheidungen ist das EU-Recht. Die notwendige Übertragung der Kompetenz vom Gesetzgeber auf die BNetzA wurde mit einer Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)⁷ vorgenommen⁸.

Bis zur Entscheidung des EuGH ging die Literatur verbreitet davon aus, dass den nationalen Gesetzgebern weitgehende Regulierungskompetenzen vorbehalten seien. Gegenstand verstärkter rechtswissenschaftlicher Untersuchung war daher der nationale Rechtsrahmen⁹, weniger der EU-Rechtsrahmen¹⁰. Seine erhebliche Bedeutung offenbarte der EuGH mit dem Urteil

C-718/18. Dem möchte diese Studie gerecht werden, indem sie die Systematik des EU-Rechtsrahmens der Stromnetzregulierung darstellt. Das ermöglicht, Regelungsvorgaben auf ihre Konformität mit dem EU-Rechtsrahmen zu untersuchen. Gleichzeitig wird deutlich, welcher Regulierungsspielraum den nationalen Regulierungsbehörden verbleibt. Die Studie bildet damit die Grundlage für eine Auseinandersetzung mit spezifischen Fragen der Netzentgeltgestaltung – etwa als Instrument der Mobilitätswende –, wie sie zunehmend in Fachöffentlichkeit und Politik diskutiert werden. Außerdem lassen sich aus der Systematik Schlüsse ziehen, inwieweit der Rechtsrahmen dem Ziel der energiewirtschaftlichen Transformation im Lichte klimapolitischer Ziele gerecht wird. Die Studie berücksichtigt die Neufassung der Energieeffizienzrichtlinie (EnEff-RL)¹¹ von 2023 und die Änderungen¹² der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (EBM-RL)¹³ und Elektrizitäts-

Energiepolitik – Bedeutung und Perspektiven des EuGH-Urteils zur Unabhängigkeit der Behörde, GWP 2022, S. 168; *Mussaevs/Küper/Lamott*, Auswirkungen der EuGH-Entscheidung vom 02.09.2021 zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden auf die Praxis, RdE 2022, S. 9; *Storr*, Der Regelungsspielraum des österreichischen Gesetzgebers für Systemnutzungsentgelte nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-718/18 (Kommission/Deutschland) vom 02.09.2021 – Überlegungen zur Unabhängigkeit der österreichischen Energieregulierungsbehörde E-Control, ZÖR 2022, S. 1097; *Weyer*, „Normative Regulierung“ in der Kritik des EuGH, KlimR 2022, S. 83; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Sachstand – Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur – Folgen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs, EuGH vom 2. September 2021 (C-718/18) – WD 5-3000 – 044/22, 07.04.2022.

⁵ EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland; vgl. aber auch die bereits zuvor ergangenen Entscheidungen: EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-378/19 – Präsident Slovenskej republiky; EuGH, Urt. v. 03.12.2020 – C-767/19 – Europäische Kommission/Belgien.

⁶ EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, Rn. 112.

⁷ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist.

⁸ Gesetz zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 28. Dezember 2023 (BGBl. I Nr. 405).

⁹ Siehe u. a.: *Baur/Pritzsche/Garbers*, Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 (basierend auf einem Auftragsgutachten für die RWE Energy AG, 2006; *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020,

S. 355; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007; *Säcker/Böcker*, Entgeltkontrolle als Bestandteil einer sektorübergreifenden Regulierungsdogmatik, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 69; *Säcker/Meinzenbach*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 21 EnWG; *Schütte*, in: Kment, Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2019, § 21 EnWG; *Meyer*, Die Netzentgeltssystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021; *Sösemann*, in: Assmann/Pfeiffer, BeckOK EnWG, 2. Ed., Stand: 15.07.2021, § 21 EnWG.

¹⁰ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005; *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007; *Gräper/Schoser/Stamati*, Network Regulation and third party access, in: Jones/Kettlewell, EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market, 5. Aufl. 2021, S. 19 ff.

¹¹ Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955, ABl. EU Nr. L 231 v. 20.09.2023, S. 1.

¹² Status „Close to adoption“ auf dem Online-Portal des EU-Parlaments „Legislative Train Schedule“: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/-/theme-a-european-green-deal/file-revision-of-internal-electricity-market?sid=7901>.

¹³ Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl. EU Nr. L 158 v. 14.06.2019, S. 125, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU)

4 Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor

binnenmarktverordnung (EBM-VO) im Zuge der Elektrizitätsbinnenmarktreform¹⁴.

Die Regulierung der Stromnetze als natürliche Monopole ist ein ökonomisches Konzept. Eine rechtswissenschaftliche Analyse des EU-rechtlichen Regulierungsrahmens kann deswegen nur ökonomisch informiert erfolgen.

Basierend auf entsprechender Literatur stellt diese Studie daher zuerst die ökonomischen Grundlagen dar (B). Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive wird im Anschluss dargestellt, wie der EU-Rechtsrahmen dieses Konzept implementiert (C). Dabei unterscheidet die Studie zwischen Vorgaben, die regeln, welche Gesamtkosten die Netzbetreiber durch Netzentgelte refinanzieren können (Entgeltneveauregulierung) (C.I), und Vorgaben, die bestimmen, wie diese Kosten auf die Netznutzenden verteilt werden (Entgeltstrukturregulierung) (C.II).

2024/1711 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Änderung der Richtlinien (EU) 2018/2001 und (EU) 2019/944 in Bezug auf die Verbesserung des Elektrizitätsmarktdesigns in der Union, ABl. EU Nr. L 1711 v. 26.06.2024, S. 1.

¹⁴ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den

Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EU L 158 v. 14.06.2019, S. 54, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2024/1747 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2019/942 und (EU) 2019/943 in Bezug auf die Verbesserung des Elektrizitätsmarktdesigns in der Union, ABl. EU Nr. L 1747 v. 26.06.2024, S. 1.

B. Ökonomischer Hintergrund der Netzentgeltregulierung

Das EU-Primärrecht trifft für das europäische Wirtschaftssystem die Grundentscheidung einer offenen sozialen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb¹⁵. Aus traditioneller Perspektive gewährleistet ein freier Wettbewerb allokatorenseffiziente Verteilungsmechanismen, die zu volkswirtschaftlichen Wohlfahrtssteigerungen führen¹⁶. Wenn die Verteilungsmechanismen gestört sind, besteht „Marktversagen“¹⁷. „Wohlfahrtsverluste“ durch Marktversagen können im Wege staatlicher Eingriffe vermieden werden¹⁸.

Im folgenden Abschnitt wird erläutert, dass Stromnetze als natürliche Monopole als Fall wohlfahrtsschädlichen Marktversagens (I) betrachtet werden können. Anschließend wird die ökonomische Theorie erklärt, nach der diese Wohlfahrtsverluste durch Regulierung abgewendet werden können (I).

¹⁵ Siehe insb.: Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV, Art. 119 Abs. 1 AEUV; speziell für den Kontext des Regulierungsrechts und m. w. N.: Kern, Versorgungspflichten in der Europäischen Union – Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, 2022, S. 649 ff.; Ruffert, Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des europäischen Verfassungsrechts, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 95 (126); speziell für die Netzentgeltregulierung im Stromsektor: Meyer, Die Netzentgeltssystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 154.

¹⁶ Vgl.: Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 280 (290); Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 40 ff.; Meyer, Die Netzentgeltssystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 93 ff.

¹⁷ Fechner, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020, S. 86 ff.; Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 280 (290); grundlegend: Bator, The Anatomy of Market Failure, The Quarterly Journal of Economics 1958, S. 351.

¹⁸ Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 280 (290); vgl. zum EU-Primärrecht: Ruffert, Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des europäischen Verfassungsrechts, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 95 (126); Hatje, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 801 (821); vgl. auch: Basedow, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992,

I. Stromnetze als „wohlfahrts-schädliche“ natürliche Monopole

Stromnetze werden ganz überwiegend als natürliche Monopole¹⁹ charakterisiert. Natürliche Monopole sind eine Marktform, bei der „ein Unternehmen den Markt kostengünstiger bedienen kann als mehrere Anbieter“ (Subadditivität²⁰)²¹.

Ursächlich sind sinkende Durchschnittskosten bei steigendem Output etwa aufgrund von Skalen-, Größen- oder Dichteeffekten²². Subadditivität ergibt sich bei Stromnetzen aus Durchmischungseffekten bei steigender Zahl der Nutzenden, die im

S. 14 f.; Säcker/Böcker, Entgeltkontrolle als Bestandteil einer sektorübergreifenden Regulierungsdogmatik, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 69 (73 ff.).

¹⁹ Haucap, Trennung von Netz und Betrieb bei kommunalen Versorgungsunternehmen?, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Trennung von Infrastruktur und Betrieb – Königsweg öffentlicher Aufgabenerledigung, 2008, S. 5 (13); Fechner, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020, S. 94 ff.; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 195 ff., 211 f.

²⁰ Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 21.

²¹ Vgl. auch: Viscusi/Harrington/Vernon, Economics of Regulation and Antitrust, 4. Aufl. 2004; Picot, Theorien der Regulierung und ihre Bedeutung für den Regulierungsprozess, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 9 (18); Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 280 (300).

²² Haucap/Uhde, Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, ORDO 2008, S. 237 (242); Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 21 f.; Picot, Theorien der Regulierung und ihre Bedeutung für den Regulierungsprozess, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in

Durchschnitt eine geringere Netzkapazität pro Nutzung erfordern²³.

Die aus der Subadditivität resultierende natürliche Monopolstellung wird bei Stromnetzen durch „marktspezifische Irreversibilität“ stabilisiert²⁴. Marktspezifische Irreversibilität beschreibt eine Situation, in der hohe Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren bestehen²⁵. Das Betreiben von Stromnetzen erfordert wegen der Errichtung der Leitungsinfrastruktur hohe Investitionskosten für einen Markteintritt. Aufgrund des erheblichen Investitionsrisikos resultiert daraus eine Markteintrittsbarriere für Wettbewerber²⁶. Der etablierte Netzbetreiber kann die ursprünglich getätigten Investitionen in die Leitungsinfrastruktur nach einem Marktaustritt nicht wieder verwenden – sie sind versunkene Kosten (sunk costs). Damit besteht für ihn eine Marktaustrittsbarriere²⁷.

Subadditivität und marktspezifische Irreversibilität verhindern Konkurrenz. Als Folge werden volkswirtschaftliche Wohlfahrtsverluste durch Monopolpreise (Cournot-Preise) und diskriminierende Bepreisung unterschiedlicher Abnehmer (Preisdifferenzierungen) beschrieben²⁸. Diese Effekte würden sich in den Netzentgelten unregulierter Stromnetze realisieren.

Der Zugang zu Stromnetzen ist darüber hinaus wesentlich für den Zugang zum vor- und nachgelagerten Energiemarkt. Wenn ein Energieversorgungsunternehmen keinen Zugang zu Stromnetzen hat, kann es nicht am Strommarkt teilnehmen (essential facility/monopolistisches Bottleneck)²⁹. Das natürliche Monopol könnte sich deswegen auch wettbewerbsschädlich auf die vor- und nachgelagerten Stufen des Energiemarktes zwischen Energieerzeugung und Energieverbrauch auswirken³⁰. Der monopolistische Netzbetreiber könnte etwa seine Stellung ausnutzen und den Zugang zur Elektrizitätsnetzinfrastruktur diskriminierend ausgestalten. Ein Anreiz dafür besteht insbesondere, wenn der Netzbetreiber auf den vorgelagerten Märkten auch als Energieversorgungsunternehmen auftritt³¹.

1. Regulierung der Stromnetze

Zur Verhinderung der beschriebenen Wohlfahrtsverluste (I) werden traditionell behördliche Eingriffe³² vorgeschlagen. Zur Verfügung stehen grundsätzlich zwei Instrumente: die Ex-post-Missbrauchsaufsicht und die Ex-ante-Regulierung³³. Die Ex-post-Missbrauchsaufsicht überprüft nachträglich, ob das Monopolunternehmen seine marktbeherrschende Stellung

Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 9 (18 f.).

²³ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 22.

²⁴ *Haucap/Uhde*, Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, ORDO 2008, S. 237 (243).

²⁵ *Haucap/Uhde*, Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, ORDO 2008, S. 237 (243).

²⁶ *Haucap/Uhde*, Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, ORDO 2008, S. 237 (243).

²⁷ *Haucap/Uhde*, Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, ORDO 2008, S. 237 (242); *Picot*, Theorien der Regulierung und ihre Bedeutung für den Regulierungsprozess, in: *Picot*, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 9 (19).

²⁸ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 34; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 174 ff.; *Meyer*, Die Netzentgelt-

systematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 108.

²⁹ *Knieps*, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 33, 95 ff.; *Leschke*, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, 2010, S. 280 (317, 319); vgl. auch: *Meyer*, Die Netzentgelt-systematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 154; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 195 ff., 211 ff.; *Talus*, Introduction to EU Energy Law, 2016, S. 22.

³⁰ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 34 f.; *Donges/Schmidt*, Wettbewerbsförderung auf Netzmärkten durch Regulierung, in: *Picot*, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 47.

³¹ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 195 ff., 211 ff.

³² Vgl.: *Talus*, Introduction to EU Energy Law, 2016, S. 19.

³³ *Haucap/Kruse*, Ex-Ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, WuW 2004, S. 266 (267).

missbräuchlich ausgenutzt hat³⁴. Die Ex-ante-Regulierung reguliert die Preise im Vorhinein³⁵. Der Gegenstand dieser Untersuchung – die Regulierung der Stromnetze – ist eine Form der Ex-ante-Regulierung (C).

Diese Studie unterscheidet konzeptionell zwischen zwei Regulierungsebenen:

► Entgeltneuausgleich

Übergeordnet ist die Regulierung des Gesamtaufkommens der Netzentgelte. Gebräuchlich ist hierfür der Begriff des „Entgeltneuausgleichs“³⁶. Diese Regulierungsebene wird hier als „Entgeltneuausgleich“ bezeichnet. Sie bezweckt Kosteneffizienz und die Vermeidung von Monopolpreisen.

► Entgeltstrukturregulierung

Wie sich das Entgeltneuausgleich aus den Entgelten der einzelnen Konsumierenden zusammensetzt, wird allgemein als Entgeltstruktur verstanden³⁷. In den Netzwirtschaften ergibt sich die Entgeltstruktur aus der Zusammensetzung und Ausgestaltung der jeweiligen Netznutzungstarife. Die Regulierung der Entgeltstruktur erfolgt durch Vorgaben für die Ausgestaltung der Netznutzungstarife. Sie wird hier unter dem Begriff „Entgeltstrukturregulierung“ als zweite Regulierungsebene begriffen. Die Entgeltstrukturregulierung bezweckt die Vermeidung „wohlfahrtsschädlicher“ diskriminierender Tarife.

In der Regulierungspraxis bedingen sich die Regulierungsebenen gegenseitig und weisen Wechselwirkungen auf: So ergibt sich die Bestimmung des Entgeltneuausgleichs aus den zugrunde gelegten Einzeltarifen.

Diese müssen wiederum dem festgelegten Maßstab des Entgeltneuausgleichs entsprechen. Im Allgemeinen ist eine Differenzierung der Regulierungsebenen daher nicht zwingend. Eine Unterscheidung ist in dieser Studie sinnvoll, um die diversen Regulierungsansätze, die damit verbundenen Spielräume und die jeweiligen Auswirkungen auf die Energie- und Netzwirtschaft aufzuzeigen. Sie bietet eine geeignete Struktur, die maßgeblichen EU-rechtlichen Vorgaben zu systematisieren und in der Rechtspraxis operationalisierbar zu machen³⁸. Die nun folgende technische Erläuterung der Entgeltneuausgleich (2) und der Entgeltstrukturregulierung (3) ist also strukturgebend für die sich dann anschließende rechtswissenschaftliche Systematik.

2. Entgeltneuausgleich

Die Entgeltneuausgleich ist im Grundsatz kostenbasiert³⁹. Diese Kosten ermittelt die Regulierungsstelle gemäß einem normativ festgelegten Kostenmaßstab (a) anhand bestimmter Methoden (b). Auf dieser Grundlage erfolgt durch Anwendung spezifischer Regulierungsmechanismen (c) die Entgeltneuausgleich.

a) Kostenmaßstab

Der Kostenmaßstab gibt vor, welche Kosten angemessen sind. Traditionell wird dabei zwischen Gesamtkostendeckung und effizienzorientierten Kostenmaßstäben unterschieden⁴⁰.

