

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
 Einführung	 1
 <i>1. Kapitel: Bedeutung neuer Infrastrukturen für eine wettbewer- bliche, sichere und nachhaltige Energieversorgung in der Europäischen Union</i>	 4
I. Der Binnenmarktprozess im Energiesektor	4
II. Zielekanon der europäischen Energiepolitik	7
III. Neue Infrastrukturen	18
IV. Zwischenergebnis	20
 <i>2. Kapitel: Funktionsweise und Dysfunktionalitäten einer sektorspezifischen Regulierung.</i>	 21
I. Ökonomisch-theoretische Grundkonzeption einer sektorspezifischen Regulierung	 21
II. Vorhandene Regulierungspraxis des Energiesektors.	34
III. Grenzen der sektorspezifischen Regulierung.	43
 <i>3. Kapitel: Konzeption und rechtspolitische Würdigung des ökonomischen Ansatzes der Access Holidays.</i>	 68
I. Wirkungsweise von Access Holidays.	68
II. Einordnung gegenüber Alternativkonzeptionen	96
III. Zwischenergebnis	113

<i>4. Kapitel: Einordnung in den vorhandenen europäischen und nationalen Rechtsrahmen</i>	115
I. Das Regulierungsregime der Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas.	115
II. Allgemeines Wettbewerbsrecht	122
III. Programm Transeuropäische Netze – Energie (TEN-E)	153
IV. Energie-Infrastrukturrichtlinie	162
 <i>5. Kapitel: Tatbestandsvoraussetzungen der Regulierungs- freistellung gem. Art. 17 StromhandelsVO und Art. 36 GasRL.</i>	167
I. Besonderheiten Elektrizität und Gas	169
II. Wettbewerbliche Einzelvoraussetzungen	184
III. Sonstige Einzelvoraussetzungen	256
IV. Bewertung und mögliche Weiterentwicklung der vorhandenen Regulierungsausnahmen	279
 <i>6. Kapitel: Verfahren der Regulierungsfreistellung und Rechtsschutz</i>	284
I. Verfahren	284
II. Rechtsschutz	290
 <i>7. Kapitel (Exkurs): Regulierung und Regulierungsausnahmen im Telekommunikationssektor.</i>	306
I. VDSL-Infrastrukturen der Deutschen Telekom AG und § 9a TKG	306
II. Sektorspezifische Regulierung im Telekommunikationssektor.	311
III. Vergleichbarkeit mit dem Energiesektor	323
 <i>Zusammenfassung und Fazit.</i>	331
I. Zusammenfassung.	331
II. Fazit.	339
 Literaturverzeichnis	341
Sachregister	359

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einführung	1
 1. Kapitel: Bedeutung neuer Infrastrukturen für eine wettbewerbliche, sichere und nachhaltige Energieversorgung in der Europäischen Union	 4
<i>I. Der Binnenmarktprozess im Energiesektor</i>	4
1. Erste Schritte auf europäischer Ebene	4
2. Entwicklung des Binnenmarkts für Energie.	5
a) »Binnenmarkt für Energie« (KOM(1988) 238 endg.)	5
b) Rechtssetzungsprozess	6
<i>II. Zielekanon der europäischen Energiepolitik</i>	7
1. Wettbewerb	7
a) Wettbewerbs- und Regulierungsrecht.	9
aa) Wettbewerbsrecht	9
bb) Regulierungsrecht	9
b) Erfordernis neuer Verbindungsleitungen	10
aa) Strom	10
bb) Gas.	11
2. Versorgungssicherheit	11
a) Situation der Versorgungssicherheit	11
aa) Bedeutung der Versorgungssicherheit	11
bb) Gefahren für die Versorgungssicherheit	11
b) Erfordernis neuer Infrastrukturen.	13
aa) Gas.	13
bb) Strom	14
3. Nachhaltigkeit.	16
a) Entwicklung des Nachhaltigkeitsziels.	16

