

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Mangelnde grenzüberschreitende Netzkapazitäten – Engpässe	21
A.	Problemstellung und Gang der Untersuchung	21
B.	Grenzüberschreitende Netzkapazität: Verbindungsleitung	23
I.	Engpass - physikalisch definiert	24
II.	Engpass - ökonomisch definiert	25
C.	Kapazitäten als Grundlage für den physikalischen Stromhandel	26
I.	Zugang zu Netzkapazitäten	26
II.	Einzelne Netze und ein europäischer Netzverbund	27
1.	Die Europäische Union und ihre Netze	28
2.	Das neue Verbundnetz: ENTSO-E	29
3.	Die verschiedenen Spannungsleitungen in der Europäischen Union	30
D.	Grenzüberschreitender Handel - grenzüberschreitende Kapazitätsnutzung	32
E.	Nachweis für die Notwendigkeit von Interkonnektoren	33
I.	Die Sektorenuntersuchung, ein Bericht über den Strom- und Gassektor	33
II.	Bericht gem. § 63 Abs. 4a EnWG zur Auswertung der Netzzustands- und Netzausbauberichte der deutschen Elektrizitätsübertragungsnetzbetreiber und der Monitoringbericht 2008 gem. § 63 Abs. 4 EnWG	40
III.	Weitere Gutachten	42
IV.	Bestätigung der Notwendigkeit von Interkonnektoren durch ein BGH-Urteil	43
F.	Maßnahmen, um den Mangel zu beheben	44
I.	Rechtliche Maßnahmen gegen Engpässe	44
1.	Richtlinien	44
a)	Ursprünglicher Entwurf - Endfassung	45
b)	Art. 6 RL 2005/89/EG	46
2.	Entscheidungen	47
a)	Die Pflichten	48
b)	Die verschiedenen Ausbauvorhaben und ihre Förderungsmöglichkeiten	48
c)	Auswahl der Vorhaben – Bedarfsplan der Kommission	49
d)	Ergebnisse der Entscheidung 1364/2006/EG	51

e) Bindungswirkung der 1364/2006/EG Entscheidung (= Leitlinien)	51
f) Abschließende Bewertung der Entscheidung 1364/2006/ EG mit Bezug auf die Mitgliedstaaten und ihrer Verpflichtung zur Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes	52
3. Gesetze	53
II. Technische Maßnahmen gegen Engpässe	54
G. Bleibender Mangel wegen hoher Nachfrage	55
 § 2 Folgen eines Ausbaus für den grenzüberschreitenden Handel	 57
A. Kapazitätsnutzung: Gewinne durch die Erhebung von Netzentgelten	58
I. Netzentgelt für die Kapazität	58
II. Entgelt für die Systemdienstleistung: Spannung-/ Frequenzhaltung und Ausgleich	58
1. Wirtschaftlicher Ausgleich durch Bilanzkreise	59
2. Physikalischer Ausgleich durch den Bilanzkreisverantwortlichen und den Netzbetreiber	59
III. Das Netznutzungsverhältnis im Speziellen	61
1. Physikalische Voraussetzung	61
2. Vertragliche Voraussetzung	62
IV. Berechnung der Netzentgelte	63
B. Der Stromhandel und die Auswirkungen von Netzengpässen	65
I. Unterschiedliche Grenzkosten bei Engpässen	65
II. Grenzüberschreitender Stromhandel	67
1. Grenzüberschreitender Stromhandel – das übliche Verfahren	67
2. Grenzüberschreitender Stromhandel – die typische Engpasssituation	69
a) Explizite Auktionen	71
b) Implizite Auktionen	71
c) Zweckgebundenheit der Engpass-Auktionserlöse: verminderte Netzentgelte	72
d) Nachteile von Auktionsverfahren	73
3. Schlussfolgerungen für das Problem der mangelnden Kapazitäten	73
C. Wirtschaftliche Auswirkungen eines Ausbaus	74
I. Allgemeine wirtschaftliche Auswirkungen: mehr Wettbewerb im Netz	74