³⁴ *Donges/Schmidt*, Wettbewerbsförderung auf Netzmärkten durch Regulierung, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 37 (49).

³⁵ *Donges/Schmidt*, Wettbewerbsförderung auf Netzmärkten durch Regulierung, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 37 (49).

³⁶ Vgl.: *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 116; *Betzüge/Kesting*, Ökonomische Grundlagen der Regulierung von Energienetzen, in: Baur/Salje/Schmidt, Regulierung in der Energiewirtschaft – Ein Praxishandbuch, 2. Aufl. 2016, S. 55 (62).

³⁷ Vgl.: *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 78; *Betzüge/Kesting*, Ökonomische Grundlagen der Regulierung von Energienetzen, in: Baur/Salje/Schmidt, Regulierung in der Energiewirtschaft – Ein Praxishandbuch, 2. Aufl. 2016, S. 55 (62).

³⁸ Vgl. zu diesem Absatz: *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 78.

³⁹ *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130 f.

⁴⁰ *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 122 ff.

8 Das EU-Recht der Netzentgelte im Stromsektor

▶ Gesamtkostendeckung

Bei Anwendung der Gesamtkostendeckung bildet die Regulierungsstelle den Kostenmaßstab aus den tatsächlich angefallenen Kosten des Netzbetreibers (Istkosten). Eine normative Beschränkung auf bestimmte Kostenarten erfolgt nicht.

▶ Effizienzkostenmaßstäbe

Effizienzkostenmaßstäbe sind normative Vorgaben für die Regulierungsstelle, nur bestimmte effizienzorientierte Kosten einzubeziehen (Sollkosten).

b) Ermittlungsmethoden

Die Ermittlungsmethoden sind konzeptionell vom Kostenmaßstab zu trennen⁴¹.

Gleichwohl dient der Kostenmaßstab als Referenzpunkt für Ausgestaltung und Wahl der Methode – und die Methode wiederum als Anhaltspunkt für die Bestimmung des Entgeltmaßstabs⁴². Zu differenzieren ist ein „Dreiklang“⁴³ von Ermittlungsmethoden: der Kostennachweis des Unternehmens, das Vergleichsmarktverfahren sowie analytische Kostenmodelle. Die Ermittlungsmethoden können auch kombiniert werden⁴⁴.

▶ Kostennachweis des Unternehmens

Bei der Kostenprüfung identifiziert die Regulierungsstelle auf Grundlage von Unternehmensunterlagen die tatsächlichen Kosten. Die Ermittlung der Kosten erfolgt insoweit allein intern. Je nach Kostenmaßstab kann darauf aufbauend die Kosteneffizienz geprüft werden⁴⁵.

▶ Vergleichsmarktverfahren

Im Vergleichsmarktverfahren bestimmt die Regulierungsstelle die Kosten durch einen Vergleich mit den Kosten ähnlicher Unternehmen. Maßstab können sachlich, zeitlich und räumlich unterschiedliche Märkte sein⁴⁶. Hier zieht die Regulierungsstelle mithin externe Daten heran. Je nach Kostenmaßstab kann das Vergleichsmarktverfahren auf effiziente Vergleichsunternehmen beschränkt werden.

▶ Analytische Kostenmodelle

Analytische Kostenmodelle bestimmen die zu berücksichtigenden Kosten anhand „idealtypischer Berechnungsmodelle [...] auf der Basis eines Modellnetzes“⁴⁷.

c) Regulierungsmechanismen

Hinsichtlich der Regulierungsmechanismen ist zu unterscheiden zwischen der allein kostenbasierten Entgeltregulierung und der Anreizregulierung⁴⁸.

▶ Allein kostenbasierte Regulierung

Bei der allein kostenbasierten Regulierung erfolgt die Genehmigung der Preise⁴⁹ oder der Rendite⁵⁰ auf der Grundlage der ermittelten Kosten.

▶ Anreizregulierung

Bei der Anreizregulierung legt die Regulierungsstelle Höchstgrenzen für

⁴¹ Vgl.: Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 314 ff.; Kühling/el-Barudi, Das runderneuerte Energiewirtschaftsgesetz – Zentrale Probleme und erste Neuerungen, DVBl 2005, S. 1470 (1476); Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 169 f.

⁴² Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 170.

⁴³ Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 170.

⁴⁴ Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 326.

⁴⁵ Vgl.: Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 315.

⁴⁶ Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 319.

⁴⁷ Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 171.

⁴⁸ Systematisierung nach: Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130.

⁴⁹ „Cost-plus-Regulierung“, Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 215 ff.; Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 135.

⁵⁰ „Rate-of-Return-Regulierung“, Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 224 ff.; Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 81.

Produktpreise⁵¹ oder den Gesamterlös⁵² auf Basis der ausgewiesenen Kosten fest⁵³. Die Höchstgrenzen sind dynamisch und sinken im Verlauf einer mehrjährigen Regulierungsperiode⁵⁴. Der Regulierungsmechanismus setzt damit einen Anreiz für Produktivitäts- und Effizienzsteigerungen⁵⁵. Gegenüber der Anreizregulierung wird die rein kostenbasierte Entgeltregulierung als ineffizient kritisiert⁵⁶.

3. Entgeltstrukturregulierung

Idealerweise gewährleistet die Entgeltniveauregulierung, dass das Gesamtaufkommen der Preise den Kosten des Monopolunternehmens entspricht⁵⁷. Die Entgeltstrukturregulierung gibt vor, nach welchen Merkmalen diese Kosten durch Tarifgestaltung auf die einzelnen Konsumenten aufgeteilt werden⁵⁸. Wie nachfolgend ausgeführt, können mit der Entgeltstrukturregulierung neben wohlfahrtsfördernden Zielen (a)) auch andere politische Motive (b)) verfolgt werden.

a) Wohlfahrtsfördernde Entgeltstrukturregulierung

Die Entgeltstrukturregulierung wird ökonomisch mit der Vermeidung von Wohlfahrtsverlusten durch diskriminierende

Entgeltdifferenzierungen begründet⁵⁹. Wohlfahrtsverluste treten dann ein, wenn sich die Entgelte nach der Zahlungsbereitschaft, nicht aber nach den verursachten Kosten richten. Denkbar ist zudem, dass eine diskriminierende Ausgestaltung der Entgelte den Zugang zu vor- und nachgelagerten Märkten für Dritte verhindert.

Gleichwohl zielt eine wohlfahrtsfördernde Entgeltstrukturregulierung nicht darauf ab, jegliche Entgeltdifferenzierungen zu vermeiden. Denn die Entgeltstruktur ist dann allokatationseffizient, wenn sie der Kostenstruktur entspricht⁶⁰. Die Kostenstruktur eines Unternehmens beschreibt das Verhältnis verschiedener Kostenarten – etwa variabler und fixer Kosten⁶¹. Eine komplexe Kostenstruktur erfordert mithin Entgeltdifferenzierungen in der Entgeltstruktur.

Exemplarisch ist die Kostenstruktur der Stromnetzbetreiber: Bei der Nutzung des Netzes entstehen variable Kosten, die einzelnen Nutzenden individuell zugeordnet werden können⁶². Daneben bestehen Fixkosten, die unabhängig von der konkreten Nutzung des Netzes anfallen und die nicht individualisierbar sind⁶³. Diese Kostenstruktur wird durch mehrgliedrige Tarife allokatationseffizient dargestellt – etwa durch Aufteilung in Grundpreis als Reflexion der anteiligen Fixkosten und Arbeitspreis als Reflexion der variablen Kosten⁶⁴.

⁵¹ „Price-Cap-Regulierung“, *Knieps*, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 107; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130.

⁵² „Revenue-Cap-Regulierung“, *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130.

⁵³ *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130 f.

⁵⁴ *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 131.

⁵⁵ *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 132.

⁵⁶ *Averch/Johnson*, Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint, *The American Economic Review* 1962, S. 1052; *Betzüge/Kesting*, Ökonomische Grundlagen der Regulierung von Energienetzen, in: *Baur/Salje/Schmidt*, Regulierung in der Energiewirtschaft – Ein Praxishandbuch, 2. Aufl. 2016, S. 55 (62); *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich-ökonomische Analyse, 2021, S. 109.

⁵⁷ Vgl.: *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 218; *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 125.

⁵⁸ Vgl.: *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 78, der zwischen „Entgeltniveau“ und „Preisstrukturen“ unterscheidet.

⁵⁹ Vgl.: *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 178 ff.

⁶⁰ *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 125; vgl. auch: *Schittkatte/Meeus*, Introduction to network tariffs and network codes for consumers, producers, and energy communities, Juli 2018, [Technical_Report_Schittkatte_Meeusdf_2018.pdf \(eui.eu\)](#), S. 7 ff.

⁶¹ *Eckert*, Strategieorientiertes Kostenmanagement in Unternehmensnetzwerken – Eine empirische Untersuchung der kooperationsbedingten Kosten, 2009, S. 58.

⁶² Vgl.: *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 129 f.

⁶³ Vgl.: *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 129 f.

⁶⁴ Vgl.: *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 129 f.

Charakteristisch für die Kostenstruktur von Stromnetzbetreibern sind zusätzlich Kapazitätskosten⁶⁵. Aufgrund volatiler Netznutzung müssen Stromnetze Kapazitäten vorhalten, die nur in Spitzenlastzeiten genutzt werden. Auch verursacht die individuelle Netznutzung in Phasen geringerer Netzauslastung weniger hohe Kosten als in Phasen hoher Netzauslastung. Diese Kostenstruktur würden zeitlich differenzierende Tarife abbilden. Zusätzlich entsteht so ein Anreiz, das Netz in Niedriglastzeiten zu nutzen und damit Netzkosten zu sparen.

b) Weitere Motive der Entgeltstrukturregulierung

Aus traditioneller Perspektive sind die wohlfahrtsfördernden Motive zentral für die Entgeltstrukturregulierung. Jenseits dieser Perspektive sind aber auch andere Motive denkbar, die innerhalb der Entgeltstrukturregulierung verfolgt werden können⁶⁶. Beispielfähig wäre eine sozial- und klimapolitisch orientierte Entgeltstrukturregulierung in Gebieten mit einer vorwiegend dezentralen Einspeisung erneuerbarer Energien. Ihre Volatilität erzeugt hohe Netznutzungskosten, die eine allokatineffiziente Entgeltstruktur in den Netzentgelten reflektieren würde.

⁶⁵ Vgl. zum ganzen Absatz: Meyer, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 134 ff.

⁶⁶ Vgl.: Möschel, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, S. 885 (891 f.); Meyer, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische

Analyse, 2021, S. 148 f.; kritisch: Knieps, Wettbewerbsökonomie – Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008, S. 203; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl. 2018, S. 225, 229.

C. Rechtswissenschaftliche Systematik des EU-Rechts der Netzentgeltregulierung

Dieser Abschnitt enthält die Systematik der EU-rechtlichen Vorgaben. Dabei wird an zahlreichen Stellen deutlich, wie das EU-Recht das vorstehend unter B skizzierte ökonomische Konzept der Regulierung natürlicher Monopole implementiert.

Das EU-Recht der Stromnetzentgeltregulierung ist vielschichtig. Historisch gewachsen finden sich normative Vorgaben in verschiedenen Sekundärrechtsakten: Art. 59 Abs. 1 lit. a) und Abs. 7 lit. a) EBM-RL beauftragen die nationalen Regulierungsbehörden mit einer Ex-ante-Netzentgeltregulierung. Dabei sind die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 57 Abs. 4 lit. b) ii) EBM-RL grundsätzlich unabhängig von mitgliedstaatlicher Politik und Gesetzgebung (A).

Ob sich die nationalen Regulierungsbehörden für eine Einzeltarifregulierung⁶⁷, Methodenregulierung⁶⁸ oder für eine Kombination der Modelle⁶⁹ entscheiden, steht in ihrem Ermessen (Art. 59 Abs. 1 lit. a), Abs. 7 lit. a) EBM-RL⁷⁰). Auch den nationalen Regulierungsbehörden überlassen ist die Entscheidung, ob sie die Netzentgelte oder Methoden selbst entwickeln oder Vorschläge der Netzbetreiber lediglich genehmigen⁷¹.

Kern des materiellen Rechtsrahmens der Netzentgeltregulierung ist Art. 18 EBM-VO⁷². Dort finden sich ausdifferenzierte materielle Vorgaben der Netzentgeltregulierung. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EBM-VO enthält zusätzlich einen Verweis auf weitere materielle Vorgaben in Art. 27 und Anhang XIII der EnEff-RL.

Ein kohärenter Rechtsrahmen ergibt sich aus diesen Vorschriften nicht ohne Weiteres und muss durch Auslegung bestimmt werden. Eine Systematik wird sichtbar,

wenn zur Auslegung schablonenartig die in B.1.1 nachgezeichnete Differenzierung zwischen Entgeltniveau- und Entgeltstrukturregulierung angelegt wird.

Exemplarisch dafür ist die Bestimmung des Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EBM-VO: Die Vorschrift bestimmt, dass Netztarife

- ▶ sowohl „kostenorientiert“ sein müssen
- ▶ als auch „die tatsächlichen Kosten insofern zum Ausdruck bringen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen“.

Zunächst scheinen die beiden Vorgaben redundant. Dieser Eindruck löst sich auf, wenn die erste Bestimmung (kostenorientiert) der Entgeltstrukturregulierung und die zweite Bestimmung (vergleichbarer Netzbetreiber) der Entgeltniveauregulierung zugeordnet wird. Wie bereits erläutert, bedarf die Entgeltniveauregulierung eines Maßstabs. Diesen Maßstab gibt das EU-Recht in Gestalt des „effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers“ vor. Einen solchen Maßstab stellt die Vorgabe „kostenorientiert“ nicht auf. Allerdings kommt ihr eine zentrale Bedeutung im Rahmen der Entgeltstrukturregulierung zu (C.II.1.b)aa)). Diesem Argumentationschema folgend gliedert sich die rechtliche Analyse schwerpunktmäßig in zwei Abschnitte: Zunächst werden die relevanten Vorgaben der Entgeltniveauregulierung erläutert. Darauf folgt das Recht der Entgeltstrukturregulierung.

Innerhalb dieses Rahmens trifft die nationale Regulierungsbehörde Regulierungsentscheidungen ohne weitere normative Vorprägung. Die rechtliche Analyse schließt

⁶⁷ Normwortlaut: „Übertragungs- und Verteilungstarife“.

⁶⁸ Normwortlaut: „entsprechenden Methoden“.

⁶⁹ Normwortlaut: „oder beides“.

⁷⁰ Schellberg, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 10 ff.

⁷¹ Das gilt nach Art. 59 Abs. 7 S. 1 EBM-RL vorbehaltlich der Zuständigkeit der Agentur für die Zusammenarbeit

der Energieregulierungsbehörden (ACER) für die Festlegung und Genehmigung der Bedingungen oder Methoden für die Durchführung von Netzkodizes und Leitlinien.

⁷² Vgl. in diesem Zusammenhang auch: Art. 60 Abs. 1 S. 1 EBM-RL.

deshalb mit einer Skizzierung des Ermessens der nationalen Regulierungsbehörden.

I. Entgeltneuausgleich

Wie vorstehend ausgeführt, dient die Entgeltneuausgleich der Ex-ante-Regulierung des Gesamtaufkommens der Netzentgelte (B.I.2). Die folgende Darstellung entspricht der oben skizzierten dreigliedrigen ökonomischen Konzeption der Entgeltneuausgleich. Dazu werden zuerst die Vorgaben für den Kostenmaßstab (1), dann für die Ermittlungsmethode (2) und schließlich für den Regulierungsmechanismus (3) erläutert.

1. Dynamischer objektiver Effizienzkostenmaßstab

Die EU-rechtlichen Vorgaben zum Kostenmaßstab erlauben eine Darstellung in zwei Schritten: Zuerst wird ein dynamischer objektiver Effizienzkostenmaßstab identifiziert. Dem stehen weitere Vorgaben konkretisierend und korrigierend gegenüber. Ihre Darstellung folgt anschließend.

