

MATTHIAS WEGNER

Regulierungsfreistellungen für neue Elektrizitäts- und Erdgasinfrastrukturen

Energierecht

Mohr Siebeck

ENERGIERECHT

Beiträge zum deutschen, europäischen
und internationalen Energierecht

Herausgegeben von
Jörg Gundel und Knut Werner Lange

2



Matthias Wegner

Regulierungsfreistellungen für neue Elektrizitäts- und Erdgasinfrastrukturen

Gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009
und gemäß Art. 36 der Richtlinie 2009/73/EG

Mohr Siebeck

Matthias Wegner, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth; wirtschaftswissenschaftliche Zusatzausbildung zum Wirtschaftsjuristen (Univ. Bayreuth); 2010 Promotion; derzeit Rechtsreferendar in Bayreuth.

ISBN 978-3-16-150577-5 / eISBN 978-3-16-167807-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2025
ISSN 2190-4766 (Energierrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die Arbeit wurde im Dezember 2008 als Dissertation vorgelegt. Zwischenzeitlich sind mit der Verabschiedung des so genannten Dritten Binnenmarktpakets Strom und Gas und dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bedeutende Änderungen des rechtlichen Rahmens zu verzeichnen. Auf das behandelte Freistellungsinstrument wirken sich diese Änderungen nur in beschränktem Umfang aus. Statt in Art. 7 StromhandelsVO 1228/2003 und Art. 22 GasRL 2003/55/EG finden sich die Freistellungsinstrumente nun in Art. 17 StromhandelsVO 714/2009 und Art. 36 GasRL 2009/73/EG. Die materiellen Voraussetzungen einer Regulierungsfreistellung sind unverändert geblieben. Veränderungen im Verfahren sind vor allem auf die Schaffung der neuen Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden zurückzuführen. Auch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon berührt die vorliegende Bearbeitung im Wesentlichen nur in der veränderten Nomenklatur, vor allem in der Ablösung der Europäischen Gemeinschaft durch die Europäische Union, sowie in der neuen Nummerierung maßgeblicher Vertragsbestimmungen.

Sämtliche Veränderungen sind bei der vorliegenden Bearbeitung berücksichtigt. Soweit ältere Entscheidungen der Kommission oder mitgliedstaatlicher Regulierungsbehörden die alte Nummerierung verwenden, erfolgt in der Bearbeitung eine Anpassung an die neue Nummerierung. Auch die Begriffe der Europäischen Gemeinschaft und des Gemeinschaftsrechts wurden weitestgehend durch die Europäische Union und das Unionsrecht ersetzt. Im abschließenden Telekommunikationskapitel wurde die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-424/07 vom 3. Dezember 2009 zur Vereinbarkeit von § 9a TKG mit dem Gemeinschaftsrecht in die Bearbeitung miteinbezogen. Mit den Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu den Pipelineprojekten OPAL und NEL aus dem Jahr 2009 existieren zwischenzeitlich auch deutsche Anwendungsbeispiele zum Regulierungsfreistellungsinstrument, auf die nun ebenfalls hingewiesen wird.

Danken möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Jörg Gundel für die maßgebliche Unterstützung bei der Auswahl der Themenstellung, die Betreuung während der Erstellung der Dissertation und dafür, dass er während meines Studiums bei mir die Freude am Europarecht geweckt hat. Ein besonders herzlicher Dank gebührt Prof. Dr. Knut Werner Lange für die Erstellung des Zweitgutachtens. Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die Unterstützung im Rahmen meines Promotionsstipendiums.

Gewidmet ist die vorliegende Arbeit meinen Eltern, die mich Zeit meines Lebens unterstützt und gefördert haben und ohne die mir vieles mehr als nur die Promotion zum Doktor der Rechte verschlossen geblieben wäre.

Bayreuth im Mai 2010

Matthias Wegner

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 <i>Access Holidays</i>	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 Regulierungsfreistellung 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>	<i>4</i>
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>	<i>7</i>
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. <i>Wirkungsweise von Access Holidays</i>	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 <i>Access Holidays</i>	75
a) Klassische <i>Access Holidays</i> beschränkt auf eine Drittzugangs- befreiung mit kommerziellem Betrieb.	75
b) Umfassendere Konzeption der <i>Regulatory Holidays</i>	77
3. Arten der <i>Access Holidays</i>	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 Netzengpässen	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>I. Das Regulierungsregime der Binnenmarktrichtlinien Strom und Gas.</i>	 115
1. Entstehungsgeschichte der Regulierungsausnahmen	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 Regulierungsfreistellung?	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. Zusammenfassung	331
II. Fazit.	339
 Literaturverzeichnis	341
Sachregister	359

Abkürzungsverzeichnis

A	Ampère (Einheit der Stromstärke)
AB	aktiebolag (schwedisch für Aktiengesellschaft)
ABl.	Amtsblatt
AS	Aktiaselts (estisch für Aktiengesellschaft)
AG	Aktiengesellschaft
ARegV	Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze
AT&T	American Telephone & Telegraph Corporation
ATSOI	Association of Transmission System Operators in Ireland
AVR	Archiv des Völkerrechts
BASF	Badische Anilin- & Soda-Fabrik
BALTSO	Baltic Transmission System Operators
BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
BTOEl	Bundestarifordnung Elektrizität
B. V.	Besloten Vennootschap (niederländisch für Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CEPS	Centre for European Policy Studies
CRNI	Competiton and Regulation in Network Industries
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSL	Digital Subscriber Line
DTAG	Deutsche Telekom AG
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EdF	Electricité de France
EEG	Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien
EEX	European Energy Exchange

EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E. L. Rev.	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnBW	Energie Baden-Württemberg
Entsoe	European Network of Transmission System Operators for Electricity
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung
ERGEG	Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Gas
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
ETSO	European Transmission System Operators
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EU-GRCharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
GasGVV	Gasgrundversorgungsverordnung
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GasNZV	Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GasHDrLtgV	Verordnung über Gashochdruckleitungen
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GdF	Gaz de France
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GUS	Gemeinschaft Unabhängiger Staaten
GVBl. NW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWh	Gigawattstunde
HHI	Herfindahl-Hirschman-Index
Hz	Hertz
HVDC	High Voltage Direct Current
ICC	Industrial and Corporate Change
IPTV	Internet Protocol Television
ISO	Independent System Operator
JENRL	Journal of Energy & Natural Resources Law
JTEP	Journal of Transport Economics and Policy
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau

KWKG	Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung
K&R	Kommunikation & Recht
LNG Ltd	Liquified Natural Gas Limited Company
MMR MWh	MultiMedia und Recht Megawattstunde
N&R	Netzwirtschaft und Recht
OEW ofgem	Oberschwäbische Elektrizitätswerke Office of Gas and Electricity Markets (Britische Regulierungs- behörde)
OMC OPAL	Open Market Coupling Ostseepipeline-Anbindungsleitung
plc	public limited company
RdE RMCUE RWE	Recht der Energiewirtschaft Revue du Marché commun et de l'Union européenne Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk
SA SE SEL SERIS SPD SSNIP StromGVV StromNEV StromNZV	Société anonym Societas Europaea Süddeutsche Erdgasleitung Sheffield Energy & Resources Information Services Sozialdemokratische Partei Deutschlands Small but Significant Non transitory Increase in Price Stromgrundversorgungsverordnung Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitäts- versorgungsnetzen Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
TAL TEHG	Teilnehmeranschlussleitung Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen
TKG TKMR TWh	Telekommunikationsgesetz TeleKommunikations- & MedienRecht Terrawattstunde
UCTE UdSSR UKTSOA UHVDC	Union for the Coordination of Transmission of Electricity Union der Sozialistischen Sowjet Republiken United Kingdom Transmission System Operator Association Ultra High Voltage Direct Current
VDSL	Very High Speed Digital Subscriber Line

VPP

Virtual Power Plants

VwVfG

Verwaltungsverfahrensgesetz

WuW

Wirtschaft und Wettbewerb

ZfE

Zeitschrift für Energiewirtschaft

ZNER

Zeitschrift für Neues Energierecht

Einführung

Die Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas 2003 der Europäischen Gemeinschaft¹ und nun nachfolgend die Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas 2009 der Europäischen Gemeinschaft² implementieren die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen bzw. Fernleitungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife. Die Netzzugangsregelung wird dabei nach objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien angewandt. Eine von den Mitgliedstaaten betraute und von den Interessen der Energiewirtschaft unabhängige Regulierungsbehörde sichert die Einhaltung dieser Bedingungen.³

Gleichzeitig wurde mit Art. 22 GasRL 2003/55/EG und Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel⁴ und nun nachfolgend mit Art. 36 GasRL und Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003⁵ (»StromhandelsVO«) das Instrument geschaffen, für bestimmte neue Infrastrukturen, eine Ausnahme vom Regulierungsregime zu beantragen. Demnach können grenzüberschreitende Infrastrukturen, i.e. bestimmte Elektrizitätsverbindungsleitungen, Gasfernleitungen, Gasspeichereinrichtungen und LNG-Anlagen, von den Regulierungsverpflichtungen vollständig oder teilweise freigestellt werden. Durch die Freistellung darf allerdings weder die Funktionsfähigkeit des jeweiligen Binnenmarkts noch des regulier-

¹ 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, ABl. 2003 Nr. L 176/37;

Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 Nr. L 176/57.

² Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (»ElektrizitätsRL«), ABl. 2009 Nr. L 211/55;

Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (»GasRL«), ABl. 2009 Nr. L 211/94.

³ Art. 32 ff ElektrizitätsRL, Art. 32 ff GasRL.

⁴ ABl. 2003 Nr. L 176/1.

⁵ ABl. 2009 Nr. L 211/15.

ten Netzes, in das die freizustellende Infrastruktur zu integrieren ist, beeinträchtigt werden. Weitere maßgebliche Voraussetzung und Ziel der Freistellung ist eine Verbesserung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Versorgungsmärkten und verbunden mit der Investition auch der Versorgungssicherheit. Leitbild ist dabei eine kommerziell betriebene Infrastruktur, i.e. eine so genannte Merchant-Line, die außerhalb der sonstigen Marktregulierung auch Investitionsanreize für Nicht-Netzbetreiber schafft.

Das Instrument der Regulierungsfreistellung erscheint auf den ersten Blick als Fremdkörper in einem Rechtsrahmen, der den vorläufigen Abschluss eines Liberalisierungsprozesses bildet, dessen Anliegen auch und gerade das Aufbrechen vorhandener Monopole oder zumindest monopolartiger Marktstrukturen durch die Garantie eines regulierten Netzzugangs war. Betrachtet man die historisch bedingte und immer noch vorhandene überwiegend nationalstaatlich oder noch kleinteiliger orientierte Konfiguration der Strom- und Gasversorgungsnetze⁶, wird jedoch auch deutlich, dass zur Schaffung eines wirklichen europäischen Binnenmarkts für Energie auch der Ausbau der vorhandenen nationalen Energieversorgungsnetze zu einem wirklichen transeuropäischen Energieverbundnetz erforderlich ist. Das Instrument der Regulierungsfreistellung könnte vor diesem Hintergrund in einem im Übrigen regulierten Marktumfeld einen Anreiz für Investitionen in Infrastrukturen zur Schaffung eines wirklichen europäischen Energieversorgungsnetzes bieten und sich auf diese Weise in den energierechtlichen Rahmen einfügen.

Ausgehend von einer umfassenden Beschreibung des energiepolitischen Hintergrunds (1. Kapitel) beleuchtet die folgende Arbeit das Instrument der Regulierungsfreistellung unter Einbeziehung seiner ökonomisch-theoretischen Voraussetzungen. Anhand der Grundkonzeption sektorspezifischer Regulierungsmaßnahmen (2. Kapitel) sollen Regulierungsfreistellungsmaßnahmen auf ihre Eignung zur besseren Beherrschbarkeit vorhandener Regulierungsrisiken und -defizite untersucht werden. Dabei soll auf den in der ökonomischen Theorie existierenden Ansatz der *Access Holidays* ebenso eingegangen werden wie auf alternative Lösungsansätze (3. Kapitel). Neben der Einordnung in den vorhandenen Rechtsrahmen (4. Kapitel) stehen vor allem die einzelnen Voraussetzungen der Regulierungsfreistellung (5. Kapitel) im Mittelpunkt der Betrachtung. Bei der Einordnung in die regulatorische Grundkonzeption muss vor allem das Verhältnis von Regulierungsfreistellungsmaßnahmen zum Instrumentarium des klassischen Wettbewerbsrechts untersucht werden. Ebenso ist eine Abgrenzung zu anderen Instrumenten der Infrastrukturregulierung wie

⁶ Eine Verbindung der einzelstaatlichen Energienetze fand zwar mit dem zunehmenden Zusammenwachsen der europäischen Volkswirtschaften statt. Jedoch hielt sie mit diesem Prozess nicht Schritt und beschränkte sich auf die Gewährleistung bestimmter Einzelfunktionen (siehe unten 1. Kapitel: II. 1.).

etwa der Energie-Infrastrukturrichtlinie⁷ oder dem Programm Transeuropäische Netze⁸ durchzuführen. Bei der Auslegung der konkreten Voraussetzungen der Regulierungsfreistellung sollen neben den Auslegungshinweisen der Europäischen Kommission im Sinne eines teleologischen Ansatzes die ökonomisch-theoretischen Voraussetzungen wieder aufgegriffen werden und auch Erfahrungen aus praktischen Anwendungsbeispielen Eingang in die Untersuchung finden. Hinterfragt werden soll auch, inwieweit die Beschränkung der Regulierungsausnahmen nur auf Infrastrukturen mit bestimmten besonderen Eigenschaften sinnvoll ist. Erörterungen zum Verfahren und Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Rahmen der bezeichneten Regulierungsfreistellungen (6. Kapitel) bilden den Abschluss der Ausführungen zu den energierechtlichen Freistellungen. Ein Exkurs ins Telekommunikationsrecht (7. Kapitel) beschäftigt sich schließlich noch mit der Frage, ob aus Regulierungsfreistellungsdiskussionen im Telekommunikationssektor zusätzliche Schlüsse für die energierechtlichen Freistellungen gezogen werden können.

⁷ Richtlinie 2005/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Januar 2006 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen (»InfrastrukturRL«), ABl. 2006 Nr. L 33/22.

⁸ Titel XVI des AEUV trägt der Union gem. Art. 170 ff AEUV auf, einen Beitrag zum Aufbau und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur zu leisten; siehe unten 4. Kapitel: III.

1. Kapitel

Bedeutung neuer Infrastrukturen für eine wettbewerbliche, sichere und nachhaltige Energieversorgung in der Europäischen Union

I. Der Binnenmarktprozess im Energiesektor

1. Erste Schritte auf europäischer Ebene

Die Sicherung einer leistungsfähigen Energieversorgung bildete von Beginn an eines der Ziele im Rahmen der Europäischen Einigung. Motivation und ins Auge gefasste Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, unterlagen hingegen einem Wandel oder waren zumindest zunächst umstritten.

Der 1952 in Kraft getretene Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS)¹ als erster vertraglich greifbarer Erfolg des europäischen Einigungsprozesses, hatte zwar bereits einen im weiteren Sinne energiepolitischen Gegenstand. Er war jedoch in seinem Instrumentarium noch sektorspezifisch auf den Montanbereich beschränkt und politisch trotz der im Wesentlichen energiepolitischen Inhalte ein auf Friedenssicherung angelegtes Projekt zur Vergemeinschaftung kriegswichtiger Schlüsselindustrien. Aufbauend auf dem am 9. Mai 1950 verkündeten Plan des französischen Außenministers *Robert Schuman* sollte durch eine gemeinsame Marktordnung im Bereich Kohle und Stahl eine gegenseitige Kontrolle über diese als Schlüssel-sektoren der Rüstung geltenden Branchen ein weiterer Krieg zwischen Deutschland und Frankreich unmöglich gemacht werden. Für die Bundesrepublik stellte der EGKS-Vertrag eine Möglichkeit dar, wieder begrenzte internationale Anerkennung und Gleichberechtigung zu erfahren.² Allerdings setzte sich schon bald die Erkenntnis der Notwendigkeit einer umfassenderen energiepolitischen Zusammenarbeit durch. So hatten die Außenminister der Mitgliedstaaten der Montanunion bereits anlässlich ihrer Tagung im italienischen Messina vom 1. bis 2. Juni 1955 die Bedeutung der »Bereitstellung größerer Energiemengen zu niedrigen Kosten für die europäische Wirtschaft« erkannt und die Notwendigkeit der Errichtung eines transeuropäischen Strom- und Gasnetzes fest-

¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) vom 18. April 1951.

² *Hallstein*, Der Schuman-Plan, 1951, S. 26; *Küster*, Das Projekt der Europäischen Politischen Gemeinschaft, 1993, S. 260.

gestellt.³ Die Erfahrungen der Suezkrise im Jahre 1956, die den europäischen Staaten die Verwundbarkeit ihrer Energieversorgung erstmals in besonderem Maße vor Augen geführt hatte, bestätigten die Notwendigkeit einer engeren Koordination der Energieversorgung. Infolgedessen war die koordinierte Entwicklung des europäischen Energiesektors 1957 im Rahmen der Römischen Verträge⁴ auch in prominenter Weise vertreten: Erfasst war der Energiesektor zum einen wiederum sektorspezifisch im Rahmen der Europäischen Atomgemeinschaft. Im Rahmen der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der auch den Energiemarkt mit umfasst, waren Strom, Gas und sonstige Energieformen und -träger darüber hinaus jedoch auch in einem umfassenden Sinn wie andere Wirtschaftsgüter und Branchen in den Verträgen enthalten.

2. Entwicklung des Binnenmarkts für Energie

Dennoch fristete die Entwicklung eines gemeinsamen Energiemarktes außerhalb der sektorspezifischen Vertragswerke EGKS und EAG zunächst ein Schattendasein. Ursächlich waren neben dem vor Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte fehlenden ausreichenden Binnenmarktinstrumentarium der Gemeinschaft auch die klassischen Souveränitätsreflexe der Mitgliedstaaten im Bereich der Energieversorgung.⁵

a) »Binnenmarkt für Energie« (KOM(1988) 238 endg.)

Erst die Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte und der Entschließung des Rates über neue energiepolitische Ziele der Gemeinschaft für 1995 und die Konvergenz der Politik der Mitgliedstaaten⁶ im Jahre 1986 führte schließlich zum Beginn eines umfassenden Binnenmarktprozesses im Energiesektor. Dessen Grundkonzeption definierte die Europäische Kommission 1988 mit ihrem Dokument »Binnenmarkt für Energie«⁷ im Einklang mit den vom Rat gesetzten Zielen.

In einem mehrstufigen Rechtsetzungsprozess sollte die Versorgungssicherheit erhöht und die wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit verstärkt werden. Als Voraussetzung hierfür wurde die Überwindung der historisch zu erklärenden Abschottung der nationalen Energiemärkte erkannt. So wurde festgestellt, dass die »Kosten des Nicht-Europa im Energiesektor die wirtschaftliche Leistung

³ Messina-Erklärung abrufbar unter <http://www.ena.lu/mce.cfm>.

⁴ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) vom 25. März 1957.

⁵ Europäische Kommission, Der Binnenmarkt für Energie, KOM(1988) 238 endg., Rdnr. 1 ff.

⁶ ABl. 1986 Nr. C 241.

⁷ Europäische Kommission, Der Binnenmarkt für Energie, KOM(1988) 238 endg.

belasten« und gleichzeitig ein besser integrierter Energiemarkt einen gewichtigen zusätzlichen Faktor der Versorgungssicherheit darstellt.⁸ Dabei wurde frühzeitig die Notwendigkeit eines gemeinsamen transeuropäischen Energienetzes festgestellt, wobei Erdgas- und Elektrizitätsinfrastrukturen eine besondere Bedeutung beigemessen wurde.⁹ Durch eine Verflechtung der europäischen Energienetze sollte über eine »Interessenvergemeinschaftung« die Versorgungssicherheit erhöht werden. Gleichzeitig wurde die Erhöhung der innergemeinschaftlichen Energielieferungen als wichtiges Instrument zur Senkung der durchschnittlichen Energiekosten und damit zur Förderung des Wettbewerbs identifiziert.¹⁰

Diese Betrachtungsweise hat sich bis zum heutigen Zeitpunkt kaum verändert. So bezeichnete etwa die amtierende Ratsvorsitzende der Europäischen Union, Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, auf dem Weltwirtschaftsforum in Davos am 24. Januar 2007 die Sicherung der Energieversorgung neben dem Klimaschutz als eine der beiden größten Herausforderungen für die Menschheit.¹¹ Im Rahmen der so genannten Lissabon-Strategie, wonach die EU bis zum Jahr 2010 »zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum in der Welt« gemacht werden soll, wird die Vollendung eines voll funktionsfähigen Binnenmarkts im Energiesektor als zentraler Punkt im Rahmen der zur Zielerreichung erforderlichen Globalstrategie genannt.¹² In ihrem Aktionsplan »Eine Energiepolitik für Europa« bezeichnet die Europäische Kommission die Energiewirtschaft als Schlüsselbranche für Wohlstand und Wachstum.¹³

b) Rechtssetzungsprozess

Zur Umsetzung dieser Zielsetzung wurde durch die Europäische Gemeinschaft ein umfassender Rechtssetzungsprozess in Gang gesetzt. Nach der Preistransparenz-¹⁴ und der Transitrichtlinie¹⁵ von 1990 wurden 1996 mit der Elektrizität-

⁸ Europäische Kommission, Der Binnenmarkt für Energie, KOM(1988) 238 endg., Rdnr. 16, 19.

⁹ Europäische Kommission, Der Binnenmarkt für Energie, KOM(1988) 238 endg., Rdnr. 80, 83.

¹⁰ Europäische Kommission, Der Binnenmarkt für Energie, KOM(1988) 238 endg., Rdnr. 17, 27.

¹¹ Siehe http://www.bundestkanzlerin.de/nn_915660/Content/DE/Archiv16/Rede/2007/01/2007-01-24-rede-bkin-davos.html (zuletzt abgerufen am 10.04.10).

¹² Schlussfolgerungen des Vorsitzes – Europäischer Rat (Lissabon) 23. und 24. März 2000, SN 100/00, Rdnr. 5.

¹³ Europäische Kommission, Eine Energiepolitik für Europa, KOM(2007) 1 endg., S. 19.

¹⁴ Richtlinie 90/377/EWG des Rates vom 29. Juni 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise, ABl. 1990 Nr. L 185/16.

¹⁵ Richtlinie 90/547/EWG des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze ABl. 1990 N. L 313/30.

täts-¹⁶ und 1998 mit der Gasbinnenmarktrichtlinie¹⁷ erstmals umfassende Sekundärrechtsakte im Energiebereich geschaffen. Die 1996 und 1998 geschaffenen Rechtsakte werden auch als erstes Energierechtspaket der Gemeinschaft bezeichnet.

Seinen bisherigen Abschluss fand dieser Rechtssetzungsprozess für den Elektrizitätsbereich mit der ElektrizitätsRL 2009/72/EG sowie für den Gasbereich mit der GasRL 2009/73/EG, welche die Binnenmarktrichtlinien von 2003 ablösen. Die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bilden den Kern des so genannten dritten Binnenmarktpakets Strom und Gas. Für den Elektrizitätsbereich ist in zusätzlicher Weise die StromhandelsVO (EG) Nr. 714/2009 und für den Gasbereich die Verordnung (EG) Nr. 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005¹⁸ (»ErdgasfernleitungsnetzVO«) zu erwähnen. Daneben existieren weitere Rechtsakte der Union.

Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben ins nationale Recht ist für die Bundesrepublik Deutschland durch das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) erfolgt. Dessen ursprüngliche Fassung von 1935 wurde maßgeblich bedingt durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben 1998 und 2005 vollständig ersetzt.

II. Zielekanon der europäischen Energiepolitik

Der energierechtliche Rechtsrahmen der Union und entsprechend auch das EnWG als Umsetzungsgesetz ist dabei durch drei Hauptziele geprägt: Wettbewerb, Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit,¹⁹ die mit dem Vertrag von Lissabon auch eine primärrechtliche Verankerung in Art. 194 AEUV finden.

1. Wettbewerb

Als Teil des europäischen Binnenmarktes muss die Union auch für den Energiebinnenmarkt gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a AEUV die für sein Funktionieren erforderlichen Wettbewerbsregeln festlegen. Art. 3 Abs. 1 ElektrizitätsRL und Art. 3 Abs. 1 GasRL konkretisieren dieses Ziel für den Energiebereich. Gerade im Bereich des Energiemarktes bestehen jedoch bezüglich der Voraussetzungen eines

¹⁶ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 Nr. L 27/20.

¹⁷ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Gasbinnenmarkt, ABl. 1998 Nr. L 204/1.

¹⁸ ABl. 2009 Nr. L 211/36.

¹⁹ Art. 3 Abs. 1 ElektrizitätsRL, 3 Abs. 1 GasRL; § 1 EnWG. Es handelt sich hierbei um die so genannte Zieletrias.

solchen Systems unverfälschten Wettbewerb erhebliche Defizite. Unabdingbare Voraussetzung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt ist zunächst die Existenz eines Binnenmarktes. Nur auf einem wirklichen Binnenmarkt ist umfassender grenzüberschreitender Energiehandel denkbar, der das Hauptinstrument zur Schaffung umfassenden Wettbewerbs darstellt.²⁰ Die Verwirklichung eines solchen Energiebinnenmarktes ist jedoch trotz der bisher unternommenen Bemühungen nicht abgeschlossen. Ursächlich hierfür sind vor allem zwei Aspekte:

Zum einen stellen Energieversorgungsnetze regelmäßig bottleneck-Situationen dar. Sowohl Energieerzeugung als auch Energievertrieb sind zum Absatz der erzeugten Energie bzw. zum Bezug der verkauften Energie auf die Nutzung der Energieversorgungsnetze angewiesen, die folglich einen Flaschenhals darstellen. Energieversorgungsnetze sind jedoch durch monopolartige Strukturen geprägt. Echter Wettbewerb wird daher nur möglich, wenn Dritte Zugang zu den monopolartigen Energieversorgungsnetzen erhalten. Dies gilt zumindest, soweit eine Duplizierung oder gar Multiplizierung der Energieversorgungsnetze durch einen parallelen Leitungsbau durch die Wettbewerber weder gesamt- noch einzelwirtschaftlich sinnvoll ist. Relevant ist in diesem Zusammenhang vor allem das Vorliegen eines so genannten natürlichen Monopols, das durch das Vorliegen von Subadditivität, i.e. einer Situation, in der die Kosten mehrerer kleinerer Anbieter zusammengerechnet die Kosten des Einzelanbieters wesentlich überschreiten, definiert ist. Darüber hinaus ist jedoch auch die Bestreitbarkeit des natürlichen Monopols, i.e. die Bedrohung durch zumindest potentiellen Wettbewerb, von entscheidender Bedeutung.²¹

Zum anderen sind die Energieversorgungsnetze insbesondere im Elektrizitätsbereich bedingt durch die Historie der Entstehung der Netze vielfach in ihrer Konfiguration nach wie vor stark nationalstaatlich orientiert. Insbesondere große Mitgliedstaaten der Union errichteten ihre Energieversorgungsnetze unter dem Blickwinkel einer die nationale Versorgungssicherheit sicherstellenden Netzkonfiguration. Grenzüberschreitende Netzkapazitäten wurden nur dort errichtet, wo zur Sicherung der Versorgung Energieimport erforderlich war, was insbesondere den Gassektor betrifft. Im Stromsektor existiert bis heute kein europäisches Verbundsystem im Sinne eines einheitlichen europäischen Binnenmarkts für Energie. Der bestehende Verbundgrad dient vielmehr lediglich der Absicherung gegen Versorgungsstörungen ist aber für einen wirklichen grenzüberschreitenden Handel nicht ausreichend. Der auf der Tagung des Europäischen Rates in Barcelona schon 2002 festgelegte Mindestverbundgrad von

²⁰ EuGH »VEMW« Slg. 2005, I-4983 (5028, 5035) Rdnr. 28, 49; *Wälde/Gunst*, Journal of World Trade 36 (2) 2002, p. 191; European Commission, Energy Sector Inquiry – Preliminary Report – Electricity, 2006, Rdnr. 475f, abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/energy/inquiry/preliminary_report_2.pdf (zuletzt abgerufen am 08.08.08).

²¹ Siehe unten 2. Kapitel: I. 2. b).

10%²² wird bis heute von einer signifikanten Anzahl von Mitgliedstaaten nicht erreicht.²³ Grenzüberschreitender Handel erfordert jedoch in netzgebundenen Industrien auch ein umfassendes grenzüberschreitendes Netz, i.e. Strominterkonnektoren, Gasfernleitungsnetze sowie LNG-Terminals.

a) Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

Zur Schaffung unverfälschten Wettbewerbs trotz der monopolartigen Netzstrukturen sehen daher sowohl der nationale als auch der Unionsrechtsrahmen Instrumente des Wettbewerbsrechts sowie einer sektorspezifischen Regulierung vor.

aa) Wettbewerbsrecht

Klassisches Wettbewerbsrecht, das sich von einer ex-ante Regulierungskontrolle vor allem durch seine ex-post, einzelfallorientierten Eingriffe abgrenzt,²⁴ findet sich auf der Ebene des Unionsrechts in Art. 101 ff AEUV und den entsprechenden Verordnungen.²⁵ Im Bereich des Energiesektors ist aufgrund der vielfach bestehenden Monopolstruktur vor allem das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV zu beachten.

Auf nationaler Ebene findet im deutschen Recht das GWB Anwendung, wobei wiederum die Missbrauchsverbote der §§ 19 f GWB und dabei insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB den Schwerpunkt bilden.²⁶

bb) Regulierungsrecht

Regulierungsmaßnahmen erfassen mit ihrer ex-ante methodenorientierten Funktionsweise ganzheitlich den jeweiligen Wirtschaftsbereich und beschränken sich nicht auf einzelne wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bestimmter Marktteilnehmer.²⁷

²² Schlussfolgerungen des Vorsitzes – Europäischer Rat (Barcelona) 15. und 16. März 2002, SN 100/1/02, Rdnr. 37.

²³ Europäische Kommission, Vorrangiger Verbundplan, KOM(2006) 846 endg., S. 3.

²⁴ Böge, Die leitungsgebundene Energiewirtschaft zwischen klassischer Wettbewerbsaufsicht und Regulierung, FS-Baur, 2002, S. 413; Büdenbender, DVBl. 2006, S. 197 (206).

²⁵ Die bedeutendsten wettbewerbsrechtlichen Verordnungen sind die als Kartellverfahrensverordnung bezeichnete Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1 und die als Fusionskontrollverordnung bezeichnete Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (»Fusionskontrollverordnung«), ABl. 2004 Nr. L 24/1.

²⁶ Zu beachten ist hierbei allerdings § 111 EnWG, der die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB im Hinblick auf ausdrücklich abschließende Regelungen des EnWG bestimmt. Auf den sektorspezifisch regulierten Betrieb von Gas- und Stromnetzen sind §§ 19, 20 GWB daher grundsätzlich nicht anwendbar; vgl. hierzu Kreibich, RdE 2007, S. 186 (187 f); Braun, N&R 2005, S. 160 (162); Ebricke, N&R 2006, S. 10 (14).

²⁷ Säcker, RdE 2003, S. 300 (300).

Hauptgegenstand ist dabei aufgrund der beschriebenen monopolartigen Struktur der Energieversorgungsnetze der Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen im Elektrizitätsbereich gem. Art. 32 ff Elektrizitäts-RL bzw. zu den Fernleitungs-, Verteilernetzen und LNG-Anlagen im Gasbereich gem. Art. 32 ff GasRL. Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben ins nationale Recht findet sich in §§ 20 ff EnWG und den entsprechenden Rechtsverordnungen.²⁸

Regulierungs- und wettbewerbsrechtliche Maßnahmen können allerdings nur zu einer möglichst ökonomisch optimalen Nutzung der bereits bestehenden Infrastrukturen führen. Gelangen die Infrastrukturen an die Grenze ihrer Kapazität, endet auch die Reichweite wettbewerbs- und regulierungsrechtlicher Instrumente. Darüber hinaus birgt sektorspezifische Regulierung verschiedene Risiken, die dazu führen können, dass Investitionsanreize in neue Infrastrukturen reduziert werden, was auch kontraproduktive Effekte haben kann.²⁹

b) Erfordernis neuer Verbindungsleitungen

Bei Erreichen der Kapazitätsgrenze der vorhandenen Infrastrukturen ist daher zur Schaffung einer wettbewerbsorientierten Energieversorgung und eines funktionsfähigen unverfälschten Wettbewerbs die Errichtung neuer Infrastrukturen erforderlich. Bezogen auf das europäische Energieversorgungsnetz besteht zur Verbesserung des Wettbewerbs vor allem das Erfordernis neuer Verbindungsleitungen.

aa) Strom

Im Stromsektor sind die vorhandenen Interkonnektoren und Grenzkuppelstellen zwischen den verschiedenen Stromverbundnetzen zur Absicherung gegen kurzfristige Versorgungsstörungen dimensioniert. Für einen umfassenden grenzüberschreitenden Stromhandel genügen die vorhandenen Kapazitäten dagegen bisher nicht.³⁰ Neben einem optimierten Management der Kuppelstellen³¹ sind daher auch neue Interkonnektoren erforderlich.³²

²⁸ Siehe unten 2. Kapitel: II.

²⁹ Siehe unten 2. Kapitel: III. 1.

³⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12. März 2001, MEMO/01/76, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/341&format=PDF&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> (zuletzt abgerufen am 12.04.10); Monopolkommission, XIV. Hauptgutachten 2000/2001, BTDrucks. 14/9903, S. 31, 398; *Kühling*, RdE 2006, S. 173 (173).

³¹ Vgl. hierzu Leitlinien der Kommission für das Management und die Vergabe verfügbarer Übertragungskapazitäten auf Verbindungsleitungen zwischen nationalen Netzen gem. Art. 8, 13 VO (EG) Nr. 1228/2003, ABl. 2006 Nr. L 312/60.

In Deutschland wird aktuell auf das Verfahren des so genannten Open-Market-Coupling (OMC) zurückgegriffen; vgl. hierzu *Kühling*, RdE 2006, S. 173 (175 f).

³² *Holznapel/Schumacher*, N&R 2007, S. 96 (102); *Talus/Wälde*, CRNI 2006, p. 355 (356).