II. Wirtschaftliche Auswirkungen eines Netzausbaus für den Netzbetreiber: Aufhebung der Engpässe – Aufhebung der Auktionsverfahren – erhöhte Netzentgelte	76
§ 3 Mangel an Interkonnektoren: Rechtlicher Vorwurf gegenüber den Netzbetreibern – Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung	78
A. Verstoß gegen Art. 34 AEUV	78
I. Adressat: der private Unternehmer	79
II. Adressat: der Staat	80
B. Verstoß gegen Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EG)	81
I. Einheitliches Verhalten im Nichtausbau	82
II. Nachweisbarkeit	84
C. Verstoß gegen Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG)	84
I. Einführung in den Missbrauchstatbestand	85
II. Das missbräuchliche Verhalten des Netzbetreibers, eines marktbeherrschenden Unternehmens	86
1. Marktstruktur - marktbeherrschende Stellung des Netzbetreibers als natürlicher Monopolist	86
a) Gründe für die natürliche Monopolstellung	86
b) Die Duopolstellung zweier Netzbetreiber an den Grenzen	88
2. Vertikale Integration: Netzbetreiber im Unternehmensgeflecht des Energieerzeugers, Marktbezug - Marktmachttransfer	90
a) Der leverage-effect - Machttransfer	91
b) Diskriminierungspotential	92
3. Rechtliche Folgen der vertikalen Integration und des Marktbezugs zwischen Netzbetreiber und Stromerzeuger: Zugang	92
a) Wettbewerbsverantwortung: Netzöffnung – Nichtbefolgung: Verletzung von Art. 102 AEUV	93
b) Machttransferverbot wegen des höherrangigen Ziels, Wettbewerb zu schaffen	94
c) Essential-Facilities-Doktrin bzw. die Verweigerung des Netzzugangs als Verstoß gegen Art. 102 AEUV	95
d) Kritik an der Essential-Facilities-Doktrin	97
e) Wesentliche Entscheidungen zur Essential-Facilities-Doktrin	98
f) Die Essential-Facilities-Doktrin im Stromsektor	100
aa) Wesentliche Einrichtung	100
bb) Marktstellung auf dem relevanten Markt	101

(1) Der sachlich relevante Markt	101
(2) Der räumlich relevante Markt	102
(3) Marktbeherrschung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben	103
g) Die Essential-Facilities-Doktrin im energierechtlichen Regulierungsrecht	104
h) Zusammenfassung	105
4. Rechtliche Folgen der vertikalen Integration und des Marktbezugs zwischen Netzbetreiber und Stromerzeuger	106
a) Ausweitung der Marktstrukturverantwortung/der Essential-Facilities-Doktrin auf eine Ausbaupflicht wegen Machttransfer	106
aa) Der Machttransfer beim Nichtausbau	108
bb) Kapazitäten als Grenzen der Marktstrukturverantwortung	109
cc) Missbrauch im Nichtausbau: Der Nichtausbau und die Folgen für das Gesamtunternehmen – verminderte Netzentgelte im Verhältnis zu konkurrenzlosen Konzerngewinnen	110
dd) Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens durch einen Ausbauzwang im Licht der ökonomischen Schulen	112
(1) Chicago-School	113
(2) Harvard-School	114
(3) Wettbewerbsfunktionen allgemein	115
(4) Harvard-Ziele im europäischen Regulierungsrecht	117
(5) Zusammenfassung und eigene Stellungnahme	118
b) Grad der notwendigen Marktöffnung	119
c) Fall vom Bundeskartellamt	121
d) Ältere Kommissionsfälle	122
e) Aktuelle Kommissionsfälle	123
aa) Der Fall Schwedische Interkonnektoren – Ausbeutungsmissbrauch	123
bb) Der Fall GDF Suez, Langfristbuchungen und Investitionsverhalten	126
cc) Verfahren RWE/ENI: Behinderungsmissbrauch – strategic underinvestment	126
dd) Zusammenfassung und Tendenz der Kommission zur Ausbaupflicht	127