Grundsatz ist ein dynamischer objektiver Effizienzkostenmaßstab⁷³: Nach Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EBM-VO müssen die Netzentgelte

„die tatsächlichen Kosten insofern zum Ausdruck bringen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen [...]“.

Die Bezugnahme auf einen vergleichbaren Netzbetreiber legt einen objektiven Kostenmaßstab fest⁷⁴. Dynamisch ist der

Kostenmaßstab durch die vorgegebene strukturelle Vergleichbarkeit: Das bedeutet, je nach Struktur des Netzbetreibers muss die nationale Regulierungsbehörde verschiedene Charakteristika berücksichtigen. Umfasst sind Faktoren wie das Alter der Netzinfrastuktur⁷⁵, Größenunterschiede⁷⁶, das strukturelle Einspeise- und Entnahmeverhalten, Spannungsunterschiede sowie Unterschiede zwischen Regional- und Flächenversorgern⁷⁷. Die Normierung eines „effizienten“ Netzbetreibers schließt einen Gesamtkostendeckungsmaßstab aus und bestimmt einen „Effizienzkostenmaßstab“.

Auf diesen dynamischen objektiven Effizienzkostenmaßstab wirken verschiedene Vorschriften ein. Sie werden nachfolgend skizziert. Die Elektrizitätsbinnenmarktreform hat die Bedeutung und Reichweite dieser Vorschriften ausgeweitet. Zuvor bestimmte Art. 18 Abs. 2 EBM-VO überwiegend Anreizsetzungen. Jetzt bestimmt die Norm sehr viel weitergehende Korrekturen des Kostenmaßstabs.

a) Subjektiver Effizienzkostenmaßstab für Fixkosten

Die Objektivität des Kostenmaßstabs korrigiert Art. 18 Abs. 2 lit. a) EBM-VO. Danach müssen die „Tarifmethoden“ die Fixkosten der Netzbetreiber „widerspiegeln“. Hier referenziert das Recht also nicht auf einen strukturell vergleichbaren und effizienten Netzbetreiber, sondern es stellt auf die tatsächlichen Fixkosten des jeweiligen Netzbetreibers ab. Die Kostenermittlung erfolgt insoweit intern. Für den Bereich der Fixkosten gilt demnach ein subjektiver Maßstab. Aber auch dieser ist effizienzkostenorientiert, wie sich aus den weiteren Vorgaben des Art. 18 Abs. 2 und Abs. 8 EBM-VO ergibt.

⁷³ Vgl. zum Begriff „Effizienzkostenmaßstab“: *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 130 f.

⁷⁴ *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 101; a. A.: *Gräper/Schoser/Stamati*, Network Regulation and third party access, in: *Jones/Kettlewell*, EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market, 5. Aufl. 2021, S. 19 (69) Rn. 3.135, die das Merkmal als Ausformung des Nichtdiskriminierungsgebots verstehen.

⁷⁵ Vgl.: Commission Staff Working Document on tariffs for access to the natural gas transmission networks

regulated under Article 3 of Regulation 1775/2005 vom 20. April 2004 SEC(2007) 535, Rn. 11, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2007\)535&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2007)535&lang=en).

⁷⁶ Vgl.: *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013, S. 206; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2004, S. 319.

⁷⁷ *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 101 f.

b) Effizienzanreize

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. a) und Abs. 8 EBM-VO muss die Netzentgeltneueuregulierung angemessene Anreize für die Netzbetreiber schaffen, Effizienz, einschließlich Energieeffizienz, zu steigern. Energieeffizienz ist „das Verhältnis zwischen dem Ertrag an Leistung, Dienstleistungen, Waren oder Energie und dem Energieeinsatz“ (Art. 2 Nr. 8 EnEff-RL). Sollte die Steigerung von Energieeffizienz Kosten für die Netzbetreiber verursachen, wären diese Kosten vom Kostenmaßstab des Entgeltneueaus umfasst.

c) Förderung der Versorgungssicherheit

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. b) EBM-VO müssen die nationalen Regulierungsbehörden mit der Netzentgeltneueuregulierung die Versorgungssicherheit fördern. Die Versorgungssicherheit hat großes Gewicht in der Netzentgeltneueuregulierung. Deutlich wird das zudem in Art. 59 Abs. 7 lit. a) Hs. 2 EBM-RL⁷⁸. Danach ist die Netzentgeltneueuregulierung in einer Weise vorzunehmen, „dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist“⁷⁹. Das entspricht der Aufgabe der Verteilernetzbetreiber nach Art. 31 Abs. 1 EBM-RL, ein sicheres und zuverlässiges Netz zu betreiben, zu warten und auszubauen. Umfasst sind dabei auch Kosten für den Einkauf von Flexibilitäten oder anderen Systemdienstleistungen, die zum Betrieb des Netzes erforderlich sind⁸⁰.

Wenn aufgrund eines zu engen Effizienzkostenmaßstabs nicht genügend

Einnahmen vorhanden sind, um die Instandhaltungsmaßnahmen zu finanzieren, ist die Versorgungssicherheit gefährdet. Gleiches gilt bei unterbleibendem Ausbau der Netzkapazitäten trotz steigender Nutzung⁸¹. Die Versorgungssicherheit ist insoweit eine Untergrenze für die Festlegung des Entgeltneueaus⁸².

d) Förderung der Marktintegration

Die nationalen Regulierungsbehörden müssen nach Art. 18 Abs. 2 lit. b) EBM-VO die Marktintegration fördern. Marktintegration bedeutet allgemein die Herstellung eines einheitlichen Marktes⁸³. Die energie-wirtschaftliche Fachliteratur verwendet den Begriff regelmäßig in Bezug auf die Marktintegration erneuerbarer Energien⁸⁴. Die Marktintegration erneuerbarer Energien wird jedoch in Art. 18 Abs. 2 lit. b) EBM-VO gesondert aufgeführt. In Abgrenzung dazu ist Marktintegration die Herstellung eines einheitlichen Energiemarktes durch Zusammenführung der Energiemärkte der EU-Mitgliedstaaten⁸⁵. Bei der Festlegung des Entgeltneueaus muss die nationale Regulierungsbehörde Kosten der Netzbetreiber berücksichtigen, die durch diese Art der Marktintegration entstehen.

e) Förderung der Integration erneuerbarer Energien

Auch Kosten für die Integration erneuerbarer Energien sind nach der Elektrizitätsbinnenmarktreform nun ausdrücklich Teil des

⁷⁸ Vgl. aber auch: Art. 1 UAbs. 2 f. EBM-RL, Art. 58 lit. a), d) EBM-RL.

⁷⁹ Herrmann führt den Stellenwert der Regelung u. a. auf die kalifornische Stromkrise 2003 zurück: Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 162 ff.

⁸⁰ Das stellt weiter die Formulierung „der Notwendigkeit der Flexibilität Rechnung tragen“ des Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EBM-VO klar.

⁸¹ Zum Ganzen: Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 162 ff.; Schellberg, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 21; Kaiser, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 102 f.; Gräper/Schoser/Stamati, Network Regulation and third party access, in: Jones/Kettlewell, EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market, 5. Aufl. 2021, S. 19 (69 ff.) Rn. 3.136 ff.

⁸² Vgl.: Theobald/Hummel, Entgeltneueuregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, ZNER 2003, S. 176 (177); Theobald/Hummel, Entgeltneueuregulierung in Netzwirtschaften, N&R 2004, S. 2 (6); Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 162; Schellberg, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 21.

⁸³ Ausführlich zum Begriff: Lamott, Marktintegration erneuerbarer Energien am Beispiel der Direktvermarktungsregelung des EEG 2012 wie auch des EEG 2014, 2015, S. 149 f.

⁸⁴ Haucap/Klein/Kühling, Die Marktintegration der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien – Eine ökonomische und juristische Analyse, 2013; Lamott, Marktintegration erneuerbarer Energien am Beispiel der Direktvermarktungsregelung des EEG 2012 wie auch des EEG 2014, 2015.

⁸⁵ Vgl.: Erwägungsgründe 8, 14, 32, 52, 72 EBM-VO, Art. 1 lit. b) EBM-VO, Art. 32 Abs. 1 UAbs. 3 EBM-VO, Art. 59 Abs. 4 S. 2, Abs. 7, Abs. 11 EBM-VO.

Kostenmaßstabs (Art. 18 Abs. 2 lit. b) EBM-VO). Erneuerbare Energien sind nach Art. 2 Nr. 31 EBM-RL i. V. m. Art. 2 Nr. 1 Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU⁸⁶ „Energie aus erneuerbaren, nichtfossilen Energiequellen, das heißt Wind, Sonne (Solarthermie und Photovoltaik) und geothermische Energie, Salzgradient-Energie, Umgebungsenergie, Gezeiten-, Wellen- und sonstige Meeresenergie, Wasserkraft, Energie aus Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Biogas“. Welche Konsequenzen das auf den Kostenmaßstab hat, ist unklar. Denn die notwendigen Netzausbaukosten wären ohnehin vom Kostenmaßstab umfasst. Denkbar ist, dass der Kostenmaßstab nun auch Kosten für einen Netzausbau umfasst, die zwar energiewendeförderlich, aber nicht für die Versorgungssicherheit erforderlich sind. Eine solche Interpretation könnte allerdings zu einer geringeren Kosteneffizienz führen.

f) Unterstützung der Nutzung von Flexibilitätsleistungen

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. c) EBM-VO muss die Netzentgeltregulierung die Nutzung von Flexibilitätsleistungen unterstützen.

Der Begriff „Flexibilitätsleistungen“ (flexibility services) ist im EU-Recht nicht definiert. Der Regelungskontext nennt als Ausprägungen von „Flexibilitätsleistungen“: „Laststeuerung“ und „Energiespeicherung“⁸⁷, einmal aber auch „Engpassmanagement“⁸⁸. Unklar ist das Verhältnis dieser Vorgabe zu Art. 18 Abs. 2 lit. e) EBM-VO. Denn auch diese Vorschrift verpflichtet die nationale Regulierungsbehörde, Energiespeicherung und „Laststeuerung“ zu unterstützen.

Laststeuerung ist definiert als: „eine Abweichung der Endkunden-Elektrizitätslast von

ihren üblichen oder aktuellen Stromverbrauchsmustern als Reaktion auf Marktsignale, etwa zeitabhängige Strompreise oder Anreizzahlungen, oder als Reaktion auf das angenommene Angebot eines Endkunden, eine Nachfrageverringering oder -erhöhung zu einem bestimmten Preis auf einem organisierten Elektrizitätsmarkt [...] zu verkaufen, allein oder durch [Aggregation]“⁸⁹ (Art. 2 Nr. 20 EBM-RL).

Energiespeicherung ist definiert als: „die Verschiebung der endgültigen Nutzung elektrischer Energie auf einen späteren Zeitpunkt als den ihrer Erzeugung oder die Umwandlung elektrischer Energie in eine speicherbare Energieform, die Speicherung solcher Energie und ihre anschließende Rückumwandlung in elektrische Energie oder Nutzung als ein anderer Energieträger“ (Art. 2 Nr. 59 EBM-RL).

Engpassmanagement im Elektrizitätsbereich ist im EU-Recht nicht definiert⁹⁰. Vergleichsweise wird hier die Definition für Engpassmanagement aus Verordnung (EG) Nr. 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen⁹¹ herangezogen: Nach deren Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 ist Engpassmanagement „das Management des Kapazitätsportfolios des Fernleitungsnetzbetreibers zur optimalen und maximalen Nutzung der technischen Kapazität und zur rechtzeitigen Feststellung künftiger Engpass- und Sättigungsstellen“.

Aus den genannten Begriffen wird für diese Studie folgendes Begriffsverständnis abstrahiert: Flexibilitätsleistungen sind alle Maßnahmen der Netzbetreiber oder Netznutzenden, die durch eine Anpassung ihres Netznutzungsverhaltens zusätzliche Netzkapazität schaffen.

⁸⁶ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU Nr. L 328 v. 21.12.2018, S. 82, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABl. EU 2023/2413 v. 31.10.2023, S. 1.

⁸⁷ Erwägungsgründe 18, 23 EBM-VO.

⁸⁸ Art. 32 Nr. 1 EBM-RL.

⁸⁹ Der Begriff „Aggregation“ fehlt in der deutschen Sprachfassung. Das ist Redaktionsversehen, wie aus den anderen Sprachfassungen hervorgeht.

⁹⁰ Vgl. aber: Verordnung (EU) 2015/1222 der Kommission vom 24. Juli 2015 zur Festlegung einer Leitlinie für die Kapazitätsvergabe und das Engpassmanagement, ABl. EU Nr. L 197 v. 25.07.2015.

⁹¹ Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. EU Nr. L 211 v. 14.08.2009, S. 36, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2022/1032 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2022 zur Änderung der Verordnungen (EU) 2017/1938 und (EG) Nr. 715/2009 im Hinblick auf die Gasspeicherung, ABl. EU Nr. L 173 v. 30.06.2022, S. 17.

Kosten, die Netzbetreibern entstehen, um solche Flexibilitätsleistungen zu implementieren, sind vom Kostenmaßstab umfasst. Art. 18 Abs. 2 lit. e) EBM-VO stellt zudem klar, dass jedenfalls die mit Energiespeicherung und Laststeuerung verbundenen Forschungstätigkeiten vom Kostenmaßstab umfasst sind. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass mit anderen Flexibilitätsleistungen verbundene Forschungstätigkeiten nicht umfasst sind. Damit eine effektive Anwendung dieser Vorgabe gewährleistet wird, sollte der EU-Gesetzgeber die Bedeutung von „Flexibilitätsleistungen“ klarer definieren.

g) Flexible Netzanschlussverträge

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. c) EBM-VO müssen die nationalen Regulierungsbehörden die Nutzung flexibler Anschlüsse ermöglichen. Diese Vorschrift wurde wie das entsprechende Instrument „flexible Netzanschlussverträge“ durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform eingeführt.

Flexible Netzanschlussverträge sind definiert als: „eine Reihe von vereinbarten Bedingungen für den Anschluss elektrischer Kapazitäten an das Netz, dies schließt Bedingungen ein, die der Begrenzung und Kontrolle der Einspeisung von Elektrizität in das Übertragungs- oder Verteilernetz und der Entnahme von Elektrizität aus diesen Netzen dienen“ (Art. 2 Nr. 24c EBM-RL).

Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten werden durch Art. 6a EBM-RL verpflichtet, einen Rechtsrahmen für „flexible Netzanschlussverträge“ zu schaffen. Der Anwendungsbereich „flexibler Netzanschlussverträge“ ist auf Bereiche beschränkt, in denen keine oder limitierte Netzkapazität für Neuanschlüsse besteht. Kosten, die Netzbetreibern entstehen, um „flexible Netzanschlussverträge“ abzuschließen und zu operationalisieren, sind vom Kostenmaßstab der Entgeltneuaufregulierung umfasst.

h) Effiziente und zeitnahe Investitionen

Aufgrund von Art. 18 Abs. 2 lit. d) EBM-VO muss die Netzentgeltregulierung effiziente und zeitnahe Investitionen fördern, einschließlich Lösungen zur Optimierung des bestehenden Netzes. Bereits aus der Festlegung auf einen effizienzorientierten Kostenmaßstab ergibt sich, dass der Effizienz dienende Investitionen vom Kostenmaßstab umfasst sein müssen. Gleiches gilt für die Optimierung des bestehenden Netzes. Unklar ist, wie die Netzentgeltregulierung zeitnahe Investitionen fördern kann. Dieses Merkmal wurde mit der Elektrizitätsbinnenmarktreform eingeführt. Vermutlich wollte der EU-Gesetzgeber damit die Dringlichkeit kommunizieren, durch Investitionen die Energienetzwirtschaft zu transformieren. Dafür müsste die Vorschrift sicherstellen, dass Investitionskosten frühzeitig anerkannt werden. Dadurch würden die Planungssicherheit sowie Finanzierungsmöglichkeiten für Investitionen gewährleistet. Sollten aufgrund zeitnaher Investitionen Kosten entstehen, die bei längerfristig geplanten Investitionen nicht anfallen würden, müssten also diese Kosten vom Kostenmaßstab der Netzentgeltneuaufregulierung umfasst sein.

i) Umwelt- und Klimaschutz

Die Netzentgeltregulierung muss nach Art. 18 Abs. 2 lit. f) EBM-VO zur Verwirklichung der in den nationalen Energie- und Klimaplänen festgelegten Ziele beitragen, die Umweltauswirkungen verringern und die öffentliche Akzeptanz fördern. Auch dieses Merkmal wurde neu durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform eingeführt.