b) Erfordernis neuer Verbindungsleitungen	17
<i>III. Neue Infrastrukturen</i>	18
<i>IV. Zwischenergebnis</i>	20
 2. Kapitel: Funktionsweise und Dysfunktionalitäten einer sektorspezifischen Regulierung	21
<i>I. Ökonomisch-theoretische Grundkonzeption einer sektorspezifischen Regulierung</i>	21
1. Die Funktionsweise des allgemeinen Wettbewerbsrecht (»essential facilities doctrine«)	23
2. Sektorspezifische Regulierung	24
a) Natürliche Monopole	25
aa) Subadditivität	25
bb) Skalen- und Verbundeffekte	27
b) Bestreitbarkeit des Natürlichen Monopols	29
aa) Stabilität eines bestreitbaren natürlichen Monopols	29
bb) Unbestreitbarkeit des natürlichen Monopols und daraus folgende Regulierungsbedürftigkeit	30
c) Einordnung des Energiesektors	31
aa) Skalen- und Verbundeffekte sowie Bestreitbarkeit	31
bb) Regulierungsfolgen	33
<i>II. Vorhandene Regulierungspraxis des Energiesektors</i>	34
1. Staatliche Gewährleistungsverantwortung	35
2. Netzzugangsregulierung	36
a) Strom	36
b) Gas	37
3. Entgeltregulierung	38
a) Kostenorientierte Regulierung und Anreizregulierung	39
b) Vergleichsmarktverfahren	40
4. Sonderregeln für den grenzüberschreitenden Strom- und Ferngashandel	42
<i>III. Grenzen der sektorspezifischen Regulierung</i>	43
1. Regulierungsrisiken	44
a) Regulierungsbedürfnis	44

aa) Unterinvestment aufgrund eines fehlerhaft angenommenen Regulierungsbedürfnisses	44
bb) Überinvestment durch von den Marktbedürfnissen abweichende Regulierung	45
cc) Beharrungsvermögen der Regulierungsbehörde	46
b) Art der Regulierung.	46
aa) Kostenorientierte Regulierung	48
bb) Anreizorientierte Regulierung	49
cc) Marktorientierte Engpassmanagementmethoden	51
dd) Credibility-Problem	54
2. Rechtsfolgen der Regulierungsrisiken	56
a) Betroffene Grundrechte der regulierungsverpflichteten Netzbetreiber	56
b) Grundrechtsberechtigung öffentlich-rechtlicher und gemischtwirtschaftlicher juristischer Personen	58
aa) Rechtsprechung des EGMR und Verfassungs- überlieferungen der Mitgliedstaaten	59
bb) Vergleich von Grundrechten und Grundfreiheiten	60
cc) Eigentumsverhältnisse beispielhaft ausgewählter Netzbetreiber	64
c) Rechtfertigungsanforderungen.	65
3. Zwischenergebnis	67
 3. Kapitel: Konzeption und rechtspolitische Würdigung des ökonomischen Ansatzes der Access Holidays	 68
I. Wirkungsweise von Access Holidays	68
1. Investitionsrisiko	69
a) Investitionsrisiko in der Grundkonstellation des so genannten <i>truncation</i> -Falles	69
b) Investitionsrisiko in der Konstellation einer umfassenden Netzregulierung.	71
2. Investitionssicherheit durch Access Holidays.	75
a) Klassische Access Holidays beschränkt auf eine Drittzugangs- befreiung mit kommerziellem Betrieb.	75
b) Umfassendere Konzeption der Regulatory Holidays	77
3. Arten der Access Holidays	78
a) Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung	78
b) Wettbewerbsneutralität.	79
c) Parallelität zum gewerblichen Schutzrecht	80

4. Eignung zur Auflösung der Regulierungsrisiken	82
a) Fehleinschätzung bezüglich der Regulierungsbedürftigkeit	82
b) Art der Regulierung.	84
c) Rechtsfolgen der Regulierungsrisiken.	88
5. Risiken der <i>Access Holidays</i>	89
a) Makroökonomische Risiken	90
b) Mikroökonomische Risiken des Freistellungsbegünstigten	94
6. Zwischenergebnis.	95
 <i>II. Einordnung gegenüber Alternativkonzeptionen</i>	 96
1. Ownership-Unbundling.	97
a) Rechtliche Einordnung	97
b) Eignung zur Schaffung von Investitionsanreizen	99
2. Open-Market-Coupling	103
a) Funktionsweise des <i>Open-Market-Coupling</i>	103
b) Eignung von Engpassmanagementverfahren zur Beseitigung von Netzzengpässen	104
3. Disaggregierter Regulierungsansatz	106
a) Funktionsweise eines disaggregierten Regulierungsansatzes.	106
b) Eignung zur Schaffung von Investitionsanreizen	106
4. Direktverpflichtungen zum Leitungsbau.	108
a) Rechtliche Bewertung.	109
b) Praktische Brauchbarkeit zur Generierung zusätzlicher Investitionen	112
 <i>III. Zwischenergebnis</i>	 113
 4. Kapitel: Einordnung in den vorhandenen europäischen und nationalen Rechtsrahmen	 115
<i>1. Das Regulierungsregime der Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas.</i>	 115
1. Entstehungsgeschichte der Regelungsausnahmen	116
a) Entstehungsgeschichte der StromhandelsVO 2003.	116
b) Entstehungsgeschichte der GasRL 2003	119
2. Konsequenzen für die Einordnung in den regulatorischen Kontext der BinnenmarktRL Elektrizität und Gas	120
3. Zwischenergebnis.	122

<i>II. Allgemeines Wettbewerbsrecht</i>	122
1. Verhältnis Wettbewerbsrecht/Regulierungsrecht	126
a) Mögliche Abgrenzungen	127
b) Abgrenzungsmaßstab	128
aa) Positivrechtliche Abgrenzungen	128
bb) Regulatorische Effizienz als Auslegungsmaßstab.	129
(a) Korrektivbedürfnis durch die Wettbewerbsbehörde und daraus potentiell folgende Parallelzuständigkeit	129
(b) Korrektivfunktion der Wettbewerbsbehörde durch Kooperationsverhältnis.	132
2. Besonderheiten der Regulierungsausnahme	134
a) Exakt positiv-rechtliche Anhaltspunkte	134
aa) Unionsrecht	134
bb) Deutsches Recht	136
b) Teleologische und systematische Indikationen	139
c) Grundsatz des Vertrauensschutzes	143
aa) Allgemeine Voraussetzungen des Vertrauensschutzes im Unionsrecht	144
bb) Vertrauensschutz im Treibhausgasemissionshandel als Vergleichsbeispiel.	145
cc) Vertrauensschützende Wirkung der Freistellungs- entscheidung	147
(a) Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts als Mittel zur Einschränkung des Vertrauensschutzes nach deutschem Recht	148
(b) Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts als Mittel zur Einschränkung des Vertrauensschutzes nach Unionsrecht	149
(c) Vertrauensschutz am Beispiel des <i>BritNed</i> - Interkonnektors	151
3. Zwischenergebnis.	152
<i>III. Programm Transeuropäische Netze – Energie (TEN-E)</i>	153
1. Hilfscharakter der Transeuropäischen Energienetze (TEN-E)	153
a) Finanzvolumen der einzelnen TEN-Bereiche	154
b) Maßnahmenprogramm im Bereich der TEN-E	155
2. Planungsfunktion des Programms Transeuropäische Energienetze (TEN-E).	156
a) TEN-E als fachliche Bedarfsplanung auf europäischer Ebene	156
b) TEN-E als Harmonisierungsinstrument im Bereich der Infrastrukturplanung	157
3. Zwischenergebnis.	161

<i>IV. Energie-Infrastrukturrichtlinie</i>	162
1. Ursprünglicher Richtlinienentwurf.	162
2. Überarbeitete Richtlinienregelung	164
3. Zwischenergebnis.	165
 5. Kapitel: Tatbestandsvoraussetzungen der Regulierungs- freistellung gem. Art. 17 StromhandelsVO und Art. 36 GasRL	167
 <i>I. Besonderheiten Elektrizität und Gas</i>	169
1. Technische und physikalische Besonderheiten der Elektrizitätsübertragung.	169
a) Verhalten des elektrischen Stroms in Netzen	169
aa) Kirchhoffsche Gesetze und loop flows.	169
bb) Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Regulierungsfreistellung.	171
b) Regelfallbeschränkung der Regulierungsausnahme auf Gleichstromverbindungsleitungen.	172
aa) Anwendungsfelder der Gleichstromübertragung	172
bb) Eignung von Gleichstromverbindungsleitungen für Regulierungsfreistellungen	173
2. Technische und rechtliche Besonderheiten des Erdgasferntransports.	175
a) Technik des Gasferntransports.	178
aa) Erdgastransport in Gestalt der LNG-Verschiffung.	178
bb) Pipelinetransport als Hauptdistributionsweg	178
b) Besondere rechtliche Rahmenbedingungen des Gasfern- transports.	180
aa) <i>Take-or-Pay</i> -Verträge	180
bb) <i>Destination-Klauseln</i>	182
 <i>II. Wettbewerbliche Einzelvoraussetzungen</i>	184
1. Wettbewerbsauswirkungen der Freistellung als solcher und Verbesserung des Wettbewerbs durch die Infrastruktur	184
a) Wettbewerbsverbesserung als Schlüsselkriterium der Regulierungsfreistellung	184
b) Analyse der Wettbewerbsauswirkungen neuer Infrastrukturen anhand der Instrumente des klassischen Wettbewerbsrechts	185

c) Marktabgrenzung der relevanten Märkte als Ausgangspunkt der Analyse der Wettbewerbsauswirkungen	187
aa) Marktabgrenzung im Bereich grenzüberschreitender Infrastrukturen in der bisherigen Kommissionspraxis . .	188
bb) Bedarfsmarktkonzept und <i>SSNIP</i> -Test als wichtigste Abgrenzungsmechanismen	189
d) Relevante Märkte im Bereich der grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen im Strombereich.	191
aa) Sachliche Marktabgrenzung.	191
(a) Differenzierung zwischen zwei Grundtypen grenzüberschreitender Verbindungsleitungen	193
(aa) Verbindungsleitungen zur Realisierung von Handelsmargen	193
(bb) Verbindungsleitungen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit	196
(b) Fallweise Zuordnung zum sachlichen Markt entweder für die Erzeugung und Großhandelslieferung oder für den Höchst- und Hochspannungstransport	198
bb) Räumliche Marktabgrenzung	198
e) Relevante Märkte im Bereich der Erdgastransportinfrastrukturen	201
aa) Sachliche Marktabgrenzung.	201
(a) Sachlicher Markt für Erdgasfernübertragung und Erdgasimport.	202
(b) Sachlicher Markt für Erdgasspeicherung.	204
bb) Räumliche Marktabgrenzung	205
2. Keine nachteiligen Wettbewerbsauswirkungen der Regulierungsfreistellung.	206
a) Charakter eines unbestreitbaren natürlichen Monopols als maßgebliches Kriterium	206
b) Lösung vom klassischen <i>Access Holidays</i> -Ansatz	208
c) Verbindungsleitungen im Elektrizitätsbereich	209
aa) Verbindungsleitungen im sachlichen Markt für Erzeugung und Großhandelslieferung elektrischer Energie.	209
bb) Verbindungsleitungen im sachlichen Markt für Höchst- und Hochspannungstransport elektrischer Energie . . .	212
cc) Systematik der Regulierungsfreistellung bezüglich Befristung und Regelfallbeschränkung auf Gleichstromverbindungsleitungen	213
d) Einordnung der Erdgastransportinfrastrukturen	214
aa) Transportmarktzuordnung und daraus folgender grundsätzlicher unbestreitbarer natürlicher Monopolcharakter	215
bb) Bedrohung durch internen Leitungswettbewerb	216

cc) Primärenergieträgereigenschaft des Erdgases und daraus folgende Angreifbarkeit von Erdgastransport- infrastrukturen	217
(a) Strategischer Charakter der Erdgasversorgung.	218
(b) Gas-zu-Gas-Wettbewerb durch Diversifizierung der Importquellen	219
dd) Systematik der Regulierungsfreistellung.	220
ee) Wettbewerbliche Bedrohung von Beispielanlagen	223
(a) Wingas-Ferngasnetz	223
(b) <i>Nabucco</i> -Pipeline.	225
(c) LNG-Terminals	227
3. Verbesserung des Wettbewerbs durch die Investition.	228
a) Anwendung klassisch wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe.	228
aa) Erzeugungs- und Großhandels- respektive Importmärkte als relevante Märkte	228
bb) Eingreifkriterien der Fusionskontrolle als Auslegungshilfe	230
b) Wettbewerbsverbesserungen im Elektrizitätsbereich	231
aa) Bedeutung divergierender Wettbewerbsentwicklungen auf verschiedenen räumlich betroffenen Märkten.	232
bb) Einfluss des Geschäftsmodells auf die Einordnung.	234
(a) Vertikal-integrierte Unternehmen als Freistellungsadressat	234
(aa) Marktanteile als zentrales Kriterium.	234
(bb) Herfindahl-Hirschmann-Index als Gewichtungskriterium	236
(cc) Oligopolstrukturen und Gemeinschaftsunternehmen	237
(b) Netzbetreiber als Freistellungsadressat	240
(aa) Höhe der Durchleitungsentgelte als zentrales Kriterium	240
(bb) Nur privilegierte Regulierung als Regulierungs- freistellung?	241
cc) Beispiele	242
(a) <i>BritNed</i> -Interkonnektor	242
(b) <i>Estlink</i> -Interkonnektor.	244
(c) Wettbewerbsverbesserungen im Erdgasbereich	245
aa) Orientierung an den für den Elektrizitätsbereich entwickelten Maßstäben	245
(a) Räumlich betroffene Märkte, integrierter oder reiner Netzbetrieb sowie Oligopolstrukturen und Gemeinschafts- unternehmen	246
(b) Besondere Bedeutung von Kapazitätsfreigabemechanismen	248
bb) Beispiele	249
(a) <i>Nabucco</i> -Pipeline.	249
(b) LNG-Terminals	252
4. Zusammenfassung	254

a) Elektrizität	254
b) Erdgas.	255
<i>III. Sonstige Einzelvoraussetzungen</i>	<i>256</i>
1. Abhängigkeit der Investition von der Gewährung der Regulierungsfreistellung.	256
a) Begrenzte Bedeutung des Kriteriums der Abhängigkeit der Investition von der Regulierungsfreistellung.	256
b) Erhöhter Investitionsaufwand als erhöhtes Investitionsrisiko	258
aa) Investitionsaufwand und wirtschaftliches Investitions- risiko im Bereich der Elektrizitätsübertragung	260
(a) Freileitung vs. Kabelausführung	261
(b) Gleichstrom- vs. Wechselstromübertragung	263
(c) Generelle Risikoneutralität aufgrund ausreichender Prognosesicherheit?	265
bb) Investitionsaufwand und wirtschaftliches Investitions- risiko im Bereich des Gasferntransports	266
(a) Pipelinegestützte Systeme	266
(b) LNG-Terminals	267
(c) Generelle Risikoneutralität aufgrund ausreichender Prognosesicherheit?	268
2. Gesellschaftrechtliche Entflechtung der Infrastruktur von Netzbetreibern	269
a) Einbindung in das Entflechtungsregime	269
b) Grad der Abgrenzung von regulierten und nicht regulierten Tätigkeiten	270
3. Erhebung von Entgelten bzw. Gebühren von den Nutzern der Infrastruktur	271
a) Bedeutung der Termini Entgelte vs. Gebühren.	272
b) Finanzierung ausschließlich aus Nutzungsentgelten der freigestellten Infrastruktur	273
aa) Erfassung von Gleich- und Wechselstromsystemen im Elektrizitätsbereich.	273
bb) Erdgasinfrastrukturen	276
4. Keine bisherige Finanzierung aus Nutzungsentgelten der verbundenen Übertragungs- oder Verteilernetze	277
<i>IV. Bewertung und mögliche Weiterentwicklung der vorhandenen Regulierungsausnahmen</i>	<i>279</i>
1. Zielkonformität des Ausnahmeregimes	279
2. Weiterentwicklungsmöglichkeiten	280

6. Kapitel: Verfahren der Regulierungsfreistellung und Rechtsschutz	284
<i>I. Verfahren</i>	284
1. Verfahren vor der nationalen Regulierungsbehörde.	285
a) Prüfungsmaßstab und Ausnahmeinhalt.	285
b) Informations- und Konsultationspflichten	287
2. Verfahrensbeteiligung der Europäischen Kommission	287
a) Verfahrenseinleitung durch Regulierungsbehörde oder Agentur.	287
b) Entscheidungsmöglichkeiten der Kommission.	288
c) Geltungsdauer der Kommissionsgenehmigung	289
d) Leitlinienkompetenz der Kommission	290
<i>II. Rechtsschutz</i>	290
1. Mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit	291
a) Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragstellers	291
b) Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter	292
aa) Formales Kriterium der Verfahrensbeteiligung.	292
bb) Kein über eine bloße Reflexwirkung hinausgehender Drittschutz der Art. 17 StromhandelsVO und Art. 36 GasRL	294
2. Unionsgerichtsbarkeit	298
a) Rechtsschutzmöglichkeiten des Antragstellers.	299
b) Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter	301
3. Gerichtlicher Kontrollmaßstab	303
7. Kapitel (Exkurs): Regulierung und Regulierungsausnahmen im Telekommunikationssektor.	306
<i>I. VDSL-Infrastrukturen der Deutschen Telekom AG und § 9a TKG</i>	306
1. VDSL-Infrastrukturen.	307
2. Die grundsätzliche Nicht-Regulierung neuer Märkte nach § 9a TKG.	308
<i>II. Sektorspezifische Regulierung im Telekommunikationssektor</i>	311
1. Entwicklung der Telekommunikationsregulierung.	311
2. Vorhandene Regulierungspraxis im Telekommunikationssektor	312

a) Staatliche Gewährleistungsverantwortung	312
b) Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung.	313
aa) Unionsrechtliche Vorgaben	313
bb) Netzzugangsregulierung	315
cc) Entgeltregulierung	316
3. Auseinandersetzung zwischen Europäischer Kommission und deutscher Bundesregierung	317
a) Standpunkte von Europäischer Kommission und deutscher Bundesregierung.	318
aa) Bedenken der Europäischen Kommission	319
bb) Haltung der deutschen Bundesregierung	320
b) Entscheidung des EuGH	321
aa) Einschränkung des regulierungsbehördlichen Ermessens durch § 9aTKG	321
bb) Drohende Re-Monopolisierung.	322
<i>III. Vergleichbarkeit mit dem Energiesektor.</i>	323
1. Grundsätzliche technische Vergleichbarkeit.	324
2. Umsetzung durch Regulierung und Regulierungsausnahme . .	326
a) Methodologische Unterschiede bei der Energie- und Telekommunikationsregulierung	326
b) Regulierungsfreistellung kein Fremdkörper im Regulierungsrecht	329
 Zusammenfassung und Fazit.	331
<i>I. Zusammenfassung</i>	331
<i>II. Fazit.</i>	339
 Literaturverzeichnis	341
Sachregister	359