f) Kostentragung	128
g) Aufhebung des Machttransfers durch eigentümerrechtliche Entflechtung	128
h) Milderer Mittel: Ausweitung der Marktstrukturverantwortung auf eine Ausbaupflicht	129
i) Zusammenfassung: Erweiterung der Marktstrukturverantwortung zu einer Ausbaupflicht	129
5. Eingrenzung der neuen Marktstrukturverantwortung: Konflikt zwischen Wettbewerbsziel der Allgemeinheit und Grundrechten der Netzbetreiber	131
a) Eigentumsfreiheit	132
aa) Schutzbereich	133
bb) Eingriff	133
cc) Rechtfertigung	134
(1) Legitimer Zweck: Verbesserung des Wettbewerbs	135
(2) Verhältnismäßigkeit: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit	138
b) Berufsfreiheit	140
aa) Schutzbereich	140
bb) Eingriff	142
cc) Rechtfertigung	144
(1) Legitimer Zweck	144
(2) Verhältnismäßigkeit: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit	144
c) Allgemeine Handlungsfreiheit	145
D. Netzausbaupflicht aus dem Sekundärrecht	146
I. Primär- vs. Sekundärrecht	146
II. Europäische Energierechtskompetenz	147
1. ex-Art. 95 (Art. 114 AEUV), ex-Art. 47 Abs. 2 (Art. 53 AEUV), ex-Art. 55 EG (Art. 62 AEUV)	147
2. Der Lissabon-Vertrag	148
III. Übersicht zu den wichtigsten Richtlinien im Energiesektor	149
1. Richtlinie 96/92/EG	149
2. Beschleunigungsrichtlinie Strom 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG	150
3. Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG - Das neue Dritte Binnenmarktpaket	150

a)	Anstoß für die Richtlinie 2009/72/EG	150
b)	Inhalt des ganzen Dritten Binnenmarktpakets	151
c)	Größter Diskussionspunkt - Strengere Entflechtungsvorschriften	152
aa)	Ownership-unbundling	152
bb)	Argumente gegen das Ownership- Unbundling	153
cc)	ISO und ITO	154
	(1) ISO, Der Unabhängige Netzbetreiber, Art. 13	154
	(2) ITO, Der Unabhängige Übertragungsnetzbetreiber, Art. 17	155
	(3) Besonderheit bei staatlich geführten Energieversorgungsunternehmen	156
	(4) Das Zertifizierungsverfahren	157
d)	Auswirkungen dieser neuen Entflechtungsvorschriften auf Investitionsanreize	157
4.	Kernbestimmungen mit Bezug zum Netzzugang und den Verbindungskapazitäten– Richtlinie 2003/54/EG und Richtlinie 2009/72/EG	158
a)	Begriffsbestimmungen, Art. 2 Nr. 4	158
b)	Aufgaben der Übertragungsnetzbetreiber	158
aa)	Art. 9 der RL 2003/54/EG	158
bb)	Art. 12 der RL 2009/72/EG	159
c)	Die Zugangsnorm	159
aa)	Art. 20 der RL 2003/54/EG	159
bb)	Art. 32 der RL 2009/72/EG	160
d)	Neu: Netzausbau und Befugnis zum Erlass von Investitionsentscheidungen für nationale Investitionspläne beim ITO-Modell	160
aa)	Inhalt	160
bb)	Beurteilung dieser neuen Vorschrift	161
	(1) Umschreibung einer Ausbaupflicht	161
	(2) Sicherung der Durchsetzung des zehnjährigen Netzinvestitionsplans	162
	(3) Vergleich zum ISO-Modell, Art. 13 RL 2009/72	162
	(4) Kritik	162
5.	Zusammenfassung bezüglich der Richtlinien	163
IV.	Stromhandelsverordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel	164
1.	Verordnung 1228/2003 und Verordnung 714/2009	165
a)	Erwägungsgründe beider Verordnungen	165