Nach der Governance-Verordnung (Governance-VO)⁹² sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission nationale Energie- und Klimapläne zu übermitteln. In Art. 4 Governance-VO konkretisieren sie Ziele und Maßnahmen bezüglich:

⁹² Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, ABl. EU L 328 v. 21.12.2018, S. 12, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023

zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABl. EU 2023/2413 v. 31.10.2023, S. 1.

- Dekarbonisierung
- Energieeffizienz
- Sicherheit der Energieversorgung
- Energiebinnenmarkt
- Forschung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit

Auch insoweit entstehende Kosten müssen in den Kostenmaßstab aufgenommen werden. Bemerkenswert ist, dass der EU-Gesetzgeber die nationalen Regulierungsbehörden nicht allgemein zum Umwelt- und Klimaschutz auffordert, sondern sie ausdrücklich verpflichtet, zu den Zielen der nationalen Energie- und Klimapläne beizutragen. Damit gewinnen die Mitgliedstaaten indirekt Einfluss auf die Netzentgeltregulierung. Denkbar ist, dass die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Energie- und Klimaplänen Maßnahmen und Ziele festschreiben, die unmittelbar die Netzentgeltregulierung betreffen. Zu diesen Zielen und Maßnahmen müssten dann die nationalen Regulierungsbehörden durch ihre Regulierungsvorgaben beitragen. Damit wird die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden teilweise beschränkt. Wegen des beschränkten Spielraums der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der nationalen Energie- und Klimapläne ist ihr neu gewonnener Einfluss allerdings gering.

j) Innovationen im Interesse der Verbraucher

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. f) EBM-VO sind auch Innovationen im Interesse der Verbraucher⁹³ vom Kostenmaßstab umfasst. Das betrifft unter anderem die Bereiche Digitalisierung, Flexibilitätsdienste und Verbindungsleitungen. Die Neufassung von Art. 18 Abs. 2 lit. f) EBM-VO weist in diesem Zusammenhang erneut auf die Governance-VO und dort auf das Minimalziel der

Verbundfähigkeit der Netze hin (Art. 4 lit. d) Nr. 1 Governance-VO).

k) Spezifische Regelungen für Übertragungsnetzbetreiber

Bei der Entgeltneuausgleichung von Übertragungsnetzbetreibern muss die nationale Regulierungsbehörde Zahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus berücksichtigen (Art. 18 Abs. 4 EBM-VO)⁹⁴: Nach Art. 49 Abs. 1 EBM-VO erhalten Übertragungsnetzbetreiber einen Ausgleich für die Kosten, die durch grenzüberschreitende Stromflüsse über ihr Netz entstehen. Den Ausgleich leisten gemäß Art. 49 Abs. 2 EBM-VO die Übertragungsnetzbetreiber, aus deren Netze die grenzüberschreitenden Stromflüsse stammen und enden. Art. 18 Abs. 4 lit. b) EBM-VO konkretisiert, dass sowohl die tatsächlich geleisteten und eingegangenen Zahlungen als auch geschätzte Zahlungen für zukünftige Zeiträume umfasst sind. Die Kosten für die Durchleitung sind folglich in der Entgeltneuausgleichung nicht als Kostenfaktor zu berücksichtigen. Sie werden durch den Ausgleichsmechanismus erstattet.

l) Kosten anderer politischer Ziele

Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EBM-VO bestimmt, dass

die „Entgelte keine damit nicht zusammenhängenden Kosten zur Unterstützung damit nicht zusammenhängender politischer Ziele umfassen“ dürfen.

Diese Bestimmung fungiert als Begrenzung des Kostenmaßstabs. Nur Kosten für die oben aufgeführten EU-rechtlichen Ziele dürfen in das Entgeltniveau einfließen. Diese Dimension der Bestimmung hat allein klarstellenden Charakter⁹⁵. Dass solche Kosten nicht berücksichtigt werden dürfen, ergibt sich schon allein aus dem Grundsatz

⁹³ Der Begriff „Verbraucher“ ist im europäischen Energierecht nicht definiert. In anderen Rechtsakten wird er verstanden als „natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, oder beruflichen Tätigkeit liegen“, siehe: *Valant*, EPRS, Verbraucherschutz in der EU – Übersicht über die Politik, PE 565.904, September 2015, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS_IDA\(2015\)565904_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS_IDA(2015)565904_DE.pdf), S. 4.

⁹⁴ Vgl.: *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen

Energiebinnenmarkt, 2007, S. 103; *Pritzsche/Reimers*, in: Säger, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2018, Art. 14 StromHVO Rn. 10.

⁹⁵ Denkbar ist insbesondere vor dem Hintergrund der Gesetzgebungshistorie, dass die Norm eine weitergehende Regelungswirkung bzgl. Steuern und Abgaben der Mitgliedstaaten beinhaltet. Da das aber keine Auswirkung auf den Regulierungsrahmen für die nationale Regulierungsbehörde hat, wird dieser Punkt an dieser Stelle nicht näher erläutert.

des Effizienzkostenmaßstabs. Die Bestimmung unterstreicht damit die Charakterisierung der nationalen Regulierungsbehörde als allein technisch-fachlich⁹⁶ – also nicht politisch – agierende Institution.

2. Ermittlungsmethode

Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 EBM-VO referenziert einen effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreiber. Damit gibt die Norm für die Kostenermittlung die Vergleichsmarktmethode vor⁹⁷. Diese Ermittlungsmethode wird kombiniert mit den Kostennachweisen des Unternehmens bei der Feststellung der Fixkosten (vgl. zu den verschiedenen Ermittlungsmethoden: [B.I.2.b](#))).

3. Regulierungsmechanismus

Das EU-Recht schreibt keinen bestimmten Typ eines Regulierungsmechanismus vor. Gleichwohl bestimmt das Recht einzelne Charakteristika: Art. 18 Abs. 2 lit. a) EBM-VO bestimmt, dass der Regulierungsmechanismus kurzfristig als auch langfristig Anreize setzen muss, die Effizienz zu steigern. Davon umfasst sind Kapitalkosten, Betriebskosten, Vorabinvestitionen und nach Art. 18 Abs. 8 S. 2 EBM-VO antizipatorische Investitionen. Letzteres wurde durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform klargestellt. Nach Art. 18 Abs. 8 S. 2 EBM-VO führen die nationalen Regulierungsbehörden „gegebenenfalls“ Leistungsziele für die Netzbetreiber ein, um Effizienzsteigerungen zu bewirken. Die englische Sprachfassung nutzt statt „gegebenenfalls“ die Bezeichnung „where appropriate“. Das deutet darauf hin, dass das Einführen von Leistungszielen unter dem Vorbehalt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung steht. Welche Aspekte die Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst, ist jedoch unklar. Vor der Elektrizitätsbinnenmarktreform war die Einführung von Leistungszielen auf Verteilernetzbetreiber beschränkt –

nun ist sie auch für Übertragungsnetzbetreiber anwendbar.

Demnach ist eine Anreizregulierung naheliegend und jedenfalls EU-rechtskonform. Das wäre aber auch jeder andere Regulierungsmechanismus, wenn er die genannten Effizienzvorgaben erfüllt⁹⁸.

4. Zwischenergebnis

Das Entgeltniveau richtet sich nach einem dynamischen objektiven Effizienzkostenmaßstab und ist mittels Vergleichsmarktmethode zu ermitteln. Das EU-Recht verlangt bestimmte Kostenfaktoren zu berücksichtigen. Damit erweitert es den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden. Dieses Ermessen ist nicht unbeschränkt, wie Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EBM-VO klarstellt: Kosten, die nicht mit den aufgeführten Kosten zusammenhängen, dürfen für die Entgelte nicht berücksichtigt werden. Die Ausgestaltung des Regulierungsmechanismus bleibt den nationalen Regulierungsbehörden vorbehalten, solange Anreize zu Effizienzsteigerung implementiert werden.

Durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform wurden insbesondere Änderungen im Kostenmaßstab vorgenommen. Neben den Kosten für erneuerbare Energien, Umwelt- und Klimaschutz, der Berücksichtigung der nationalen Energie- und Klimapläne müssen Investitionen nun auch „zeitnah“ möglich sein. Entsprechend wurde für den Regulierungsmechanismus klargestellt, dass antizipatorische Investitionen berücksichtigt werden. Nunmehr müssen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit auch Leistungsziele für Übertragungsnetzbetreiber eingeführt werden.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 02.09.2021 – C-718/18 – Europäische Kommission/Deutschland, Rn. 132.

⁹⁷ Vgl.: *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 101 f.; *Säcker/Böcker*, Entgeltkontrolle als Bestandteil einer sektorübergreifen-

den Regulierungsdogmatik, in: Picot, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland – Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung, 2008, S. 69 (91).

⁹⁸ Vgl.: *Baur/Pritzsche/Garbers*, Anreizregulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 (basierend auf einem Auftragsgutachten für die RWE Energy AG), 2006, S. 70.

II. Entgeltstrukturregulierung

Wie bereits erläutert, regelt die Entgeltstrukturregulierung, wie die Netzentgelte auf die einzelnen Netznutzenden aufzuteilen sind (B.I.3). Die EU-rechtlichen Vorgaben der Entgeltstrukturregulierung lassen sich in drei Bereiche gliedern: Diskriminierungsverbot, Effizienz und Transparenz. Ihr Kern ist das Diskriminierungsverbot⁹⁹. Das korrespondiert mit dem ökonomischen Zweck der Entgeltstrukturregulierung, Wohlfahrtsverluste durch diskriminierende Entgelte zu vermeiden (B.I.3.a)).

Wie ausgeführt, ermöglicht die Entgeltstrukturregulierung aber auch, andere als wohlfahrtsökonomisch determinierte Ziele zu verfolgen (B.I.3.b)). Dieses Potenzial hat der EU-Gesetzgeber genutzt und Vorgaben gemacht, die über den wohlfahrtsfördernden Zweck hinausgehen. Im Kontext des Diskriminierungsverbots sind diese Vorgaben je nach Regelungsgehalt als Beschränkungen oder Konkretisierungen des Diskriminierungsverbots einzuordnen¹⁰⁰. Dieser Regelungskomplex wird im Folgenden zuerst dargestellt (1). Im Anschluss an das Diskriminierungsverbot werden Effizienzvorgaben der Entgeltstrukturregulierung erläutert (2). Ihnen kommt auch außerhalb des Diskriminierungsverbots weitergehende Wirkung zu. Neben diesen Regelungsbereichen verpflichtet das EU-Recht die nationalen Regulierungsbehörden zu einer transparenten Netzentgeltregulierung. Dieser Aspekt wird als Letztes ausgeführt (3).

1. Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot ist an verschiedenen Stellen allgemein normiert¹⁰¹ und anderweitig konkretisiert¹⁰². Aus den allgemeinen Vorgaben, wie etwa Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 EBM-VO, lässt sich als Grundsatz destillieren: Die Diskriminierung von Netznutzenden mittels Netzentgelten ist verboten. Darüber hinaus ist das Diskriminierungsverbot aufgrund der inkohärenten Regelungstechnik und einer inkonsequenten Begriffsverwendung nicht selbsterklärend.

Der EuGH beschäftigte sich zuletzt in dem Urteil *Essent Belgium II*¹⁰³ mit dem Diskriminierungsverbot des EU-Rechts im Kontext der Netzentgeltregulierung. Darin behandelte der EuGH unter anderem die Frage, ob die kostenlose Verteilung von „Grünstrom“ einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellt. Die Entscheidung erging zur ersten Fassung der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie von 1996¹⁰⁴, die in weiten Teilen noch ein anderes System der Netzentgeltregulierung¹⁰⁵ vorsah. Deshalb kann die Entscheidung nur beschränkt zur Auslegung herangezogen werden.

Ergänzend greift diese Studie auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zurück¹⁰⁶. Das Diskriminierungsverbot der Netzentgeltregulierung ist als dessen Sonderfall zu begreifen¹⁰⁷. Als Auslegungshilfe dient dieser Studie auch das Diskriminierungsverbot der Missbrauchskontrolle im europäischen Wettbewerbsrecht (vgl.: Art. 102 Abs. 2 lit. c)

⁹⁹ Vgl.: *Schmidt-Preuß*, Europarechtliche Grundlagen der Energiepolitik, in: Sacker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, S. 32 (74) Rn. 91, der das Diskriminierungsverbot als „kategorischen Imperativ der Zugangsregulierung“ bezeichnet; für eine historische Entwicklung des Diskriminierungsverbots: *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 43 ff.

¹⁰⁰ Vgl.: *Kern*, Versorgungspflichten in der Europäischen Union – Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, 2022, S. 661 ff.; *Gräper/Scho-ser/Stamati*, Network Regulation and third party access, in: Jones/Kettlewell, EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market, 5. Aufl. 2021, S. 19 (65) Rn. 3.123; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 17; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 200 ff.

¹⁰¹ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 EBM-VO: „unterschiedslos“; Erwägungsgrund 26 EBM-VO: „diskriminierungsfreie Ent-

gelte“; Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 Hs. 1 EBM-VO: „neutral“; Art. 3 Abs. 4 EBM-RL, Art. 6 Abs. 1 S. 1 EBM-RL; Erwägungsgrund 65 S. 1 EBM-RL; Erwägungsgrund 81 S. 2 EBM-RL.

¹⁰² Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 Hs. 2 EBM-VO, Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 Hs. 1 EBM-VO, Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 3 EBM-VO.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*.

¹⁰⁴ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABL EU L 27 v. 30.01.1997, S. 20.

¹⁰⁵ Insbesondere die Wahl zwischen „verhandeltem Netzzugang“ und dem „Alleinabnehmermodell“.

¹⁰⁶ Vgl.: *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 65 ff.; *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2. Aufl. 2007, S. 29 f., 59 ff.

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 14.04.2005 – C-128/03 und C-129/03 – AEM und AEM Torino, Rn. 58; EuGH, Urt. v. 07.06.2005 –

AEUV)¹⁰⁸. Begründbar ist das mit dem übereinstimmenden Zweck der Diskriminierungsverbote, Wettbewerbsverzerrungen durch Diskriminierungen zu verhindern¹⁰⁹. Die Relevanz der Missbrauchskontrolle für die Regulierung der Stromnetzentgelte ergibt sich zudem aus dem Verweis des Art. 60 Abs. 4 S. 2 EBM-VO, der im Kontext der Entgeltregulierung klarstellt: „Diese Mechanismen tragen den Bestimmungen des AEUV, insbesondere Artikel 102, Rechnung.“

Abstrakt verbietet ein Diskriminierungsverbot als Ausprägung des allgemeinen EU-rechtlichen Gleichheitsgrundsatzes:

„zum einen die unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte und zum anderen die Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte“¹¹⁰.

Das gilt nicht, wenn die Diskriminierung objektiv gerechtfertigt ist¹¹¹. Diesem Grundsatz folgend gliedert sich die Untersuchung in drei Teilaspekte: erstens die Vergleichbarkeit der Sachverhalte (a), zweitens die diskriminierende Behandlung dieser Sachverhalte (b) und drittens die Rechtfertigung (c). Diese Systematisierung erlaubt es, aus den diversen und teilweise konfligierenden Vorgaben ein schlüssiges Gesamtbild zu zeichnen.

a) Vergleichbarkeit

Um festzustellen, ob eine diskriminierende Behandlung vorliegt, muss zunächst bestimmt werden, welche Netznutzende

- ▶ gleich – also vergleichbar – sind (und gleich behandelt werden müssen)

- ▶ bzw. ungleich sind (also ungleich behandelt werden müssen).

Vergleichsgruppen können anhand einer unendlichen Zahl von Merkmalen gebildet werden: etwa genutzte Kapazität, Verbrauchsverhalten oder Anlagentyp. Allerdings gebietet die Rechtsprechung des EuGH, dass die Vergleichbarkeit anhand der Grundsätze und Ziele des Regelungsberichts zu beurteilen ist¹¹².

