

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
A. Grundlegung	25
B. Gang der Untersuchung	28
1. Kapitel: Der Erdgassektor	30
A. Erdgas, unkonventionelles Erdgas und Biogas	30
B. Verwendungsmöglichkeiten	31
C. Aufbau der Wertschöpfungskette	32
D. Erdgasnachfrage und Erdgasangebot: Status quo und Entwicklung	33
I. Erdgasnachfrage	33
II. Erdgasangebot	36
1. Produktion in der Europäischen Union	36
2. Außereuropäische Erdgasbezugsquellen	37
a) Russland	38
b) Norwegen	38
c) Nordafrika	38
d) Südlicher Gaskorridor	39
E. Erdgastransport und Speicherung	40
I. Leitungsgebundener Transport	40
1. Technische Grundlagen	40
2. Importleitungen und innereuropäisches Ferntransportnetz	41
a) Importleitungskapazitäten der Europäischen Union	41
b) Bedeutende internationale Importleitungen	42
c) Bedeutende Importleitungsprojekte	42
d) Innereuropäisches Ferntransportnetz	43
II. LNG – Liquefied Natural Gas	44
1. Technische Grundlagen	44
2. LNG-Terminals in der Europäischen Union	45
3. Bedeutung	46
III. Speicherung	49
1. Technische Grundlagen	49
2. Erdgasspeicher in der Europäischen Union und in Deutschland	50
3. Bedeutung	51

F. Erdgasbinnenmarkt	53
I. Entwicklung	53
II. Motive für die Errichtung eines Erdgasbinnenmarktes	55
1. Der Erdgasbinnenmarkt aus ökonomischer Perspektive	55
2. Der Erdgasbinnenmarkt als Beitrag zur Versorgungssicherheit	57
III. Organisation - Marktgebiete	58
G. Notwendigkeit neuer Erdgasinfrastrukturen	59
H. Fazit zum 1. Kapitel	60
2. Kapitel: Legitimation regulatorischer Eingriffe in einem marktwirtschaftlichen System	62
A. Regulierung	62
I. Wirtschaftsregulierung	62
II. Sektorspezifische und horizontale Regulierung	65
III. Ex-ante-Regulierung und ex-post-Regulierung	65
B. Normative und positive Theorie der Regulierung	66
C. Rechtfertigungsansätze und Relativierungen	67
I. Markt und Wettbewerb	67
II. „Marktversagen“	70
III. Unvollkommenheiten des politisch-administrativen Systems	72
1. Informations- und Prognoseprobleme	72
2. Politökonomische Probleme	73
3. Kosten und Anreizverzerrungen	74
IV. Der komparative Ansatz der Neuen Institutionenökonomik	74
V. Außerökonomische Gründe und der Blickwinkel der NIÖ	79
VI. Fallgruppen mit Bezug zum Erdgassektor	80
1. Externe Effekte	80
2. Unteilbarkeiten	82
3. Informationsmängel	84
4. Opportunistisches Verhalten und Hold-Up-Problematik	84
D. Fazit zum 2. Kapitel	85
3. Kapitel: Die ordnungspolitische Problematik von Erdgasinfrastrukturen	87
A. Netzökonomische Grundlagen und wirtschaftspolitischer Handlungsbedarf	87
I. Netze, Netzwirtschaften und Netzinfrastrukturen	87
II. Netzebenen	89
III. Technische und ökonomische Besonderheiten von Netzen	89
1. Aufbau von Netzen	89
2. Kostenfunktionen	90
3. Netzexternalitäten und Systemcharakter	91