b) Schwerpunkt: Engpassmanagement	166
2. Verordnung 714/2009	166
a) Änderungen bezüglich der Erlöse aus Engpässen	166
b) ENTSO-E - Zusammenschluss der Übertragungsnetzbetreiber, Art. 4, Art. 8 VO 714/2009	167
c) Vorschrift mit Bezug zu grenzüberschreitenden Investitionen – Ein unverbindlicher Plan	168
d) Verfahren zur Erstellung des Plans	169
e) Ausnahmeregelung für neue Verbindungsleitungen: Art. 7 VO 1228/2003 bzw. Art. 17 VO 714/2009	171
aa) Voraussetzungen für eine Ausnahmeregelung	171
bb) Beispiele von neuen Verbindungsleitungen	172
cc) Kritik an dieser Regelung	172
3. Zusammenfassung bezüglich der Verordnung	172
V. Aufsichtsorgane und ihre Befugnisse im Rahmen des Dritten Binnenmarktpakets im Allgemeinen	173
1. Nationale Regulierungsbehörde	173
a) Richtlinie	173
b) Verordnung	174
2. ACER, Verordnung 713/2009	175
3. Kommission	176
4. Abschließende Bewertung zu den verschiedenen Überwachungs-/Kontrollmechanismen und der sekundärrechtlichen Ausbaupflicht	176
§ 4 Mangel an Interkonnektoren: Rechtlicher Vorwurf gegenüber den Mitgliedstaaten: Verstoß gegen das Binnenmarktziel	177
A. Primärrechtliche Zielvorgaben	177
I. Der Binnenmarkt, Art. 26 AEUV (ex-Art. 14 EG)	177
II. Raum ohne Binnengrenzen, Gemeinsamer Markt, Art. 3 EUV (ex-Art. 2 EU, ex-Art. 2 EG)	178
III. Verwirklichung eines Binnenmarktes als Tätigkeitsfelder, Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV (ex-Art. 3 lit. c, g EG)	179
IV. Offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, Art. 119, 120 AEUV (ex-Art. 4 EG, ex-Art. 98 EG)	180
V. Rechtliche Bindungswirkung der Binnenmarktziele für die Unternehmen	181
B. Verstoß gegen primärrechtliche Pflichten	182
I. Europäische Fördermittel nach Art. 170 ff. AEUV (ex-Art. 154 ff. EG)	183

II.	Missbrauchsverbot: Anordnungspflicht aus der Verwirklichungspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) i.V.m. Art. 102 AEUV	184
1.	Die Verwirklichungspflicht	184
2.	Nichtbeachtung der Verwirklichungspflicht i.V.m. der Missbrauchsvorschrift	186
a)	Argumente gegen die Anwendung des Art. 102 AEUV in Bezug auf Mitgliedstaaten	186
b)	Argumente für die Anwendung des Art. 102 AEUV in Bezug auf mitgliedstaatliches Verhalten i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV	187
III.	Warenverkehrsfreiheit: Anordnungspflicht aus der Schutzpflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG)	188
1.	Lex specialis: Prüfung von Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG) neben dem Sekundärrecht	188
2.	Sachlicher Anwendungsbereich: Elektrizität als Ware	189
3.	Adressaten des Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG)	191
4.	Unterlassen als staatliche Maßnahme - Schutzpflicht	191
a)	Maßnahme gleicher Wirkung	192
b)	Schutzpflicht	193
5.	Grenzüberschreitender Bezug	195
6.	Tatbestandsreduktion des Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG) - Keck	195
IV.	Argumente gegen eine staatliche Anordnungspflicht	196
1.	Allgemeines Eigentumsrecht/Berufsfreiheit der Netzbetreiber	196
2.	Verbraucherschutz	197
3.	Umweltschutz	197
V.	Erfüllung der Anordnungspflicht	198
1.	Erfüllung der Schutz- und Verwirklichungspflicht durch bereits erlassene Gesetze	198
a)	Netzausbaupflicht der Unternehmen im EnWG	199
b)	Gesetzliche Anordnungsmöglichkeit der Bundesnetzagentur von Amts wegen nach dem EnWG	200
aa)	Das allgemeine Missbrauchsverfahren von Amts wegen, § 30 EnWG	200
bb)	Ermessen	201
2.	Erfüllung der Schutz- und Verwirklichungspflicht durch das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus von Höchstspannungsleitungen (EnLAG) von 2008	204

a)	Regelungsgehalt des Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze (AusbauG)	204
b)	Kritik und eigene Stellungnahme	205
3.	Erfüllung der Schutz- und Verwirklichungspflicht nach § 23 ARegV	206
4.	Zusammenfassung: Folge des Primärrechts für den Mitgliedstaat in Bezug auf den Interkonnektorenausbau	207
C.	Anordnungspflicht aus dem Sekundärrecht	208
I.	Die alte Richtlinie 2003/54/EG	208
II.	Die neue Richtlinie 2009/72/EG	210
1.	Art. 22 der Richtlinie 2009/72/EG, der verbindliche Investitionsplan	210
2.	Art. 3 der Richtlinie 2009/72/EG	211
III.	Entscheidung der Kommission 1364/2006/EG	211
§ 5	Rechtsbehelfe wegen fehlender Interkonnektoren	213
A.	Rechtsbehelfe des Petenten	214
I.	Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen des Zugangspetenten auf Ausbau	214
1.	Anspruch gegen den Netzbetreiber auf Netzausbau - § 11 EnWG i.V.m. Art. 102 AEUV	214
a)	subjektives Recht aus § 11 Abs. 1 EnWG	214
aa)	Argumente der Literatur gegen eine einklagbare Ausbaupflicht	214
bb)	Argumente für eine einklagbare Ausbaupflicht	218
cc)	Drittschutz im Rahmen einer europarechtskonformen Rechtsfortbildung	221
dd)	Eigene Stellungnahme zu dem Drittschutz in § 11 EnWG mit Bezug auf die Erfüllung der primärrechtlichen Anordnungspflicht	221
ee)	Kostentragung	223
ff)	Zusammenfassung	223
b)	Anspruchsinhalt	224
c)	Bindungswirkung des zivilrechtlichen Anspruchs für das öffentlich-rechtliche Genehmigungsverfahren	224
2.	Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung gem. § 32 Abs. 1 EnWG	225
II.	Schadensersatz	226
1.	Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 102 AEUV bzw. § 11 EnWG	226

a) Art. 102 AEUV als Schutzgesetz	226
b) § 11 EnWG als Schutzgesetz	228
c) Vorsatz/ Fahrlässigkeit	228
d) Ersatzfähiger Schaden	229
2. Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer gem. § 32 Abs. 3 EnWG	230
3. Schadensersatzanspruch gegen den Staat gem. § 839 BGB i.V.m. Artt. 34, 102, AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV	231
a) Art. 34 AEUV als subjektives Recht	232
b) Art. 102 AEUV als subjektives Recht	233
c) Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG)	234
d) ex-Art. 3 lit. g EG (heute vergleichbar mit Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV): ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt	234
e) Hinreichend qualifizierter Verstoß	234
III. Verwaltungsrechtliche Rechtsgrundlage für den Ausbaupetenten - Maßnahmen von Bundesnetzagentur und/oder Kommission	236
1. Handeln der Bundesnetzagentur: Das besondere Missbrauchsverfahren - ein Antragsverfahren nach § 31 EnWG	236
a) Prüfungsrahmen des § 31 EnWG	237
b) Antragsberechtigt	237
c) Interessenberührung	237
d) Verhältnis zwischen § 30 EnWG und § 31 EnWG	238
2. Konkurrenzen allgemein	239
3. Beschwerdeverfahren im europäischen Recht	240
4. Voraussetzungen für ein Verfahren nach Art. 7 Abs. 2 VO 1/2003	241
a) Verletzung von Interessen	241
b) Aufgreifermessen - Gemeinschaftsinteresse	242
c) Das Verfahren der Kommission	243
d) Rechtsfolgen eines festgestellten Verstoßes gegen Art. 102 AEUV	243
e) Mögliches Vorgehen des Zugangspetenten bei negativer Entscheidung der Kommission	244
f) Zusammenfassung	244
B. Rechtsbehelf der Kommission gegen den Staat: Vertragsverletzungsverfahren	245
I. Aktuelles Vertragsverletzungsverfahren	246

II. Bewertung dieses Vertragsverletzungsverfahrens in Bezug auf den mangelnden Kapazitätsausbau	247
C. Rechtsbehelf anderer Mitgliedstaaten gegen einen Mitgliedstaat, Staatenklage	248
D. Rechtsbehelf des Petenten gegen den Mitgliedstaat wegen Primärrechtsverletzung	248
E. Zusammenfassung	248
§ 6 Ergebnisse der Arbeit	250
Literaturverzeichnis	255