In der Entscheidung *Essent Belgium II* bejahte der EuGH ohne weitergehende Begründung die Gleichheit von „Stromlieferanten“, die „Grünstrom“ liefern, und „Stromlieferanten“, die keinen „Grünstrom“ liefern¹¹³. Nach welchen Kriterien diese Vergleichsgruppenbildung erfolgte, geht nicht aus der Entscheidung hervor. Abgeleitet werden kann daraus allein, dass es für die Vergleichsgruppenbildung unerheblich ist, ob Strom aus erneuerbaren oder konventionellen Quellen transportiert wird.

Grundlegender Regelungsbereich des Diskriminierungsverbots der Netzentgeltregulierung sind die Elektrizitätsbinnenmarkt-richtlinie und Elektrizitätsbinnenmarktverordnung. Ihre zentrale Zielsetzung ist die Etablierung eines offenen wettbewerbsgeprägten Elektrizitätsbinnenmarktes (u. a.: Erwägungsgründe 2, 3, 7, 8, 9 EBM-RL; 2, 6, 11, 22, 26, 35 EBM-VO)¹¹⁴. Das Diskriminierungsverbot der Netzentgeltregulierung dient laut Erwägungsgrund 26 der EBM-VO auch der Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbs¹¹⁵.

Diese Zielsetzung zugrunde gelegt, muss die Vergleichsgruppenbildung dem wettbewerbsökonomischen Zweck des Diskriminierungsverbots entsprechen. Wie

C-17/03 – VEMW u. a., Rn. 47; EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 79.

¹⁰⁸ Vgl.: *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 192; *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 84 ff.; *Säcker/Meinzenbach*, in: *Säcker*, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 21 EnWG Rn. 6; *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 200.

¹⁰⁹ Vgl. ausführlich: *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 84 ff.; *Talus*, EU Energy Law and Policy: A Critical Account, 2013, S. 71.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 14.04.2005 – C-128/03 und C-129/03 – *AEM und AEM Torino*, Rn. 58; vgl. m. w. N.: *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2. Aufl. 2007, S. 61 f.

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 80; vgl.: EuGH, Urt. v. 13.04.2000 – C-292/97 – *Kjell Karlsson u. a.*, Rn. 39; *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 70 f.; vgl. m. w. N.: *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2. Aufl. 2007, S. 61 f.

¹¹² EuGH, Urt. v. 18.07.2013 – C-234/12 – *Sky Italia*, Rn. 16.

¹¹³ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 82 ff.

¹¹⁴ *Filipowicz*, Der Begriff des Stromnetzes unter besonderer Berücksichtigung moderner Stromspeichertechnologien, 2021, S. 51 ff.

¹¹⁵ Vgl.: EuGH, Urt. v. 07.06.2005 – C-17/03 – *VEMW u. a.*, Rn. 62; EuGH, Urt. v. 22.05.2008 – C-439/06 – *citeworks AG*, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 76 ff.

unter B.I.3 dargestellt, wirken Netzentgelte wettbewerbsverzerrend, wenn sie nicht der Kostenstruktur des Netzbetreibers entsprechen; sie also die Verursachung gleicher Kosten unterschiedlich bepreisen. Diese Wettbewerbsverzerrung kann durch das Diskriminierungsverbot nur dann verhindert werden, wenn die Vergleichsgruppenbildung anhand des Merkmals „verursachte Kosten“ erfolgt¹¹⁶.

Aufgrund der Netzwerkstruktur des Stromnetzes hat jede Netznutzung Auswirkungen auf das Gesamtnetz. Die individuell durch die Netznutzung verursachten Kosten bewegen sich auf einer Skala zwischen „vollständig individuell zuordenbar“ einerseits und „gar nicht individuell zuordenbar“ andererseits. Beispielsweise wären Kosten, die aufgrund des Netzanschlusses entstehen, individuell zuordenbar. Nicht individuell zuordenbar wären Kosten, die etwa durch das Verwaltungsgebäude des Netzbetreibers entstehen. Referenzpunkt für die Vergleichsgruppenbildung ist die Kostenstruktur, die durch die individuelle Netznutzung entsprechend ihrem Verursachungsgrad entsteht¹¹⁷.

Das entspricht auch dem Verständnis der Gesetzgebungsmaterialien zur Reform der Elektrizitätsbinnenmarktlinie und Elektrizitätsbinnenmarktverordnung im Rahmen des Winterpaketes 2016. Danach ist die hauptsächliche Funktion der Vorgaben, akkurate Preissignale an die Netznutzenden zu senden, um eine faire Allokation der Netzkosten zu erreichen¹¹⁸. Nach den Gesetzgebungsmaterialien steht die Integration erneuerbarer Energien nicht etwa

in einem Konflikt zur wettbewerbsorientierten Netzentgeltregulierung; sie wird vielmehr durch einen unverzerrten Wettbewerb begünstigt¹¹⁹.

Zusammengefasst sind im Sinne des Diskriminierungsverbots des EU-Rechts der Netzentgeltregulierung:

- ▶ „Gleich“: Netznutzende, die dieselben Netzkosten entsprechend ihres individuellen Verursachungsbeitrages verursachen.
- ▶ „Ungleich“: Netznutzende, die unterschiedliche Netzkostenarten entsprechend ihres individuellen Verursachungsbeitrages verursachen.

b) Diskriminierende Behandlung

„Behandlung“ durch die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Netzentgeltstrukturregulierung ist die Vorgabe, welche Entgelte die Netznutzenden an die Netzbetreiber zahlen müssen. Diskriminierend ist diese Behandlung dann,

- ▶ wenn Netznutzende, die dieselben Netzkosten verursachen, unterschiedliche Netzentgelte zahlen müssten
- ▶ bzw. wenn Netznutzende, die unterschiedliche Kosten verursachen, dieselben Netzentgelte zahlen müssten¹²⁰.

Für eine praktische Umsetzung dieser Vorgabe im Rahmen der Netzentgeltstrukturregulierung kann daraus abgeleitet werden: Netzentgelttarife sind dann diskriminierungsfrei, wenn sie die von den Netznutzenden individuell verursachte Kostenstruktur entsprechend ihres Verursa-

¹¹⁶ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1 EBM-VO. Vgl. jedoch ohne Berücksichtigung des Verursachungsgrades: *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 445 f. Rn. 20; *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 201.

¹¹⁷ Vgl.: *CEER*, Guidelines of Good Practice for Distribution Network Tariffs, 23.01.2017, <https://www.ceer.eu/publication/ceer-guidelines-of-good-practice-on-electricity-distribution-network-tariffs/>, S. 15; *Kern*, Versorgungspflichten in der Europäischen Union – Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, 2022, S. 661 ff.; *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 80, die allerdings die Erreichung von Wettbewerb nur als Mittel für eine freie Wahl der Energieversorger einordnet; *Mestmäcker/Schweizer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 445 f. Rn. 20; *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 201.

¹¹⁸ SWD(2016) 410 final vom 30.11.2016, Commission Staff Working Document Impact Assessment, Part 3/5, S. 170, 173.

¹¹⁹ SWD(2016) 410 final vom 30.11.2016, Commission Staff Working Document Impact Assessment, Part 3/5, S. 169.

¹²⁰ *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 192 f.; *Meyer*, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 200 f.; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 15; *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gas-handelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 104; *Gräper/Schoser/Stamati*, Network Regulation and third party access, in: *Jones/Kettlewell*, EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market, 5. Aufl. 2021, S. 19 (65, 69) Rn. 3.123, 3.135.

chungsgrades abbilden. Das heißt, je höher der individuelle Verursachungsanteil an einer Kostenart ist, desto größer muss der Anteil sein, den Einzelne durch Entgeltzahlungen finanzieren. Je geringer der individuelle Verursachungsanteil an einer Kostenart ist, desto geringer ist der Anteil, den individuelle Netznutzende durch ihre Entgeltzahlungen finanzieren müssen. Jede andere Tarifausgestaltung würde entweder zu einer Unterfinanzierung der Netzbetreiber oder zu rechtfertigungsbedürftigen Diskriminierungen führen.

Nachfolgend wird dargestellt, dass dieser Maßstab konkretisiert wird – durch die Vorgaben der Kostenorientiertheit (aa) und der Entfernungsunabhängigkeit (bb). Außerdem weist der Abschnitt auf die Sonderregelungen für grenzüberschreitende Stromübertragung hin (cc) und ordnet die Spezialregelungen für Verteilernetzbetreiber (dd) ein.

aa) Kostenorientierung

Würde der insoweit festgestellte Maßstab unkorrigiert angewendet, wäre jegliche Abweichung der individuellen Entgelte von den verursachten Kosten eine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung. Die Kostenstruktur von Netzbetreibern ist komplex und macht eine optimale betriebswirtschaftliche Zuteilung der Kosten unangemessen aufwendig¹²¹. Diesen Umstand berücksichtigt das EU-Recht, indem es vorgibt, dass Netzentgelte nur „kostenorientiert“ sein müssen (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1 EBM-VO). Der Wortlaut „orientiert“ ermöglicht vereinfachende Abweichungen von dem zuvor aufgestellten Maßstab. Die Netzentgelttarife müssen mithin nicht exakt die jeweilige Kostenstruktur widerspiegeln. Die Tarife müssen sich

lediglich an der Kostenstruktur orientieren¹²². Die Vorgabe vergrößert damit den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden.

bb) Entfernungsunabhängigkeit

Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3 EBM-VO stellt klar, dass Entgelte entfernungsunabhängig bestimmt werden. Bei der Vorgabe von Netzentgelttarifen dürfen die nationalen Regulierungsbehörden also nicht an die zurückgelegte Entfernung des Stromes anknüpfen¹²³. Referenzpunkt für die Tarifstruktur bleibt allein die Kostenstruktur.

cc) Sonderregelungen für grenzüberschreitende Stromübertragung

Von dem soeben dargestellten Grundsatz (bb) besteht eine Ausnahme für grenzüberschreitende Stromübertragung. In diesen Fällen sind Netzentgelte entfernungsabhängig zu bilden: Art. 18 Abs. 3 EBM-VO bestimmt, dass „auf Unionsebene“ Netzentgelttarife „erforderlichenfalls standortbezogene Preissignale“ beinhalten und dem Umfang der verursachten Netzverluste, Engpässe sowie Investitions- und Infrastrukturkosten Rechnung tragen. Die Formulierung „auf Unionsebene“ zusammen mit ihrem historischen Ursprung in der Stromhandelsverordnung (StromHVO)¹²⁴ lässt den Schluss zu, dass die Vorschrift allein auf grenzüberschreitende Stromlieferung Anwendung findet. Als Zweck dieser Vorschrift wird die Anreizung von verbrauchsnahem Neubau von Erzeugungsanlagen beschrieben¹²⁵.

¹²¹ M. w. N.: Meyer, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 141.

¹²² Vgl.: Rosin/Krause, Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinie Elektrizität an eine ex-ante-Regulierung, et 9/2003, Special, S. 17 (23); Theobald/Hummel, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, ZNER 2003, S. 176 (177 f.); Schellberg, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 17 ff.; zur Kostenorientierung allgemein: Kern, Versorgungspflichten in der Europäischen Union – Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie- und Eisenbahnbereich, 2022, S. 653 ff.

¹²³ Kern, Versorgungspflichten in der Europäischen Union – Mitgliedstaatliche Ursprünge und europäische Perspektiven im Telekommunikations-, Post-, Energie-

und Eisenbahnbereich, 2022, S. 653; Pritzsche/Reimers, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2018, Art. 14 StromHVO Rn. 6.

¹²⁴ Vgl.: Art. 14 StromHVO, dazu: Pritzsche/Reimers, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2018, Art. 14 StromHVO.

¹²⁵ Müller-Kirchbauer/Nailis/Struck/Siedentopp/Reukauf, Nebenwirkungen und Hausmittel – Die EU-Verordnung über grenzüberschreitenden Stromhandel, Marktplatz Energiewirtschaft 5/2002, S. 30 (34); Herrmann, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 188 f.; vgl.: Jones, EU Energy Law, Volume 1, The Internal Energy Market, 2004, S. 234 ff.

dd) Vorgaben für Verteilernetzbetreiber und zur Berücksichtigung von Systemdienstleistungen

Für Verteilernetzentgelte gilt, dass die Entgeltstrukturregulierung die Netzanschlusskapazität der Netznutzenden berücksichtigen und anhand der Verbrauchs- oder Erzeugungsprofile der Netznutzenden unterscheiden kann (Art. 18 Abs. 7 S. 1 EBM-VO). Die Vorschrift hat lediglich klarstellende Wirkung. Die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Aspekte würde bereits aus dem Merkmal der Kostenorientierung in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot folgen.

ee) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen

Eine Entgeltsstrukturregulierung ist im Sinne des EU-Rechts dann nichtdiskriminierend, wenn die Entgelte sich an der durch die Netznutzenden verursachten Kostenstruktur orientieren. Die Entgelte müssen dabei nicht exakt den Kosten entsprechen, sondern sich lediglich an ihnen orientieren. Die Entfernung der Netznutzenden voneinander muss außen vor bleiben. Letzteres gilt nicht, wenn es eine grenzüberschreitende Stromübertragung betrifft.

c) Rechtfertigung

Auch im Rahmen der Netzentgeltregulierung gilt: Liegt eine Diskriminierung vor, kann sie gerechtfertigt werden¹²⁶. In den Worten des EuGH in der Entscheidung *Essent Belgium II* ist

*„[e]ine unterschiedliche Behandlung [...] gerechtfertigt, wenn sie auf einem objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d. h., wenn sie im Zusammenhang mit einem rechtlich zulässigen Ziel steht, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, und wenn diese unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht [...]“*¹²⁷

Aus diesem Maßstab lassen sich für die folgende Darstellung zwei Voraussetzungen abstrahieren:

- ▶ das Vorliegen eines rechtlich zulässigen Rechtfertigungsgrundes (aa);
- ▶ die Einhaltung von Rechtfertigungsbeschränkungen (bb).

aa) Zulässiger Rechtfertigungsgrund

Neben dem Diskriminierungsverbot führt das EU-Recht eine Reihe weiterer Vorgaben auf, die auf die Entgeltstrukturregulierung anzuwenden sind. Insoweit diese Vorgaben mit dem Diskriminierungsverbot kollidieren, werden sie hier als zulässige Rechtfertigungsgründe eingeordnet. Diese Vorgaben werden nachfolgend als „spezielle Rechtfertigungsgründe“ erläutert (1). Ob darüber hinaus auch Rechtfertigungsgründe rechtlich zulässig sind, die sich nicht unmittelbar aus dem EU-Recht der Netzentgeltregulierung ergeben, wird anschließend diskutiert (2) – diese Rechtfertigungsgründe werden hier als „allgemeine Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet.

(1) Spezielle Rechtfertigungsgründe

Als spezielle Rechtfertigungsgründe lassen sich identifizieren: Transparenz, Kosteneffizienz, Energieeffizienz, Einführung sozialer Tarifstrukturen, Forschungstätigkeiten, Förderung hocheffizienter KWK-Anlagen und seit der Elektrizitätsbinnenmarktreform auch explizit Umwelt- und Klimaschutz. Spezielle Rechtfertigungsgründe sind hier Rechtfertigungsgründe, die ausdrücklich in den netzentgeltbezogenen Regelungen des EU-Rechts normiert sind. Das bezieht auch Vorschriften ein, die vorwiegend im Rahmen der Entgeltneuausgleichsregulierung Wirkung entfalten. Insbesondere betrifft das nun die Vorgaben des neugefassten Art. 18 Abs. 2 EBM-VO. Die frühere Fassung von Art. 18 Abs. 2 EBM-VO deutete darauf hin, dass ihr Anwendungsbereich weitestgehend auf die Entgeltneuausgleichsregulierung

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 81; allerdings noch offen gelassen in: EuGH, Urt. v. 14.04.2005 – C-128/03 und C-129/03 – *AEM* und *AEM Torino*; vgl. aber bereits die Ausführungen von Generalanwältin *Stix-Hackl*: Schlussanträge der Frau

Generalanwältin *Christine Stix-Hackl* – verbundene Rechtssachen C-128/03 und C-129/03, 28.10.2004, Rn. 72.

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 81.

beschränkt war¹²⁸. Der Wortlaut der Neufassung enthält diese Beschränkung allerdings nicht mehr.