IV. Monopolistische Engpassbereiche	93
1. Duplizierbarkeit	94
a) Subadditive Kostenfunktion	94
b) Hohe Markteintrittsbarrieren	94
2. Substituierbarkeit	95
3. Innovationswettbewerb	96
V. Das Konzept der wesentlichen Einrichtung	97
VI. Strukturell bedingte nichtwettbewerbliche Ausgangssituation	99
VII. Zwischenfazit	101
B. Wirtschaftspolitischer Handlungsbedarf auf der Erdgasinfrastrukturebene	101
I. Hochdruckfernleitungen	101
1. Duplizierbarkeit	102
a) Existierende Leitungen bis zur Kapazitätsgrenze	103
b) Kapazitätserweiterungen oder Neubau	105
2. Gemeinschaftsleitungen – „Pipe-in-Pipe“-Wettbewerb?	106
3. Wettbewerb durch technischen Fortschritt oder dynamische Nachfrageentwicklung	107
4. Zwischenfazit	108
II. LNG-Terminals	108
1. Produktions- oder Transportinfrastruktur?	108
a) US-amerikanischer Ansatz	109
b) Europäischer Ansatz	110
c) Stellungnahme	110
2. LNG-Terminals als monopolistischer Engpassbereich?	111
a) Standortproblematik	111
b) Duplizierbarkeit	111
c) Substitutionskonkurrenz durch leitungsgebundenes Erdgas	113
3. Strukturelle Ausgangssituation	113
4. Zwischenfazit	115
III. Erdgasspeicher	116
1. Erdgasspeicher als monopolistischer Engpassbereich?	116
a) Duplizierbarkeit	116
b) Substitutionskonkurrenz	117
c) Leitungsnetz und Speicheranlagen als untrennbare Einheit	118
d) Geologische Restriktionen	119
2. Strukturelle Ausgangssituation	120
3. Zwischenfazit	123
C. Institutionelle Alternativen der Marktorganisation im Erdgassektor	123
I. Monopolisierung des gesamten Sektors	123
II. Der disaggregierte Regulierungsansatz	124
1. Strukturelle Desintegration	124
2. Implikationen für den Erdgassektor	125
3. Regulierungsinstrumente	126
a) Sektorspezifische Zugangsrechte	126
b) Entflechtungsvorgaben	127

c) Entgeltregulierung	128
aa) Methodik der kartellrechtlichen Konditionen- und Entgeltkontrolle?	128
bb) Sektorspezifische Entgeltregulierung	130
III. Zeitlich befristete Versteigerung des monopolistischen Engpassbereichs	132
D. Fazit zum 3. Kapitel	133
 4. Kapitel: Regulierung von Erdgasinfrastrukturen und Investitionsanreize	 136
A. Investitionen in Erdgasinfrastrukturen und Regulierung	136
I. Investitionskategorien	136
II. Ökonomische Besonderheiten	137
III. Regulierung als Governance-Struktur	140
1. Regulierung als administrierter Vertrag	140
2. Stabile Rahmenbedingungen versus Flexibilität	141
3. Regulierungsrisiko und diskretionäre regulatorische Spielräume	143
a) Regulierungsrisiko	143
b) Diskretionäre regulatorische Spielräume	144
IV. Regulierungsinstrumente und Investitionsanreize	145
1. Sektorspezifische Zugangsrechte	145
2. Verfahren der Entgeltregulierung	147
a) Kostenorientierte versus anreizorientierte Regulierungsverfahren	147
b) Kostenorientierte Regulierungsverfahren	148
c) Anreizorientierte Regulierungsverfahren	150
d) Kritische regulatorische Parameter	153
aa) Unternehmerisches Risiko und Kapitalverzinsung	153
bb) Kostenanerkennung und Regulierungsperioden	155
cc) Zeitinkonsistenz und Regulierungsrisiko	156
e) Zwischenfazit	157
3. Entflechtungsvorgaben	157
B. Zeitlich befristeter Regulierungsverzicht	159
I. Das Konzept der „Access Holidays“	160
1. Das „truncation problem“	160
2. „Access Holidays“	161
II. Handlungsoption für den Erdgassektor?	162
1. Marktverhältnisse	162
2. Wettbewerbsökonomische Legitimation – der Vergleich mit dem Patentschutz	164
a) Ökonomische Grundlagen des Patentschutzes	164
b) Regulierungspolitisches Äquivalent zum Patentschutz im Erdgassektor?	167

