

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
Teil I: Rahmenbedingungen und Beurteilungskriterien von regulierungsrechtlicher Ausbausteuerung	27
1 Grundlagen der Arbeit	29
1.1 Verlauf der Untersuchung	29
1.2 Relevante Definitionen	30
1.2.1 Definition wesentlicher Untersuchungsgegenstände	30
1.2.2 Definition und Abgrenzung wesentlicher Untersuchungskriterien	33
1.3 Wirtschaftlicher und technischer Hintergrund der Fragestellung	35
1.3.1 Das Marktumfeld der Netzbetreiber	35
1.3.2 Die regulierungsrechtlichen Pflichten der Netzbetreiber im Überblick	37
1.3.3 Die Interessenkonflikte des Netzbetreibers	38
1.4 Ab- und Eingrenzung des Themas	41
1.4.1 Fokus auf deutschem Teilstück von grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen	41
1.4.2 Fokus auf regulierungsrechtlicher Steuerung von Aus- und Neubau	42
1.4.3 Definition des relevanten, europäischen Rechtsrahmens	43
1.5 Auswertung theoretischer Grundlagen zu staatlicher Steuerung	45
1.5.1 Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu staatlichem Steuerungshandeln	45
1.5.1.1 Grundsätzliche Unmöglichkeit, durch Recht zu steuern?	45
1.5.1.2 Perspektive der Steuerungsdiskussion	47
1.5.2 Rechtswissenschaftliche Grundlagen	49
1.5.2.1 Bereitstellung von Optionen durch Verwaltungsrecht	49
1.5.2.2 Rechtliche Vollzugssteuerung im Energieregulierungsverbund	51

1.6 Zwischenergebnis: Erkenntnisinteresse der Arbeit angesichts der dargestellten Grundlagen	53
1.7 Methodische Vorüberlegungen	54
<b>2 Die Steuerungskompetenzen der Union und ihre Grenzen</b>	<b>57</b>
2.1 Vorbemerkungen zur Kompetenzlage im Energiebereich unter AEUV und EG	58
2.1.1 Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	58
2.1.2 Grundsätzlich in Frage kommende Kompetenznormen	58
2.1.3 Klassifizierung der Kompetenzen in unterschiedliche Kompetenztypen	59
2.1.4 Zwischenergebnis	60
2.2 Art. 101 ff. [ex Art. 81] AEUV	60
2.2.1 Art. 102	61
2.2.1.1 Relevanter Markt und marktbeherrschende Stellung	61
2.2.1.2 Spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung	62
2.2.1.3 Missbrauch	62
2.2.1.3.1 Diskriminierungsmisbrauch	62
2.2.1.3.2 Verstoß gegen die essential facilities Doktrin	63
2.2.2 Art. 101 AEUV	65
2.2.2.1 Ende des Konzernprivilegs	65
2.2.2.2 Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen	66
2.2.3 Zwischenergebnis	67
2.2.4 Praktiziertes Vorgehen der Kommission zur Förderung von Netzausbau	67
2.2.5 Bewertung der Kompetenznorm	68
2.3 Art. 170 ff. [ex Art. 154] AEUV	69
2.3.1 Aus- und Aufbau transeuropäischer Netze	70
2.3.2 Die begrenzten Handlungsformen der Union	70
2.3.2.1 Leitlinien nach Art 171 I erster Spiegelstrich AEUV und Beihilfen nach Art. 171 I dritter Spiegelstrich AEUV	71
2.3.2.2 Aktionen zur Interoperabilität nach Art. 171 I zweiter Spiegelstrich AEUV	72
2.3.3 Bewertung der Kompetenznorm	72