(a) Transparenz

Das Transparenzgebot hat einen hohen EU-rechtlichen Stellenwert¹²⁹ und kann zur Rechtfertigung herangezogen werden (vgl. u. a.: Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EBM-VO, Art. 59 Abs. 8 EBM-RL). Vorstellbar ist, dass eine dem Diskriminierungsverbot entsprechende Netzentgeltregulierung aufgrund der wirtschaftlichen Komplexität intransparent wird. Eine Diskriminierung könnte dann aus Transparenzgründen gerechtfertigt sein. Damit wäre etwa eine gewisse Pauschalisierung von Tarifen begründbar.

(b) Effizienz

Diskriminierende Tarife können auch gerechtfertigt sein, wenn sie eine höhere Allokationseffizienz aufweisen. Wie bereits dargestellt, kann das etwa durch mehrgliedrige Tarife erreicht werden, die die Gemeinkosten auf verschiedene Netznutzengruppen unterschiedlich umlegen (B.I.3.a). Eine solche Ausgestaltung wäre im Grunde eine Diskriminierung der Netznutzenden.

Aus dem Normtext ergibt sich diese Rechtfertigungsmöglichkeit durch die wiederholte Vorgabe „effizienter“ Regulierung (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1, UAbs. 2 S. 1, Abs. 2, Abs. 8 EBM-VO). Dieser Effizienzbegriff ist als Allokationseffizienz zu verstehen¹³⁰. Das folgt aus dem vorherrschenden Zweck der Netzentgeltregulierung, allokationseffiziente wohlfahrtsfördernde Netzentgelttarife

zu gewährleisten. Bestätigt wird diese Auslegung durch eine Parallelbetrachtung des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots aus Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV. Auch dort ist eine wohlfahrtssteigernde Allokationseffizienz durch mehrgliedrige Preise¹³¹ als rechtfertigend anerkannt¹³².

(c) Energieeffizienz

Die Entgeltstrukturregulierung muss Energieeffizienz sicherstellen. Das ergibt sich aus der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1, Abs. 2, Abs. 8 S. 2 EBM-VO; Art. 27 EnEff-RL) und detailliert aus den Regelungen des Art. 27 EnEff-RL. Sollten effizienzdienliche Anreize Netznutzende diskriminieren, könnte dies aus Energieeffizienzgründen gerechtfertigt sein.

Ausdrücklich stellt das Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 3 Anhang XIII EnEff-RL für eine dynamische Tarifierung dar. Danach können Netztarife förderlich sein für eine dynamische Tarifierung bei Laststeuerungsmaßnahmen durch Endkunden, wie z. B.

- a) nutzungszeitspezifische Tarife
- b) Tarifierung in kritischen Spitzenzeiten
- c) Echtzeit-Tarifierung
- d) Spitzenzeitrabatte

(d) Soziale Tarifstrukturen

Nach Art. 27 Abs. 6 EnEff-RL können die Mitgliedstaaten¹³³ Tarifstrukturen mit sozialer Zielsetzung für die netzgebundene Energieübertragung genehmigen. Aus dem

¹²⁸ Damals hieß es noch: „Die Tarifmethoden [...] setzen [...] Anreize für Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber [...]“

¹²⁹ Vgl.: *Theobald/Hummel*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, ZNER 2003, S. 176 (178); *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 190 ff.; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 16; *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 104 f.; *Canty*, infraCOMP – Transparenzdefizite der Netzregulierung – Bestandsaufnahme und Handlungsoptionen, Juni 2015, https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2014/transparenz-energiewirtschaft/Agora_Transparenzdefizite_der_Netzregulierung_WEB.pdf;

Meyer, Die Netzentgeltsystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 211 f.

¹³⁰ Vgl. zu verschiedenen Effizienzkonzepten: *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020, S. 71 ff.

¹³¹ Etwa die Aufteilung in Leistungs- und Arbeitspreis, siehe auch oben: B.I.3.a).

¹³² *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3. Aufl. 2020, S. 1018 f.

¹³³ Der Normtext adressiert ausdrücklich die Mitgliedstaaten und nicht die nationalen Regulierungsbehörden. Auffällig ist, dass diese Formulierung auch nicht als Reaktion auf die Entscheidung des EuGH C-718/18 angepasst wurde. Damit ermöglicht die Formulierung eine Auslegung, nach der es nur den Mitgliedstaaten und nicht den nationalen Regulierungsbehörden erlaubt ist, eine Regulierung mit sozialer Zielsetzung zu implementieren.

weiteren Kontext¹³⁴ ergibt sich, dass damit Maßnahmen umfasst sind zur Unterstützung von „von Energiearmut betroffenen Menschen, schutzbedürftigen Kunden, Menschen in Haushalten mit geringem Einkommen und gegebenenfalls Menschen, die in Sozialwohnungen leben“ (Art. 8 Abs. 3 EnEff-RL).

Energiearmut ist in Art. 2 Nr. 52 EnEff-RL definiert als: „de[r] fehlend[e] Zugang eines Haushalts zu essenziellen Energiedienstleistungen, wenn mit diesen Dienstleistungen ein grundlegendes und angemessenes Maß an Lebensstandard und Gesundheit sichergestellt wird [...]“.¹³⁵ Eine Diskriminierung in der Entgeltstrukturregulierung mit einer solchen „sozialen Zielsetzung“ kann gerechtfertigt sein.

(e) Förderung hocheffizienter KWK-Anlagen

Nach Art. 27 Abs. 9 EnEff-RL können die nationalen Regulierungsbehörden von Netzbetreibern verlangen, die Ansiedlung hocheffizienter KWK-Anlagen in der Nähe von Wärmebedarfsgebieten zu fördern. Die Förderung würde durch geringere Anschluss- und Netznutzungsgebühren realisiert. Damit läge eine Bevorteilung hocheffizienter KWK-Anlagen gegenüber anderen Netznutzenden und so eine Diskriminierung vor. Diese kann nach Art. 27 Abs. 9 EnEff-RL gerechtfertigt sein.

(f) Forschungstätigkeiten

Nach Art. 18 Abs. 2 lit. e) EBM-VO müssen die Tarifmethoden Anreize setzen, Forschungstätigkeiten zu unterstützen. Somit können auch Forschungstätigkeiten als Rechtfertigungsgrund für eine Diskriminierung herangezogen werden. Konkret vorstellbar ist eine zeitlich und sachlich beschränkte Experimentierklausel¹³⁶, die Netzentgelte aus Forschungszwecken diskriminierend ausgestaltet. Anders als bei

der Entgeltneuausgleichung sind hier die Netznutzenden bei der Forschungstätigkeit unmittelbar miteinbezogen.

(g) Umwelt- und Klimaschutz

Umwelt- und Klimaschutz wird durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform erstmals ausdrücklich im Rechtsrahmen für die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigt: Nach Art. 18 Abs. 2 lit. b) und f) EBM-VO sollen durch die Netzentgeltregulierung die Integration erneuerbarer Energien gefördert, Umweltauswirkungen verringert, die öffentliche Akzeptanz gefördert und die nationalen Energie- und Klimapläne unterstützt werden. Art. 27 Abs. 1 S. 2 EnEff-RL sieht außerdem vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Netzentgeltregulierung die Klimaziele der Union und die Nachhaltigkeit „wahren“.

Umwelt- und Klimaschutz ist deswegen nun ausdrücklich ein zulässiger Rechtfertigungsgrund. Soweit es mit den Rechtfertigungsbeschränkungen vereinbar ist, können die nationalen Regulierungsbehörden aufgrund von Erwägungen des Umwelt- und Klimaschutzes bestimmte Netznutzende privilegieren.

(2) Allgemeine Rechtfertigungsgründe

„Allgemeine Rechtfertigungsgründe“ bezeichnen hier Rechtfertigungsgründe, die nicht im EU-Sekundärrecht der Netzentgeltregulierung ausdrücklich genannt sind. Inwieweit allgemeine Rechtfertigungsgründe zulässig sind, ist nicht eindeutig. Die speziellen Rechtfertigungsgründe sind abschließend formuliert. Das spricht dafür, dass eine Diskriminierung nur durch die speziellen Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann, also grundsätzlich keine allgemeinen Rechtfertigungsgründe dafür herangezogen werden können.

¹³⁴ Vgl.: Art. 8 Abs. 3 EnEff-RL; Erwägungsgründe 20, 49, Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, S. 1.

¹³⁵ Dies wird in der Norm wie folgt weiter konkretisiert: „einschließlich einer angemessenen Versorgung mit Wärme, Warmwasser, Kälte und Beleuchtung sowie Energie für den Betrieb von Haushaltsgeräten, in dem jeweiligen nationalen Kontext und unter Berücksichtigung der bestehenden nationalen sozialpolitischen

Maßnahmen und anderer einschlägiger nationaler Maßnahmen, wobei diese durch eine Kombination von Faktoren verursacht wird, darunter zumindest Unerreichbarkeit, unzureichendes verfügbares Einkommen, hohe Energieausgaben und schlechte Energieeffizienz von Wohnungen.“

¹³⁶ Vgl. zum Begriff „Experimentierklausel“: *Fietze*, Experimentierklauseln für die Energiewende – Lehren aus der SINTEG-V, 2022, S. 27 ff.

Dies deckt sich auch mit der Entscheidung der Großen Kammer des EuGH im Verfahren VEMW von 2005¹³⁷, bestätigt durch die Dritte Kammer in citiworks von 2008¹³⁸: VEMW betraf die Frage, ob die Einschränkung des Netzzugangs durch vorrangige Zuweisung von Netzkapazitäten für bestimmte Netznutzer eine verbotene Diskriminierung darstellt. Rechtfertigungsgründe, die nicht ausdrücklich im anzuwendenden Sekundärrecht vorgesehen sind, schloss der EuGH klar aus¹³⁹:

„Die in [...] der Richtlinie vorgesehenen Regelungen über Verfahren, Kriterien und Grenzen verlor jedoch ihren Sinn, wenn es einem Mitgliedstaat erlaubt wäre, einseitig und ohne Beachtung dieses Verfahrens [...] eine Ausnahmeregelung zu den Artikeln [...] der Richtlinie rechtfertigen [zu] können.“

citiworks betraf die Frage, ob bestimmte Energienetze von der Verpflichtung ausgenommen sind, Dritten freien Netzzugang zu gewähren. Die Netzentgeltregulierung stand in beiden Entscheidungen nicht im Fokus. Allerdings legte der EuGH in VEMW das Diskriminierungsverbot des Art. 16 der Richtlinie 96/92/EG¹⁴⁰ aus. Die Entscheidung citiworks betraf eine nationale Vorschrift, die Netzbetreiber unter anderem von der Pflicht ausnahm, Netzentgelte „diskriminierungsfrei“ zu bilden. Sie erging auf Grundlage der Richtlinie 2003/54/EG¹⁴¹, die die Richtlinie 96/92/EG ersetzte. Die Wertungen dieser Entscheidungen sind also prinzipiell auf das spezifischere Thema diskriminierungsfreier Netzentgelte übertragbar. Danach wäre ein Rückgriff auf „allgemeine Rechtfertigungsgründe“ ausgeschlossen.

Diese klare und methodisch nachvollziehbare Rechtsprechungslinie irritiert die Entscheidung Essent Belgium II von 2016¹⁴². Denn die Zweite Kammer des EuGH

deutete an, dass Umwelt- und Klimaschutz als legitimes Ziel auch zur Rechtfertigung einer Diskriminierung des Netzzugangs herangezogen werden könnte¹⁴³:

„Indessen steht die Legitimität des mit den im Ausgangsverfahren streitigen Regelungen verfolgten Ziels der Förderung der Erzeugung von grünem Strom außer Frage. Insoweit ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen zur Stromerzeugung dem Umweltschutz dient, da sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Union und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben.“

Umwelt- und Klimaschutz war im anwendbaren Rechtsrahmen noch nicht als spezieller Rechtfertigungsgrund aufgeführt. Um in Essent Belgium II die Zulässigkeit des Rechtfertigungsgrundes Umweltschutz zu belegen, verweist der EuGH auf die Entscheidung Essent Belgium I¹⁴⁴. Dort behandelte der EuGH aber allein die Rechtfertigung eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit. Die Warenverkehrsfreiheit kann auch durch nicht abschließend geregelte, zwingende Gründe des Allgemeinwohls eingeschränkt werden¹⁴⁵.

Im weiteren Verlauf der Entscheidung Essent Belgium II untersuchte der EuGH in einem Zuge die Verhältnismäßigkeit eines diskriminierenden Netzentgelttarifs und die Verhältnismäßigkeit eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit¹⁴⁶. Dabei differenzierte der EuGH nicht zwischen den beiden Rechtsinstituten. Eine finale Entscheidung, ob ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund möglich ist, blieb aus, da sie im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war. Die Diskriminierung konnte in Essent Belgium II nicht gerechtfertigt

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 07.06.2005 – C-17/03 – VEMW u. a.

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 22.05.2008 – C-439/06 – citiworks AG.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 07.06.2005 – C-17/03 – VEMW u. a., Rn. 61 f.

¹⁴⁰ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 27 v. 30.01.1997, S. 20.

¹⁴¹ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG - Erklärungen zu Still-

legungen und Abfallbewirtschaftungsmaßnahmen, ABl. EU Nr. L 176 v. 15.07.2003, S. 37.

¹⁴² EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium.

¹⁴³ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium, Rn. 84.

¹⁴⁴ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium, Rn. 84; EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-204/12 bis C-208/12 – Essent Belgium.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-204/12 bis C-208/12 – Essent Belgium, Rn. 91.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium, Rn. 103 ff.

werden, weil die Maßnahme einen zu „indirekten, ungewissen und zufälligen Charakter“ hatte¹⁴⁷. Auffällig ist, dass sich der EuGH nicht ausdrücklich von der vorangegangenen Rechtsprechung in VEMW und citiworks distanzierte.

Mit Blick auf diese Entscheidung ist nicht ausgeschlossen, dass der EuGH in Zukunft auch allgemeine Rechtfertigungsgründe anerkennt. Dies würde dann allerdings im Widerspruch zu seiner vorangegangenen weitgehend kohärenten Rechtsprechungslinie stehen.

bb) Rechtfertigungsbeschränkungen

Die jeweiligen Rechtfertigungsgründe unterliegen selbst Beschränkungen. Durch sie wird das Maß des Eingriffs in das Diskriminierungsverbot beschränkt. Die nachfolgende Darstellung unterscheidet zwei Typen von Rechtfertigungsbeschränkungen: Unter (1) werden Rechtfertigungsbeschränkungen beschrieben, die allein für das Diskriminierungsverbot der Entgeltregulierung anwendbar sind. Danach werden unter (2) Rechtfertigungsbeschränkungen erklärt, die sich aus dem allgemeinen EU-Recht ableiten.

(1) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkungen

Spezielle Rechtfertigungsbeschränkungen finden sich einerseits in Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 EBM-VO (a) und andererseits in Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 1 Anhang XIII EnEff-RL (b). Sie werden nachfolgend erläutert.

(a) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkung von Diskriminierungen anhand Verteiler- und Übertragungsnetzebene, Energiespeicherung und Energieaggregation (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 EBM-VO)

Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 EBM-VO verbietet die Bevorteilung oder Benachteiligung von:

- ▶ an die Verteilerebene angeschlossenen Erzeugungsanlagen gegenüber an die Übertragungsnetzebene angeschlossenen Erzeugungsanlagen (S. 1);
- ▶ Energiespeicherung (S. 2);

- ▶ Energieaggregation (S. 2).

Diskriminierungen von Erzeugungsanlagen anhand des Merkmals der angeschlossenen Netzebene oder Diskriminierungen von Energiespeichern und Energieaggregatoren können demnach grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden.