3. Befristeter Regulierungsverzicht zum Abbau von Überregulierungen?	169
4. Implementation	171
C. Alternativen	172
I. Kostenanerkennungsverfahren	172
1. Konzeption	172
2. Probleme	173
II. Investitionszuschläge	175
1. Konzeption	175
2. Probleme	176
III. Langfristige Kapazitätsverträge	177
IV. Institutionelle Rahmenbedingungen	179
1. Gesetzliches Regulierungsmandat und gerichtliche Überprüfbarkeit	180
2. Unabhängiger Regulierer und klare Regulierungsziele	182
3. Transparenz und Verfahrensregeln	183
D. Fazit zum 4. Kapitel	183
5. Kapitel: Grundzüge der sektorspezifischen Regulierung des Erdgassektors	186
A. Besondere Verantwortung hoheitlichen Handelns in den Netzwirtschaften	186
B. Neubestimmung der Staatstätigkeit und sektorspezifische Regulierung	188
C. Sektorspezifische Regulierungsziele im Erdgassektor	190
I. Regulierungsziele im Unionsrecht	190
II. Regulierungsziele im deutschen Recht	191
D. Sektorspezifische Regulierungsinstrumente	192
E. Grundzüge der Wettbewerbsregulierung im Erdgassektor	194
I. Fernleitungsnetze	194
1. Fernleitungsnetze versus Verteilernetze	194
2. Entflechtung der Fernleitungsnetze und Fernleitungsnetzbetreiber	195
a) Eigentumsrechtliche Entflechtung	196
b) ISO-Modell – Independent System Operator	197
c) ITO-Modell – Independent Transmission Operator	198
3. Zugang	199
a) System für den Zugang Dritter	199
b) Entgeltregulierung	201
II. LNG-Anlagen	203
1. Legaldefinition	203
2. Entflechtung	204
3. Zugang	204
III. Speicheranlagen	205
1. Legaldefinition	205

2. Entflechtung	205
3. Zugang	206
F. Fazit zum 5. Kapitel	208
6. Kapitel: Das Konzept der Regulierungsfreistellung nach Art. 36 RL 2009/73/EG (§ 28a EnWG)	210
A. Allgemeines	210
I. Regelungsgehalt und Privilegierungen	210
II. Entstehungsgeschichte und gesetzgeberischer Zweck	212
1. Entstehungsgeschichte	212
2. Gesetzgeberischer Zweck	214
a) Unionsgesetzgeber	214
b) Deutscher Gesetzgeber	215
c) Inkonsistenzen	216
III. Unmittelbare Wirkung	216
IV. Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	219
V. Überblick über die Anwendungspraxis	222
B. Die Freistellungsentscheidung	223
I. Anwendungsbereich	223
1. Freistellungsfähige Erdgasinfrastrukturen	224
a) Verbindungsleitungen	224
aa) Legaldefinition	224
bb) Geographisches Element	225
cc) Funktionales Element	227
b) LNG- und Speicheranlagen	236
c) Abschließende Aufzählung?	237
2. „Groß“ und „Neu“	238
a) „Groß“	238
b) „Neu“	239
aa) Der Fall „Gazelle“	239
bb) Stellungnahme	240
3. Veränderung bestehender Infrastrukturen	241
II. Materielle Voraussetzungen	241
1. Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung	241
a) Ansatz der Kommission	242
b) „durch die Investition“	243
c) „Wettbewerb bei der Gasversorgung“	244
d) Marktbegrenzung – Belieferungsmärkte	245
aa) Grundsätze der Marktbegrenzung	246
bb) Relevante Belieferungsmärkte für Erdgas	248
e) Verbesserung des Wettbewerbs	253
aa) Positive Effekte einer Kapazitätserweiterung versus negative Effekte der beantragten Nutzung	254

bb) Grundsätze der Kommission	254
f) Zwischenfazit	255
2. Verbesserung der Versorgungssicherheit durch die Investition	256
3. Besonders hohes Investitionsrisiko	258
a) Relevante Risiken	259
aa) Änderungen der Kosten- bzw. Erlöserwartungen	259
bb) Auslastungsrisiko	260
cc) Planungs- und Genehmigungsrisiken?	264
b) Erforderlichkeit einer Freistellung	265
aa) Entgeltregulierung	265
bb) Zugangsregulierung	271
cc) Entflechtungsvorgaben – Verbindungsleitungen	273
c) Zwischenfazit	276
4. Entflechtung	277
5. Nutzungsentgelte	277
6. Keine nachteiligen Auswirkungen der Ausnahme	279
a) Wettbewerb	279
aa) Andere Infrastrukturprojekte	280
bb) Relevante Erdgasinfrastrukturmärkte	281
cc) Anwendungspraxis	292
dd) Freistellung monopolistischer Engpassbereiche?	297
ee) Zwischenfazit	301
b) Effektives Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes	301
c) Effizientes Funktionieren des regulierten Netzes	303
III. Inhalt und Begrenzungen	306
1. Vollständige Freistellung	306
2. Partielle Freistellung	307
3. Zeitraum der Freistellung	307
4. Zugang zu der neuen Infrastruktur	309
a) Kapazitätsmanagement – Kapazitätshortung und Handel mit Sekundärkapazitäten	310
b) Kapazitätszuweisung	311
aa) Marktnachfrage	311
bb) Capacity Caps und Gas-Release-Programme	315
cc) Ausbaupflichten	317
dd) Kurzfristige Kapazitätsbuchungen	318
c) Unabhängigkeit und Informationsaustausch	318
5. Zwischenfazit	319
C. Verfahren	319
I. Antragsverfahren	319
1. Grundsatz	319
2. Ausgestaltung des Antragsverfahrens in Deutschland	320
a) Antragsbefugnis – betroffenes Gasversorgungsunternehmen	320
b) Einvernehmen des Bundeskartellamtes nach § 58 EnWG	321
II. Grenzüberschreitende Infrastrukturen	322