2.4	Art. 114 [ex Art. 95] AEUV	73
2.4.1	Nationalstaatliche Normen als Binnenmarktbeeinträchtigung	74
2.4.2	Der Begriff der Rechtsangleichung	74
2.4.3	Harmonisierungskompetenz in Ausbaufragen?	75
2.4.3.1	Generelles Verhältnis zwischen Art. 170 ff. AEUV und Art. 114 AEUV	76
2.4.3.2	Die konkreten Instrumente vor dem Hintergrund der Schwerpunkttheorie des EuGH	77
2.4.4	Bewertung der Kompetenznorm	80
2.5	Art. 194 AEUV	80
2.5.1	Struktur der Kompetenznorm	82
2.5.2	Das Leitprinzip der Energiesolidarität	82
2.5.3	Interkonnektion der Energienetze	83
2.5.4	Förderung	84
2.5.4.1	Nur begrenzte Förderkompetenz im Sinne des EG?	84
2.5.4.2	Reichweite des Begriffs der Förderung	85
2.5.4.2.1	Wörtliche Auslegung	85
2.5.4.2.2	Systematische Auslegung	86
2.5.4.2.3	Historie und Wille der Vertragsparteien	87
2.5.4.3	Zwischenergebnis	88
2.5.5	Der Souveränitätsvorbehalt nach Art. 194 II S. 3 AEUV	88
2.5.6	Bewertung der Kompetenznorm	91
2.6	Kompetenzschränken und Kompetenzausübungsnormen	92
2.6.1	Art. 106 II [ex Art. 86 II] AEUV	92
2.6.1.1	Dienstleistung von allgemeinem Interesse	93
2.6.1.2	Betrauung	94
2.6.1.2.1	Betrauung durch gemeindliche Konzession?	94
2.6.1.2.2	Betrauung durch die Pflichten des EnWG	95
2.6.1.3	Verhinderung der besonderen Aufgabe („Erforderlichkeit“)	97
2.6.1.4	Beeinträchtigung des Handelsverkehrs entgegen dem Unionsinteresse	100
2.6.1.5	Ermächtigung nach Art. 106 III AEUV	100
2.6.1.6	Zwischenergebnis	102
2.6.2	Art. 345 [ex Art. 295] AEUV	103

2.6.3 Subsidiaritätsprinzip	106
2.6.3.1 Subsidiaritätsprinzip unter der Geltung des EG	107
2.6.3.2 Subsidiaritätsprinzip unter der Geltung des AEUV	108
2.7 Fazit zum zweiten Kapitel	108
 3 Angrenzende Rechtsbereiche als Quellen von Effizienz- und Kohärenzkriterien	 110
3.1 Effizienz- und Kohärenzkriterien aus dem energierechtlichen Zugangsregime	111
3.1.1 Effizientere Methoden der Kapazitätsermittlung und Kapazitätsbewirtschaftung	111
3.1.1.1 Allgemeine Vorüberlegungen zum Engpassmanagement	112
3.1.1.2 Engpassmanagement vertraglicher Engpässe	114
3.1.1.3 Engpassmanagement physischer Engpässe	115
3.1.1.4 Zwischenergebnis	116
3.1.2 Verwendung der Engpasserlöse	116
3.1.2.1 Engpasserlösverwendung im Strombereich	117
3.1.2.2 Engpasserlösverwendung im Gasbereich	119
3.1.2.3 Zwischenergebnis	120
3.2 Zwischenergebnis: Das Zugangsregime als Quelle von Kriterien	121
3.3 Effizienz- und Kohärenzkriterien aus dem TEN-E-Programm	121
3.3.1 Die unterschiedlichen Klassen von Vorhaben	122
3.3.1.1 Vorhaben von gemeinsamem Interesse	122
3.3.1.2 Vorrangige Vorhaben	123
3.3.1.3 Vorhaben von europäischem Interesse	123
3.3.2 Geringe Wirkung der TEN-E-Zuschüsse	124
3.3.3 Europäische Bedarfsplanung	125
3.3.4 Exkurs: Das EEPR	127
3.4 Fazit zum dritten Kapitel	128

Teil II: Analyse der gegenwärtigen Ausbauinstrumente im einzelnen	131
4 Investitionsanordnungen nach § 65 EnWG i.V.m. § 11 I EnWG	133
4.1 § 11 EnWG als zentrale, allgemein gültige Ausbauverpflichtung der Netzbetreiber	133
4.1.1 Vergleich mit spezialgesetzlichen Ausbaupflichten	134
4.1.1.1 Kein Anspruch Dritter auf Ausbau nach § 11 I EnWG	134
4.1.1.2 Begrenzung auf bedarfsgerechten Ausbau	135
4.1.1.3 Zwischenergebnis	136
4.1.2 Inhalt der Bedarfsgerechtigkeit	136
4.1.2.1 Feststellung des Investitionsbedarfs im Kontext von § 11 EnWG	138
4.1.2.1.1 Fehlende Prognosekompetenz der Behörde	138
4.1.2.1.2 Gesetzgeberische Bedarfsfiktion durch das EnLAG?	140
4.1.2.1.3 Bedarfsfiktion allein durch TEN-E-Ausweisung?	141
4.1.2.2 Netzbezogenheit des Bedarfs	143
4.1.2.3 Zwischenergebnis	144
4.1.3 Zumutbarkeitsschwelle	144
4.1.3.1 Einfachgesetzliche Konkretisierung der Zumutbarkeitsschwelle	144
4.1.3.2 Grundrechtliche Überprüfung hoheitlich durchsetzbarer Ausbauverpflichtungen	146
4.1.3.2.1 Die grundrechtliche Verankerung der Investitionsfreiheit	147
4.1.3.2.2 Persönlicher Schutzbereich der Grundrechte	147
4.1.3.2.2.1 Erfüllung öffentlicher Aufgaben als alleiniger Grund fehlender Grundrechtssubjektivität?	148
4.1.3.2.2.2 Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als Grund fehlender Grundrechtssubjektivität	150
4.1.3.2.2.3 Die Korrektivwirkung des einfachen Energierechts	152
4.1.3.2.2.4 Zwischenergebnis	154

4.1.3.2.3	Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 GG	154
4.1.3.2.4	Rechtfertigung	155
4.1.3.2.5	Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 I GG	157
4.1.3.2.6	Rechtfertigung	158
4.1.3.2.7	Zwischenergebnis	159
4.2	Ermessensausübung nach § 65 EnWG	160
4.3	Fazit zum Instrument der Investitionsanordnung	161
5	Investitionsbudgets in der Anreizregulierung	163
5.1	Grundlagen der Anreizregulierung	163
5.2	Investitionen und Anreizregulierung	164
5.3	Der Einfluss von Investitionsbudgets auf die Erlösobergrenze	165
5.4	Formelle Genehmigungsvoraussetzungen	167
5.4.1	Zuständigkeit	167
5.4.2	Antragsbedürftigkeit und Antragszeitpunkt der Kostenwirksamkeit	167
5.5	Materielle Genehmigungsvoraussetzungen	168
5.5.1	Anspruch auf Genehmigung	168
5.5.2	Übertragung und Fernleitung als privilegierte Netzstufen	168
5.5.3	Der Begriff der Erweiterungsinvestition	168
5.5.4	Relevante Kostentypen	170
5.5.4.1	Abschreibungen auf die Anschaffungs- und Herstellungskosten	170
5.5.4.2	Regulierter Eigenkapitalzinssatz	171
5.5.4.3	Regulierter Fremdkapitalzinssatz	171
5.5.5	Erforderlichkeit der Kosten	172
5.5.6	Notwendigkeit zur Erreichung privilegierter energiewirtschaftlicher Ziele	172
5.5.6.1	Die Systematik der Ziele nach § 23 I S. 1 ARegV untereinander	173
5.5.6.2	Zielbeitrag der Investition	173
5.5.6.3	Das Verhältnis von § 23 I S. 1 ARegV und § 23 I S. 2 ARegV	174
5.5.6.4	Konsequenzen für das Verhältnis von Investitionsanordnung und Investitionsbudget	174

5.5.6.5	Die Regelbeispiele nach § 23 I S. 2 ARegV mit Bezug zu Verbindungsleitungen	175
5.5.6.5.1	Rechtsfolge der Regelbeispiele: Vermutung der Zieltauglichkeit nach § 23 I S. 1 ARegV	176
5.5.6.5.2	Regelbeispiel für Investitionen in Stromverbindungsleitungen	177
5.5.6.5.3	Regelbeispiel für Investitionen in Gasverbindungsleitungen	178
5.6	Investitionsbudgets und Engpasserlöse	179
5.6.1	Engpasserlöse und Investitionsbudgets im Strombereich	179
5.6.2	Engpasserlöse und Investitionsbudgets im Gasbereich	181
5.7	Überprüfung der Anträge durch die Behörde mittels Referenznetzanalysen	182
5.7.1	Nicht-Anwendung von Referenznetzanalysen für TEN-E-Infrastrukturen?	183
5.7.2	Hilfsbetrachtung der BNetzA bis zur Fertigstellung des Planungsnetzmodells	184
5.8	Rechtsfolge: Genehmigung eines Investitionsbudgets	185
5.8.1	Anpassung der Erlösobergrenze mit T-2-Verzug	185
5.8.2	Bedingte Budgetgenehmigung	185
5.8.2.1	Ermächtigung der Behörde zum Erlass von Nebenbestimmungen	186
5.8.2.2	Kostenwirksamkeit keine zwingende Mindestgröße der Budgetdauer	186
5.8.2.3	Keine Gefährdung eines zumutbaren Ausbaus durch vorzeitiges Ende der Budgetgenehmigung	188
5.8.2.4	Tatsächliche Beeinflussbarkeit der Kapitalkosten nach der Investition	189
5.8.2.5	Inhaltliche Schlüssigkeit des BNetzA-Ansatzes	189
5.8.2.6	Definition der wesentlichen Szenariobedingungen als wesentlicher Überprüfungspunkt	190
5.9	Fazit zum Instrument des Investitionsbudgets	190
6	Regulierungsausnahme	193
6.1	Normative Grundlagen der Ausnahme	194
6.2	Umfang der Ausnahme	194
6.2.1	Ausnahmeumfang im Strombereich	194
6.2.2	Ausnahmeumfang im Gasbereich	195

6.3	Verfahren der Ausnahmebewilligung	196
6.3.1	Antragsbedürftigkeit und Zuständigkeit	196
6.3.2	Nachweis- und Beweislast	197
6.3.3	Vollzug im Energieregulierungsverbund	197
6.4	Die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen	202
6.4.1	Systematik und Auslegungsmaßstab	202
6.4.2	Privilegierte Investitionsvorhaben im Strombereich	202
6.4.3	Privilegierte Investitionsvorhaben im Gasbereich	203
6.4.3.1	LNG- und Speicheranlagen	203
6.4.3.2	Verbindungsleitungen	204
6.4.3.2.1	Grenzüberschreitende Fernleitung	204
6.4.3.2.2	Funktionales Element	205
6.4.3.2.2.1	Wörtliche Auslegung	207
6.4.3.2.2.2	Systematische Auslegung	208
6.4.3.2.2.3	Teleologische Auslegung	210
6.4.3.2.2.4	Europarechtskonforme Auslegung	212
6.4.3.2.2.5	Zwischenergebnis	213
6.4.4	Verbesserung des Wettbewerbs	213
6.4.4.1	Investition als auslösendes Moment	214
6.4.4.2	Betrachtungsobjekt Wettbewerb „bei der Versorgung“	216
6.4.4.2.1	Versorgung nach der StromVO	217
6.4.4.2.2	Versorgung nach dem EnWG	217
6.4.4.3	Marktabgrenzung auf den Energiemarkten	219
6.4.4.3.1	Relevante Marktstufen im Strombereich	219
6.4.4.3.1.1	Produktions- und Importmarkt	220
6.4.4.3.1.2	Verteilmarkt	220
6.4.4.3.1.3	Endkundenmärkte	221
6.4.4.3.2	Relevante Marktstufen im Gasbereich	221
6.4.4.3.2.1	Produzentenmarkt	221
6.4.4.3.2.2	Ferngasstufe 1	222
6.4.4.3.2.3	Ferngasstufe 2	223
6.4.4.3.2.4	Endkundenmärkte	223
6.4.4.3.3	Bedeutung der Marktabgrenzung im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht vor dem Hintergrund des Ownership Unbundling	224

6.4.5	Verbesserung der Versorgungssicherheit (nur bei Gas)	226
6.4.6	Bedeutung von Verfahren zur Bedarfsermittlung (insb. Open Season)	228
6.4.6.1	Rechtliche Bedeutung der Open Season Ergebnisse	229
6.4.6.2	Rechtschutz Dritter	230
6.4.7	Zwischenergebnis	231
6.4.8	Unbundlingvorgaben	232
6.4.8.1	Strombereich	232
6.4.8.2	Gasbereich	233
6.4.8.3	Zwischenergebnis	234
6.4.9	Erhebung von Entgelten	234
6.4.10	Keine nachteiligen Auswirkungen der Ausnahme	235
6.4.10.1	Ausnahme als auslösendes Moment	235
6.4.10.2	Wettbewerb nach Art. 7 I lit. f StromVO bzw. § 28 a I Nr. 5 EnWG	236
6.4.10.3	Effektives Funktionieren des Energiebinnenmarktes und des regulierten Netzes	237
6.4.11	Notwendigkeit einer Befreiung zur Realisierung des Projektes (Risikomerkmal)	238
6.4.11.1	Art möglicher Risiken	238
6.4.11.2	Kausalität zwischen Risiken und negativer Investitionsentscheidung	239
6.4.11.2.1	Nachweis negativer Investitionsabsicht	239
6.4.11.2.2	Die Regulierungsausnahme als Ultima Ratio der Ausbausteuerung	242
6.4.11.2.2.1	Finanzierung über regulierte Entgelte (insb. Engpasserlöse)	243
6.4.11.2.2.2	Planungssicherheit durch langfristige Verträge	244
6.4.11.2.2.3	Staatliche Beihilfen (insb. TEN-E Zuschüsse)	245
6.4.11.3	Zwischenergebnis	245
6.4.11.4	Stellungnahme zur bisherigen Genehmigungspraxis	246
6.5	Ausübung des Ermessens der Behörde	248
6.5.1	Die Planung alternativer, regulierter Infrastrukturen als Grund einer Totalversagung	249

6.5.2	Erteilung von Auflagen	250
6.5.2.1	Capacity Caps und Gas-Release	251
6.5.2.2	Verhinderung suboptimaler Kapazitätsmengen	252
6.5.2.3	Zeitlimit zur Nutzung der Genehmigung	253
6.5.2.4	Engpassmanagement und Anti-Hoarding	253
6.6	Missbrauchsaufsicht über befreite Infrastrukturen	254
6.6.1	Art. 101, 102 AEUV	254
6.6.2	Sektorspezifische Missbrauchsaufsicht	256
6.7	Änderungen an der Regulierungsausnahme durch das dritte Energiepaket	257
6.7.1	Befreiung von Unbundlingvorgaben	257
6.7.2	Kodifikation gängiger Behördenpraxis	259
6.7.3	Die Einbindung von ACER	259
6.7.4	Änderungen am Kontrollverfahren	260
6.7.5	Leitlinienermächtigung	261
6.7.6	Zwischenergebnis	262
6.8	Fazit zum Instrument der Regulierungsausnahme	262
<b>Teil III: Bewertung, Systematisierung und Zukunft der regulierungsrechtlichen Ausbausteuerung</b>		265
7	Bewertung und Systematisierung der gegenwärtigen regulierungsrechtlichen Ausbausteuerung	267
7.1	Einfluss angrenzender Rechtsbereiche auf den Instrumentenmix	267
7.1.1	Einfluss des TEN-E-Programms	267
7.1.1.1	Einbindung europäischer Beihilfen	268
7.1.1.2	Berücksichtigung der europäischen Bedarfsplanung	269
7.1.1.3	Zwischenergebnis	270
7.1.2	Einfluss des Zugangsregimes auf den Instrumentenmix	271
7.1.2.1	Vorrang effizienterer Kapazitätsbereitstellung	271
7.1.2.2	Engpasserlöse	272
7.1.2.3	Zwischenergebnis	274
7.2	Zusammenspiel der Instrumente untereinander	275
7.2.1	Kohärenz der konsensualen Instrumente untereinander	275
7.2.2	Kohärenz zwischen Investitionsanordnung und den beiden konsensualen Instrumenten	277
7.3	Bewertung des Vollzugs im Hinblick auf Kohärenz und Effizienz	279
7.3.1	Kritische Würdigung der Kommissionsentscheidungen	279
7.3.2	Kritische Würdigung der Entscheidungen der BNetzA	280

7.3.3 Die Ausbausteuerung im Energieregulierungsverbund	281
7.4 Systematisierung und Verbesserung der regulierungsrechtlichen Ausbausteuerung	283
7.5 Fazit zum siebten Kapitel	287
8 Zukunft der Ausbausteuerung: Instrumente im dritten Energiepaket und ihre Wirkung auf den Instrumentenmix	289
8.1 Neue Engpasserlösverwendung nach Art. 16 VI StromVO2009	289
8.1.1 Modalitäten einer Verrechnung mit den Netznutzungsentgelten	290
8.1.2 Gestaltungsspielraum der Netzbetreiber bei anderen Erlösverwendungen	290
8.1.3 Zwischenergebnis	291
8.2 10-jähriger Netzentwicklungsplan	292
8.2.1 Verpflichtende Umsetzung nur für ITO-Netzbetreiber	293
8.2.2 Adressaten der Netzentwicklungspläne	293
8.2.3 Inhalt des Planentwurfs	294
8.2.4 Plankontrolle durch die Regulierungsbehörde	294
8.2.4.1 Konsultationsverfahren der Behörde	295
8.2.4.2 Kohärenz mit dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan	295
8.2.4.3 Änderungsrecht der Behörde	296
8.2.5 Sanktionen bei Nichterfüllung des Plans	297
8.2.5.1 Aufforderung zur Investition durch Netzbetreiber	298
8.2.5.2 Ausschreibungsverfahren	299
8.2.5.3 Kapitalerhöhung	299
8.2.5.3.1 Vereinbarkeit mit europäischen Grundrechten	299
8.2.5.3.2 Vereinbarkeit mit deutschen Grundrechten	302
8.2.5.3.2.1 Überprüfung der Umsetzung europäischer Richtlinien anhand nationaler Grundrechte	302
8.2.5.3.2.2 Verletzung des Eigentumsrechts der Aktionäre	304

8.2.5.3.2.3	Verletzung des Eigentumsrechts der Netzbetreiber	305
8.2.5.4	Rechtsfolgen einer Sanktion	307
8.2.6	Einbindung in den bisherigen Instrumentenmix	307
8.2.6.1	Verhältnis zur Investitionsanordnung	308
8.2.6.2	Verhältnis zum Investitionsbudget	309
8.2.6.3	Verhältnis zur Regulierungsausnahme	311
8.2.7	Zwischenergebnis und Bewertung	312
9	Zusammenfassende Ergebnissicherung	315
9.1	Ungeklärte Methoden und Maßstäbe der Bedarfsfeststellung und -kontrolle in der regulierungsrechtlichen Ausbausteuierung	315
9.2	Geringer Einfluss des TEN-E-Programms auf die regulierungsrechtliche Ausbausteuierung	317
9.3	Der Optionenkorridor der regulierungsrechtlichen Ausbausteuierung	318
9.4	Ausbausteuierung als Referenzgebiet des Energieregulierungsverbunds	319
	Literaturverzeichnis	321