Unklar ist, wie in diesem Zusammenhang der Wortlaut des ersten Halbsatzes in Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EBM-VO einzuordnen ist:

„Unbeschadet des Artikels 15 Absätze 1 und 6 und der Kriterien in Anhang XI der Richtlinie 2012/27/EU muss die Methode zur Bestimmung der Netzentgelte [...] insbesondere so angewandt werden, dass durch sie die an die Verteilerebene angeschlossenen Erzeugungsanlagen gegenüber den an die Übertragungsebene angeschlossenen Erzeugungsanlagen weder bevorzugt noch benachteiligt werden. Die Netzentgelte dürfen Energiespeicherung oder -aggregation weder bevorteilen noch benachteiligen [...].“

Danach gilt der Satz 1 wie zitiert „[u]nbeschadet des Artikels 15 Absätze 1 und 6 und der Kriterien in Anhang XI der [EnEff-RL]“. Satz 1 verbietet die Bevorteilung oder Benachteiligung von an die Verteilerebene angeschlossenen Erzeugungsanlagen gegenüber an die Übertragungsnetzebene angeschlossenen Anlagen. In den genannten Vorschriften der Energieeffizienzrichtlinie finden sich detaillierte Vorgaben zur Energieeffizienzsteigerung.

Der Begriff „[u]nbeschadet“ könnte als Verweis verstanden werden, der auf weitere Regelungen in der Energieeffizienzrichtlinie lediglich aufmerksam machen soll. Die Beschreibung einzelner Vorschriften in der Energieeffizienzrichtlinie deutet allerdings eher darauf hin, dass im Falle eines Konfliktes die genannten Vorschriften in der Energieeffizienzrichtlinie vorrangig sind. Diese Auslegung würde ausnahmsweise eine Rechtfertigung der Diskriminierung anhand des Merkmals der angeschlossenen Netzebene ermöglichen. Dafür müsste die Diskriminierung allerdings Art. 15 Abs. 1, Abs. 6 oder den Kriterien in Anhang XI EnEff-RL entsprechen. Beispielhaft für eine

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium, Rn. 115 f.

solche Diskriminierung sind die Einführung effizienzdienlicher variabler Netzentgelte, die nur für Erzeugungsanlagen auf Verteilernetzebene gelten, nicht aber für Erzeugungsanlagen auf Übertragungsnetzebene.

Fraglich ist auch, ob sich der Halbsatz allein auf die Rechtfertigungsbeschränkung in Satz 1 des Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 EBM-VO bezieht oder auf alle Rechtfertigungsbeschränkungen des UAbs. 2. In letzterem Fall wäre auch eine Ausnahme vom Verbot der Bevor- oder Benachteiligung von Energiespeicherung und Energieaggregation umfasst. Eine grammatikalische Auslegung legt allerdings nahe, dass nur die Rechtfertigungsbeschränkung in Satz 1 umfasst ist.

(b) Spezielle Rechtfertigungsbeschränkung bei Laststeuerung, dezentraler Erzeugung, Netzinvestitionen und optimiertem Netzbetrieb (Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 1 Anhang XIII EnEff-RL)

Nach Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 1 Anhang XIII EnEff-RL müssen Kosteneinsparungen in Netzen kostenorientiert widergespiegelt werden, die erzielt wurden durch:

- ▶ nachfrageseitige und Laststeuerungsmaßnahmen (Demand Response),
- ▶ dezentrale Erzeugung, darunter Einsparungen durch Senkung der Bereitstellungskosten,
- ▶ Netzinvestitionen und optimierten Netzbetrieb.

Eine Diskriminierung ist danach nicht rechtfertigbar, wenn sie dazu führt, dass eine der aufgeführten Kosteneinsparungen sich nicht in den Netzentgelttarifen einzelner Personen widerspiegelt.

Aus dieser Regelung selbst folgt allerdings keine Pflicht der nationalen Regulierungsbehörden, die genannten Maßnahmen einzuführen. Das ergibt sich aus einem systematischen Vergleich mit Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 2, 3 Anhang XIII EnEff-RL sowie Art. 18 Abs. 7 S. 2 EBM-VO. Dort wird klargestellt, dass Netzentgelte zur Anreizung von Laststeuerungsmaßnahmen eingesetzt

werden können. Wäre eine Pflicht für Laststeuerungsmaßnahmen normiert, bedürfte es dieser Klarstellung nicht.

(2) Allgemeine Rechtfertigungsbeschränkungen

Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im EU-Recht ist die Verhältnismäßigkeit. Vereinzelt ist er auch unmittelbar im europäischen Stromnetzentgeltregime erwähnt (siehe etwa: Art. 27 Abs. 9 EnEff-RL). Auch nach *Essent Belgium II* muss die

„unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel [stehen]“¹⁴⁸.

Im Verhältnis zum Diskriminierungsverbot ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine allgemeine Rechtfertigungsbeschränkung. Eine diskriminierende Maßnahme kann nur gerechtfertigt werden, wenn der Eingriff in das Diskriminierungsverbot verhältnismäßig ist. Das ist der Fall, wenn die Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgt, geeignet ist, dieses Ziel zu erfüllen, sowie erforderlich und angemessen ist:

▶ Legitimes Ziel

Im Lichte des Zweckes der EU-Netzentgeltregulierung, Allokationseffizienz und Wettbewerb zu gewährleisten, müssen primär wettbewerbsfeindliche Ziele als illegitim gelten. Angelehnt an die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit ist ein Ziel auch dann illegitim, wenn es protektionistischer oder allein haushaltschonender Natur für den individuellen Mitgliedstaat ist¹⁴⁹. Exemplarisch für ein illegitimes Ziel ist die Bevorzugung von Staatsunternehmen durch die Netzentgeltregulierung. Legitime Ziele wären etwa Energieeffizienz oder Klimaschutz.

▶ Geeignet

Geeignet ist eine Maßnahme zur Erreichung des Ziels, „wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“¹⁵⁰.

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – *Essent Belgium*, Rn. 78.

¹⁴⁹ Vgl.: *Haltern*, in: Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2017, Art. 36 AEUV Rn. 61 ff.

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 10.03.2009 – C-169/07 – *Hartlauer*, Rn. 55; *Kruimer*, *The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators*, 2014, S. 79; vgl. m. w. N.: *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2017, Art. 5 EUV Rn. 142.

► Erforderlich

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn keine andere gleich wirksame, aber weniger eingriffsintensive Maßnahme zur Verfügung steht¹⁵¹.

► Angemessen

Eine Maßnahme ist angemessen, wenn die Abwägung ergibt, dass der Nutzen für die Allgemeinheit durch das verfolgte Ziel die Beeinträchtigung des Diskriminierungsverbots überwiegt¹⁵². Dabei muss ein deutlicher Zusammenhang zwischen der Maßnahme und dem verfolgten Ziel vorliegen. Eine Maßnahme, die lediglich indirekt, ungewiss und zufällig dem postulierten Ziel dient, genügt nicht¹⁵³.

d) Zwischenergebnis

Die Analyse des Diskriminierungsverbots zeichnet ein komplexes Bild. Verschiedene Vorgaben wirken in unterschiedlicher Art auf den Grundsatz der Gleichbehandlung. Je nach Formulierung konkretisieren die Vorgaben das Diskriminierungsverbot, verkörpern Rechtfertigungsgründe oder beschränken wiederum die Möglichkeit der Rechtfertigung. In diesem Ergebnis kommt die Funktion der Entgeltstrukturregulierung des EU-Rechts zum Ausdruck, neben der Vermeidung von Wohlfahrtsverlusten auch andere Zielsetzungen zu verwirklichen. Dabei hat die zuständige nationale Regulierungsbehörde stellenweise einen weiten Ermessensspielraum.

Durch die Elektrizitätsbinnenmarktreform können die nationalen Regulierungsbehörden aufgrund von Umwelt- und Klimaschutz und Akzeptanzförderung diskriminierende und damit privilegierende Regulierungsvorgaben machen. Die explizite Aufnahme der Umwelt- und Klimaschutzziele in den Rechtsrahmen verändert den Erwartungshorizont an die Netzentgeltregulierung. Zwar sind die neuen Zielvorgaben lediglich Rechtfertigungsgründe für eine diskriminierende Ausgestaltung.

Allerdings beschreiben sie damit ausdrücklich und rechtssicher eine weitere Dimension der Netzentgeltgestaltung. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen klima- und umweltschutzrelevante Folgen sowie Akzeptanzförderung in ihre Erwägungen miteinbeziehen. Die ursprüngliche Funktion von Netzentgelten und damit einhergehend die Anforderungen an deren Ausgestaltung ändert sich damit erheblich und erweitert im Ergebnis den Ermessens- und Gestaltungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden. Der Rechtsrahmen verantwortet den nationalen Regulierungsbehörden damit explizit nicht mehr nur eine diskriminierungsfreie und effiziente Netzentgeltgestaltung, sondern macht sie zu einem integralen Bestandteil der Energiewende-Governance.

2. Effizienz

Als zweiten Bereich der Entgeltstrukturregulierung lassen sich effizienzbezogene Vorgaben zusammenfassen¹⁵⁴. Diese wurden an verschiedenen Stellen bereits im Rahmen des Diskriminierungsverbots diskutiert. Die Bedeutung der effizienzbezogenen Vorschriften ist aber nicht beschränkt auf den Kontext des Diskriminierungsverbots. Sie haben einen darüber hinausgehenden eigenständigen Regelungsgehalt mit dem Ziel der Effizienzsteigerung, der in diesem Abschnitt erläutert wird. Der begrifflichen Differenzierung des EU-Rechts folgend werden zunächst die allgemeinen Vorgaben zu Effizienz (a), dann die Vorgaben zur Energieeffizienz (b) und zuletzt die Vorgaben zur netzdienlichen Effizienz dargestellt (c).

a) Allgemeine Vorgaben

Als „allgemeine Vorgaben“ werden in diesem Abschnitt Regelungen kategorisiert, die übergeordneten Charakter haben und sich nicht eindeutig auf Energieeffizienz oder netzdienliche Effizienz beziehen.

¹⁵¹ Vgl. m. w. N.: EuGH, Urt. v. 08.07.2010 – C-343/09 – Afton Chemical, Rn. 45; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 5 EUV Rn. 143.

¹⁵² Vgl.: *Kruimer*, The Non-Discrimination Obligation of Energy Network Operators, 2014, S. 79; *Pache*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 5 EUV Rn. 142, 149.

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 29.09.2016 – C-492/14 – Essent Belgium, Rn. 115 f.

¹⁵⁴ Vgl. allgemein zu Effizienz in der Regulierung: *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013.

Art. 27 Abs. 7 S. 2 EnEff-RL i. V. m. Art. 18 Abs. 8 EBM-VO bestimmt, dass die nationale Regulierungsbehörde die Systemeffizienz berücksichtigen muss. Systemeffizienz ist nach Art. 2 Nr. 4 EnEff-RL „die Auswahl energieeffizienter Lösungen, wenn diese auch einen kosteneffizienten Dekarbonisierungspfad, zusätzliche Flexibilität und die effizienteste Nutzung von Ressourcen ermöglichen“.

Effizienzdienlichen Charakter hat auch Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 EBM-VO, wonach Netzentgelte keine Negativanreize für Eigenenerzeugung und Eigenverbrauch setzen dürfen. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 EBM-VO regelt, dass die „Methode zur Bestimmung der Netzentgelte in neutraler Weise langfristig durch Preissignale für Kunden und Erzeuger zur Gesamteffizienz des Netzes beitragen“ muss. Damit verpflichtet die Vorschrift die nationale Regulierungsbehörde zu einer Netzentgeltregulierung, die Netznutzende zu einer gesamteffizienzdienlichen Netznutzung anreizt. Die Laststeuerung erfolgt dabei durch die Netznutzenden selbst und nicht durch die Netzbetreiber. Das ist auch der Anwendungsbereich des Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 EBM-VO. Danach dürfen die Netzentgelte keine Negativanreize für die Teilnahme an der Laststeuerung setzen. Eine Netzentgeltregulierung, die effizienzdienliches Netznutzungsverhalten „bestraft“, wäre mit dieser Vorschrift nicht vereinbar.

b) Energieeffizienz

Nach Art. 27 Abs. 1 EnEff-RL wenden die nationalen Regulierungsbehörden den „Grundsatz Energieeffizienz an erster Stelle“ an. Der Grundsatz ist in Art. 2 Nr. 18 Governance-VO i. V. m. Art. 2 Nr. 4 EnEff-RL definiert und die damit verbundenen Pflichten sind in Art. 3 EnEff-RL aufgeführt.

Nach Art. 2 Nr. 18 Governance-VO bezeichnet der Grundsatz

„die größtmögliche Berücksichtigung alternativer kosteneffizienter Energieeffizienzmaßnahmen für eine effizientere Energienachfrage und Energieversorgung, insbesondere durch kosteneffiziente Einsparungen beim Energie-

endverbrauch, Initiativen für eine Laststeuerung und eine effizientere Umwandlung, Übertragung und Verteilung von Energie bei allen Entscheidungen über Planung sowie Politiken und Investitionen im Energiebereich, und gleichzeitig die Ziele dieser Entscheidungen zu erreichen.“

Die mit dem Grundsatz verbundenen Pflichten in Art. 3 EnEff-RL richten sich allein an die Mitgliedstaaten. Art. 27 Abs. 1 EnEff-RL allerdings bezieht Art. 3 EnEff-RL ausdrücklich auf die nationalen Regulierungsbehörden. Die in Art. 3 EnEff-RL genannten Pflichten müssen demnach für die nationalen Regulierungsbehörden entsprechend gelten. Das kann nur Pflichten umfassen, die von den nationalen Regulierungsbehörden durchgeführt werden können. Insbesondere sind sie danach verpflichtet:

- ▶ die Anwendung von Kosten-Nutzen-Analysen zu fördern und sie ggf. anzuwenden (Art. 3 Abs. 5 lit. a) EnEff-RL),
- ▶ die Auswirkungen auf die Energiearmut anzugehen (Art. 3 Abs. 5 lit. b) EnEff-RL),
- ▶ eine Stelle oder Stellen zu benennen, die für die Überwachung des Grundsatzes zuständig ist (Art. 3 Abs. 5 lit. c) EnEff-RL),
- ▶ der Kommission über die Anwendung des Grundsatzes Bericht zu erstatten (Art. 3 Abs. 5 lit. d) EnEff-RL).

Außerdem legt Art. 3 Abs. 3 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 S. 1 EnEff-RL den nationalen Regulierungsbehörden nahe, die Empfehlung (EU) 2021/1749 zum Thema „Energieeffizienz an erster Stelle: von den Grundsätzen zur Praxis“ zu befolgen¹⁵⁵.

Die neue Formulierung des Art. 27 Abs. 2 EnEff-RL lässt eine Auslegung zu, nach der Art. 18 EBM-VO dem Grundsatz „Energieeffizienz an erster Stelle“ unterzuordnen wäre. Das hätte eine grundlegende Neuordnung des Rechtsrahmens zur Folge. Die primäre Zielsetzung wäre nicht mehr die Diskriminierungsfreiheit, sondern die Energieeffizienz. Einer solchen Auslegung entgegen steht allerdings der Anhang XIII der EnEff-RL. Nach dessen neu eingefügten

¹⁵⁵ Empfehlung (EU) 2021/1749 der Kommission vom 28. September 2021 zum Thema „Energieeffizienz an erster Stelle: von den Grundsätzen zur Praxis“ – Leitlinien und Beispiele zur Umsetzung bei der Entschei-

dungsfindung im Energiesektor und darüber hinaus, ABl. EU Nr. L 350 v. 04.10.2021, S. 9.

ersten Halbsatz müssen „Netztarife [...] transparent und nichtdiskriminierend sein und mit Artikel 18 der Verordnung (EU) 2019/943 im Einklang stehen“. Damit stellt der EU-Gesetzgeber klar, dass der Rechtsrahmen nicht grundlegend geändert werden soll.