III. Notifizierung	322
IV. Änderungs- und Widerrufsverlangen der Kommission	322
V. Ablauf der Kommissionsgenehmigung	323
VI. Veröffentlichung und Begründung	324
VII. Leitlinienkompetenz der Kommission	324
D. Fazit zum 6. Kapitel	325
 7. Kapitel: Rechtsschutz gegen Freistellungsentscheidungen	329
A. Interessenlage von Antragstellern und Dritten	329
I. Antragsteller	329
II. Dritte	330
B. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden am Beispiel Deutschlands	330
I. Statthafter Rechtsbehelf und Beschwerdegericht	331
II. Beschwerdebefugnis	332
1. Anfechtungsbeschwerde	332
a) Formalisierte Beschwerdebefugnis	332
b) Erweiterungen der Beschwerdebefugnis Dritter	333
aa) Keine abschließende Regelung durch § 75 Abs. 2 EnWG	333
bb) Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung – § 28a EnWG als drittschützende Norm?	334
cc) Ablehnung der Beiladung aus Gründen der Verfahrensökonomie und Unkenntnis vom Verfahren	342
2. Verpflichtungsbeschwerde	344
III. Rechtsschutzbedürfnis	344
C. Rechtsschutz gegen Beschlüsse oder Untätigkeit der Kommission	345
I. Statthafter Rechtsbehelf:	346
1. Änderungs- und Widerrufsverlangen	346
2. Untätigkeit der Kommission	347
II. Klagebefugnis	348
1. Klagebefugnis der Antragsteller	348
2. Klagebefugnis Dritter	349
D. Rechtsschutz gegen Handlungen der ACER	351
E. Gerichtliche Kontrolldichte	352
I. Ausgangspunkt	352
1. Rechtsschutz in marktwirtschaftlichen Ordnungen	352
2. Die Rolle der nationalen Gerichte	353
II. Kontrolldichte deutscher Gerichte	354
1. Art. 19 Abs. 4 GG als Richtschnur	354
a) Grundsatz vollständiger gerichtlicher Überprüfung	354
b) Administrative Entscheidungsspielräume	355
aa) Sektorübergreifende Betrachtung	355

bb) Energiesektor	360
2. Freistellungsentscheidungen nach § 28a EnWG	362
III. Kontrolldichte der Unionsgerichte	363
F. Fazit zum 7. Kapitel	364
 8. Kapitel: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Grenzen	366
A. Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt	366
I. Rechtsverbindlichkeit und Direktivkraft	367
II. Vereinbarkeit des Art. 36 RL 2009/73/EG mit Art. 3 Abs. 3 EUV iVm Protokoll Nr. 27, Art. 119, 120 AEUV und Art. 102 AEUV	370
1. Rechtsfolgen des Art. 36 RL 2009/73/EG	370
2. Vorgaben des Art. 102 AEUV	370
a) Missbräuchliche Geschäftsverweigerung	370
aa) Grundsätze	370
bb) Abbruch von bestehenden Geschäftsbeziehungen	372
cc) Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen	375
b) Primärrechtliche Kontrahierungspflichten?	385
aa) Verbindungsleitungen	386
bb) LNG-Anlagen	418
cc) Speicheranlagen	421
3. Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit des Art. 102 AEUV	423
a) Verbindungsleitungen	424
b) LNG- und Speicheranlagen	426
III. Zwischenfazit	427
B. Beihilfeverbot	428
I. Adressaten	428
1. Mitgliedsstaaten	428
2. Unionsorgane	429
a) Ansätze im Schrifttum	429
b) Stellungnahme	430
II. Beihilfecharakter des Art. 36 RL 2009/73/EG?	432
1. Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe	432
2. Art. 36 RL 2009/73/EG als Unionsbeihilfe?	434
III. Zwischenfazit	434
C. Warenverkehrsfreiheit	435
I. Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit	435
1. Die Unionsorgane als Adressaten der Warenverkehrsfreiheit	435
2. Erdgas als Ware	437
II. Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels mit Erdgas	437
1. Maßnahmen gleicher Wirkung	437
2. Beschränkende Normsetzung und beschränkendes privatautonomes Handeln	439

a) Beschränkende Normsetzung	440
b) Beschränkendes privatautonomes Handeln	440
3. Beschränkendes privatautonomes Handeln in der Rechtsprechung des EuGH	441
a) Bindung Privater	441
b) Grundfreiheitliche Handlungspflichten	442
aa) „Agrarblockaden“ und „Schmidberger“	443
bb) Handlungspflichten des Unionsgesetzgebers	444
c) Maßstab für Wettbewerbsregulierungen?	445
III. Zwischenfazit	446
D. Allgemeiner Gleichheitssatz	447
I. Bedeutung	447
II. Der allgemeine Gleichheitssatz im primären Unionsrecht	449
1. Entwicklung durch den EuGH und Art. 20 GRC	449
2. Gewährleistungsgehalt	450
3. Struktur	452
III. Art. 36 RL 2009/73/EG als Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz	453
1. Freistellungsmöglichkeit nur für Verbindungsleitungen	453
a) Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten	453
aa) Praxis des EuGH	454
bb) Leitidee des Regelungsbereichs	455
cc) Vergleichbarkeit mit neuen nationalen Fernleitungen?	456
dd) Ungleichbehandlung	457
b) Objektive Rechtfertigung	458
aa) Förderung neuer grenzüberschreitender Leitungen	458
bb) Verhältnismäßigkeit	459
2. LNG- und Speicheranlagen	462
IV. Zwischenfazit	463
E. Haftung der Union und der Mitgliedstaaten	463
I. Haftung der Union	464
1. Grundlagen – Art. 340 Abs. 2 AEUV	464
2. Rechtsverletzung	465
a) Verstoß gegen höherrangige Schutznorm	465
b) Hinreichend qualifizierte Verletzung	466
aa) Rechtsprechung des EuGH	466
bb) Art. 36 RL 2009/73/EG als „hinreichend qualifizierte Verletzung“ des Unionsrechts?	467
II. Haftung der Mitgliedstaaten	468
III. Zwischenfazit	470
F. Fazit zum 8. Kapitel	471

9. Kapitel: Privatrechtliche Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Vorgaben	474
A. Unionsrechtliche Vorgaben	475
I. Fragmentarische Regelungen der Art. 101 f. AEUV	475
II. Rechtsprechung des EuGH	475
B. Ansprüche nach deutschem Recht	477
I. Ansprüche nach § 33 GWB iVm Art. 101 f. AEUV	477
1. Anspruchsvoraussetzungen	477
a) Verstoß gegen Art. 101 f. AEUV	477
aa) Verstöße gegen Art. 102 AEUV	478
bb) Verstoß gegen Art. 101 AEUV – langfristige Kapazitätsbuchungen	489
b) Anspruchsberechtigung	495
aa) Betroffenheit	496
bb) Betroffene bei Verstößen gegen Art. 102 AEUV	497
cc) Betroffene bei Verstößen gegen Art. 101 AEUV – langfristige Kapazitätsbuchungen	499
2. Ansprüche	499
a) Unterlassung und Beseitigung	500
b) Schadensersatz	501
aa) Verschulden	501
bb) Schaden	502
cc) Follow-on-Klagen, § 33 Abs. 4, 5 GWB	507
II. Weitere Ansprüche	507
C. Fazit zum 9. Kapitel	509
10. Kapitel: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse und Schlussthesen	511
Literaturverzeichnis	523
A. Aufsätze, Diskussionsbeiträge, Kommentare, Sammelbände und Monographien	523
B. Europäische Kommission, Bundeskartellamt, Bundesnetzagentur und andere Institutionen	541