Nach Art. 27 Abs. 6 EnEff-RL stellen die nationalen Regulierungsbehörden sicher, dass Anreize beseitigt werden, die sich nachteilig auf die Energieeffizienz auswirken. Dabei umfasst sind die Bereiche:

- ▶ Stromerzeugung
- ▶ Stromübertragung
- ▶ Stromverteilung
- ▶ Stromlieferung

Relevant ist weiter Art. 27 Abs. 5 i. V. m. Nr. 2 S. 1 Anhang XIII EnEff-RL. Diese Vorgabe begrenzt den Handlungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden zugunsten energieeffizienzsteigernder Systemdienstleistungen. Danach dürfen nationale Regulierungsbehörden Netzbetreiber oder Energieeinzelhändler nicht daran hindern, Systemdienste auf organisierten Strommärkten¹⁵⁶ zur Verfügung zu stellen für Laststeuerungsmaßnahmen, Nachfragemanagement und dezentrale Erzeugung. Nicht abschließend führt Nr. 2 Anhang XIII EnEff-RL konkretisierende Beispiele auf, die im Folgenden unter die drei aufgeführten Systemdienstvarianten eingeordnet werden:

- ▶ Laststeuerungsmaßnahmen (Demand Response; Var. 1), z. B.:
 - ▷ „Lastverlagerung von Spitzenzeiten in Nebenzeiten durch Endkunden unter der Berücksichtigung der Verfügbarkeit von Energie aus erneuerbaren Quellen, aus KWK und dezentraler Erzeugung“ (lit. a))
 - ▷ „Energieeinsparungen infolge der Laststeuerung bezüglich dezentraler Verbraucher durch unabhängige Aggregatoren“ (lit. b))

- ▶ Nachfragemanagement (Var. 2), z. B.:
 - ▷ „Nachfrageverringering infolge von Energieeffizienzmaßnahmen seitens Energiedienstleistern, darunter Energiedienstleistungsunternehmen“ (lit. c))
- ▶ Dezentrale Erzeugung (Var. 3), z. B.:
 - ▷ „Anbindung und Einsatz von Erzeugungsquellen auf niedrigen Spannungsebenen“ (lit. d))
 - ▷ „Anbindung von Erzeugungsquellen an verbrauchsnäheren Standorten“ (lit. e))
 - ▷ „Energiespeicherung“ (lit. f))

Die Formulierung „nicht hindern“ wirft in Abhängigkeit von dem gewählten Regulierungsmodus Fragen auf: Entscheidet sich eine nationale Regulierungsbehörde, Netzentgeltmethoden oder Tarife von Netzbetreibern lediglich zu genehmigen, ist die Formulierung unproblematisch. Wenn in den vorgeschlagenen Methoden oder Tarifen eine der oben genannten Systemdienstleistungen vorgesehen ist, dann darf die nationale Regulierungsbehörde sie den Netzbetreibern nicht verwehren. Wenn die nationale Regulierungsbehörde sich alternativ dafür entscheidet, Methoden für eine Netzentgeltbildung vorzugeben, müssen diese Methoden die Möglichkeit von Laststeuerungsmaßnahmen für die Netzbetreiber vorsehen. Denn ansonsten wären die Netzbetreiber an der Bereitstellung solcher Systemdienstleistungen gehindert.

Problematisch ist, wenn die nationale Regulierungsbehörde sich für den Modus der Einzelentgeltregulierung entscheidet – also netzbetreiberspezifisch die jeweiligen Tarife vorgibt. Es ist praxisfern, dass die nationale Regulierungsbehörde bei einer solchen Genehmigungsform jede der genannten Systemdienste berücksichtigen kann. Andererseits würden Netzbetreiber potentiell an der Zurverfügungstellung der Systemdienste gehindert, wenn sie nicht von der Einzelentgeltregulierung berücksichtigt würden. Hier sollte die EU-Gesetzgebung eine Klarstellung leisten.

¹⁵⁶ Nr. 2 S. 2 Anhang XI EnEff-RL a. F. (Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, ABl. EU Nr. L 315 v. 14.11.2012, S. 1, zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2023/807 der Kommission vom 15. Dezember 2022 zur Anpassung des Primärenergiefaktors für Strom gemäß der Richtlinie 2012/27/EU des Euro-

päischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 101 v. 14.04.2012, S. 16) definierte organisierte Strommärkte als „außerbörsliche Märkte und Strombörsen zum Handel mit Energie, Kapazität, Ausgleichs- und Hilfsdiensten in allen Zeiträumen, einschließlich Terminmärkte, Day-Ahead und Intraday-Märkte“.

c) Netzdienliche Effizienz

Als „netzdienliche Effizienz“ wird hier das Verhältnis zwischen den eingesetzten Ressourcen und dem damit erreichbaren Ertrag an Netzkapazität definiert. Auf die Erhöhung der netzdienlichen Effizienz zielt insbesondere Art. 18 Abs. 7 S. 2 Hs. 1 EBM-VO ab: Sollten Mitgliedstaaten intelligente Messsysteme¹⁵⁷ verwenden, ist nach Art. 18 Abs. 7 S. 2 Hs. 1 EBM-VO die nationale Regulierungsbehörde verpflichtet,

„zeitlich abgestufte Netztarife in Erwägung [zu ziehen] und [die nationalen Regulierungsbehörden] führen diese erforderlichenfalls ein, um die Nutzung des Netzes auf eine für die Endkunden transparente kosteneffiziente und vorhersehbare Weise zum Ausdruck zu bringen.“

Der deutsche Wortlaut legt nahe, dass nationale Regulierungsbehörden neben der Prüfpflicht auch verpflichtet sind, zeitlich abgestufte Netzentgelte einzuführen – wenn es erforderlich ist. In der englischen Sprachfassung lautet dieser Abschnitt allerdings:

„where appropriate, time differentiated network tariffs may be introduced“.

Damit stellt zumindest die englische Sprachfassung die Einführung zeitlich abgestufter Netzentgelte in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden. Dies legt nahe, die Regelung als Ermessensnorm einzuordnen, womit dieser nur klarstellender Charakter zukommt. Dass zeitlich abgestufte Netzentgelte möglich sind, ergibt sich bereits aus der Kostenorientiertheit im Sinne des Diskriminierungsverbots (C.II.1.a).

3. Transparenz

Neben dem Diskriminierungsverbot und den effizienzbezogenen Vorgaben lässt sich als dritter Regelungsbereich der Entgeltstrukturregulierung „Transparenz“ identifizieren¹⁵⁸. Er bezweckt die Gewährleistung und Unterstützung der anderen materiellen Vorgaben – etwa der Einhaltung des Diskriminierungsverbots¹⁵⁹. Aus den Vorgaben lassen sich insbesondere zwei Kriterien einer transparenten Netzentgeltregulierung ableiten:

- ▶ Antizipierbarkeit der wirtschaftlichen Folgen für Netznutzende¹⁶⁰,
- ▶ Bestimmtheit der Tarife und Tarifmethoden¹⁶¹.

Das materielle Transparenzgebot wird durch umfangreiche Verfahrens- und Publikationsvorgaben ergänzt¹⁶².

¹⁵⁷ Intelligente Messsysteme sind nach Art. 2 Nr. 45 EBM-VO i. V. m Art. 2 Nr. 23 EBM-RL „ein elektronisches System, das in der Lage ist, die in das Netz eingespeiste oder die daraus verbrauchte Elektrizität zu messen, das mehr Informationen als ein konventioneller Zähler liefert und mittels elektronischer Kommunikation Daten zu Informations-, Kontroll- und Steuerungszwecken übertragen und empfangen kann.“

¹⁵⁸ Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EBM-VO, Art. 59 Abs. 8 EBM-RL; vgl.: *Theobald/Hummel*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, ZNER 2003, S. 176 (178); *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 190 ff.; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 16; *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 104 f.; *Canty*, infraCOMP – Transparenzdefizite der Netzregulierung – Bestandsaufnahme und Handlungsoptionen, Juni 2015, https://static.agora-energiewende.de/fileadmin/Projekte/2014/transparente-energiwirtschaft/Agora_Transparenzdefizite_der_Netzregulierung_WEB.pdf; *Meyer*, Die Netzentgeltssystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 211 f.

¹⁵⁹ *Meyer*, Die Netzentgeltssystematik Strom – Eine rechtlich ökonomische Analyse, 2021, S. 211; *Schellberg*, Die Regulierung der Netzzugangsentgelte nach der EnWG-Novelle, 2007, S. 16; *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 105.

¹⁶⁰ *Theobald/Hummel*, Entgeltregulierung im künftigen Energiewirtschaftsrecht, ZNER 2003, S. 176 (178).

¹⁶¹ *Kaiser*, Verordnete Regulierung? – Die Bedeutung der Stromhandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 – und der Gashandelsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 – für den europäischen Energiebinnenmarkt, 2007, S. 105.

¹⁶² Vgl.: Art. 59 Abs. 8 EBM-RL; *Herrmann*, Europäische Vorgaben zur Regulierung der Energienetze – Eine Analyse der „Beschleunigungsrichtlinien“ zur Vollendung des Energiebinnenmarktes, 2005, S. 190 f.

III. Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden

Soweit der europäische Rechtsrahmen den nationalen Regulierungsbehörden Spielräume lässt, stehen die jeweiligen Regulierungsentscheidungen im Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden. Unscharfe Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung und Energieeffizienzrichtlinie bieten stellenweise einen sehr weiten Ermessensspielraum. Nach Art. 58 S. 1 EBM-RL trifft die Regulierungsbehörde bei der Erfüllung ihrer Regulierungsaufgaben alle Maßnahmen zur Verwirklichung der „[a]llgemeinen Ziele der Regulierungsbehörde“. Erforderlichenfalls handelt sie dabei in engem Einvernehmen mit anderen nationalen Behörden.

Der ausführliche Katalog an allgemeinen Zielen aus Art. 58 EBM-RL enthält detaillierte Vorgaben, die ermessenslenkend den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden wiederum einschränken. Die gerichtliche Kontrolldichte des Ermessensspielraums der nationalen Regulierungsbehörden kann jeder Mitgliedstaat als Ableitung der Verfahrenautonomie selbst festlegen¹⁶³.

IV. Zwischenergebnis

Die Vorschriften des EU-Rechtsrahmens zur Netzentgeltregulierung lassen sich anhand der Regulierungsebenen Entgeltneuausgleich und Entgeltstrukturregulierung systematisieren. Für die Entgeltneuausgleich bestimmt das EU-Recht einen dynamischen objektiven Effizienzkostenmaßstab, der mit der Vergleichsmarktmethode zu ermitteln ist. Die zu berücksichtigenden Kostenfaktoren werden abschließend vom EU-Recht bestimmt. Der Regulierungsmechanismus muss Anreize zur Effizienzsteigerung enthalten.

Die Vorgaben für die Entgeltstrukturregulierung können aufgeteilt werden in die Regelungskomplexe Diskriminierungsverbot, Effizienzsteigerung und Transparenzgebot. Das Diskriminierungsverbot ist der Kern der Entgeltstrukturregulierung und wird durch zahlreiche Regelungen konkretisiert.

Die nationalen Regulierungsbehörden können diskriminierende Netzentgelttarife rechtfertigen. Das verschafft ihnen einen weitgehenden Ermessensspielraum. In der Entgeltneuausgleich ist der Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörden begrenzt – ursächlich ist dafür die abschließende Liste an berücksichtigbaren Kosten.

Ein kohärentes Verständnis der Vorgaben ist nur mit großem Aufwand möglich. Wenn der EU-Gesetzgeber eine einheitliche und rechtssichere Auslegung durch die nationalen Regulierungsbehörden gewährleisten will, ist eine konsolidierende und klarstellende Reform geboten.

¹⁶³ M. w. N.: *Ludwigs*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency? – Europarechtliche Anstöße und verfassungsrechtliche Grenzen, Die Verwaltung 2011, S. 41 (72); *Ludwigs*, EU-rechtliche Vorgaben und nationale Gestaltungsspielräume – Behördenunabhängigkeit und Regulierungsermessen als Sicherung der effektiven Umsetzung von EU-Recht, in: Säcker/Schmidt-Preuß, Grundsatzfragen des Regulie-

rungsrechts, 2015, S. 251 (269); vgl. zum Themenfeld auch: *Kegel*, „Europäisches Ermessen“ in der Netzzugangs- und Entgeltregulierung, 2021; *di Fabio*, Unabhängige Regulierungsbehörden und gerichtliche Kontrolldichte, EnWZ 2022, S. 291; *di Fabio*, Gutachten im Auftrag des BDEW vom 20.06.2022, BeckRS 2022, 20657.

D. Gesamtfazit

Die aktuelle Ausgestaltung des EU-Rechtsrahmens der Entgeltregulierung im Stromsektor stützt sich zu großen Teilen auf die wirtschaftstheoretischen Grundsätze im EU-Primärrecht. Das dort verankerte Ziel der Gewährleistung von volkswirtschaftlicher Wohlfahrt stellt auch das Leitmotiv der Stromnetzentgeltregulierung im europäischen Rechtsrahmen und damit für die nationalen Regulierungsbehörden dar: die Verhinderung von Monopolrenten und „wohlfahrtsschädlichen“ Preisdifferenzierungen sowie die Gewährleistung des Wettbewerbs auf den vor- und nachgelagerten Strommärkten.

Im EU-Rechtsrahmen verwirklicht sich dieses Leitmotiv insbesondere im dynamischen objektiven Effizienzkostenmaßstab und im Diskriminierungsverbot. Neben diesem Leitmotiv befähigt und verpflichtet der europäische Rechtsrahmen die nationalen Regulierungsbehörden, auch weitere Motive zu verfolgen: Ziele wie der Klima- und Umweltschutz, eine soziale Tarifierung und die Förderung von KWK-Anlagen können Ausnahmen vom Diskriminierungsverbot der Entgeltstruktur begründen. Querschnittszielsetzungen sind die Steigerung von Energieeffizienz und Gewährleistung von Transparenz.

Bei der Umsetzung dieser Vorgaben gewährt der EU-Rechtsrahmen den nationalen Regulierungsbehörden einen diversen Ermessensspielraum. Das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden ist bei der Entgeltniveauregulierung eingeschränkter als bei der Entgeltstrukturregulierung: Im Bereich der Entgeltniveauregulierung steht den nationalen Regulierungsbehörden allein die Ausgestaltung des Regulierungsmechanismus frei. Ermittlungsmethode ist die Vergleichsmarktmethode. Welche Kosten im Rahmen des dynamischen objektiven Kostenmaßstabs berücksichtigt werden können, gibt das EU-Recht abschließend vor.

Anders im Bereich der Entgeltstrukturregulierung: Die nationalen Regulierungsbehörden können vom Dogma des Diskriminierungsverbots im Wege der Rechtfertigung abweichen. Der Ermessensspielraum ist

gleichwohl nicht unbegrenzt. Teilweise normiert der EU-Rechtsrahmen ausdrückliche Grenzen. Daneben müssen die nationalen Regulierungsbehörden allgemeine Rechtfertigungsbeschränkungen wie die Verhältnismäßigkeit beachten. Außerdem bewegt sich die Entgeltstrukturregulierung nur im Rahmen des Gesamtaufkommens der Netzentgelte, das von der Entgeltniveauregulierung bestimmt wird. Weiter ist das Ermessen durch ermessenslenkende Vorschriften beeinflusst und seine Ausübung durch Gerichte kontrollierbar.

Bislang war unklar, ob den nationalen Regulierungsbehörden ein ausdrückliches klimaschützendes Mandat zukommt. Nach der kürzlich erfolgten Elektrizitätsbinnenmarktreform wurden mit Art. 18 Abs. 2 lit. b) und lit. f) EBM-VO explizite klimaschützende und energiewendefördernde Anforderungen an die Netzentgeltregulierung normiert:

- ▶ die Förderung der Integration erneuerbarer Energien sowie
- ▶ die Pflicht zur Verwirklichung der in den integrierten nationalen Energie- und Klimaplänen festgelegten Ziele.

Problematisch ist, dass der EU-Rechtsrahmen stellenweise unklar und nicht kohärent in verschiedenen Rechtsakten geregelt ist. Diese komplexe Regelungstechnik birgt die Gefahr einer nicht harmonischen Interpretation durch die nationalen Regulierungsbehörden. Daraus folgt eine allgemeine Rechtsunsicherheit. Die jüngsten Anpassungen des EU-Rechtsrahmens im Zuge der Elektrizitätsbinnenmarktreform haben diesbezüglich keine Verbesserung bewirkt.

Insgesamt zeigt sich: Das EU-Recht der Netzentgeltregulierung im Stromsektor ist noch immer reformbedürftig. Sollte der EU-Gesetzgeber die Netzentgeltregulierung EU-weit stärker als bislang als Instrument der Transformation des Energiesystems einsetzen wollen, wären sowohl strukturelle als auch inhaltliche Änderungen erforderlich.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Verbundprojekt: unIT-e² – Reallabor für verNETZte E-Mobilität“



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages