

Marietje Nauschütz

**Das Unbundling integrierter
Erdgasunternehmen –
rechtliche Grenzen europäischer
Wirtschaftsregulierung**



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einführung	19
1. Kapitel: Thematischer Hintergrund	22
A. Europäische Energiepolitik – ein kurzer Überblick	22
I. Beweggründe und Ziele einer europäischen Energiepolitik	22
II. Der Euratom-Vertrag als spezifisch energierechtlicher Vertrag der EG	23
III. Ermächtigungsgrundlagen für energiepolitische Maßnahmen	25
B. Der europäische Erdgasbinnenmarkt	27
I. Begriff	27
1. Binnenmarkt看begriff und Binnenmarktpolitik der Gemeinschaft	27
2. Binnenmarktpolitik im Erdgassektor	29
II. Entwicklung	31
III. Die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 98/30/EG	35
1. Allgemeines	35
2. Netzzugang und Essential-Facilities-Doctrine	36
3. Marktöffnungsgrad	39
4. Informations- und Buchführungsunbundling	40
a) Begriff des Unbundling	40
b) Funktion der Unbundlingbestimmungen	41
c) Entflechtungsvorschriften der Richtlinie 98/30/EG	42
IV. Das geltende Recht in Deutschland	43
1. Schrittweise Umsetzung der Richtlinie 98/30/EG	43
a) Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts und Verbändevereinbarungen	43
aa) Neufassung des EnWG 1935	44
bb) Abschaffung der kartellrechtlichen Freistellung	46
b) Sechste GWB-Novelle	47
c) Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts	47
2. Der Durchleitungsanspruch	49
a) Anspruchsgrundlagen und Tatbestandsvoraussetzungen	49
b) Möglichkeiten der zwangsweisen Durchsetzung	51
aa) Zivilprozessualer Weg	51
bb) Kartellbeschwerde	52
3. Staatliche Aufsicht über die Erdgaswirtschaft	53
a) Energieaufsicht	54
b) Kartellaufsicht	55

C. Der deutsche Erdgasmarkt	57
I. Technische Grundlagen	57
II. Wirtschaftliche Struktur	59
III. Vergleich mit anderen europäischen Erdgasmärkten	61
D. Die neue Gasrichtlinie (2003/55/EG)	63
I. Einführung	63
II. Regulierter Netzzugang	63
III. Verschärfte Unbundlingbestimmungen	64
1. Kombinationsnetzbetreiber	65
2. Informations- und Buchführungsunbundling	65
3. Management und Legal Unbundling	67
4. Unbundling bei Verteilernetzbetreibern, insbesondere Überprüfungsverfahren	68
2. Kapitel: Rechtmäßigkeit der neuen Vorschriften zum Recht des Unbundling	70
A. Zuständigkeit der Gemeinschaft	70
I. Ermächtigungsgrundlage	71
1. Allgemeine Grundsätze zur Gemeinschaftskompetenz	71
2. Wahl der Ermächtigungsgrundlage nach der Rechtsprechung des EuGH	73
3. Kompetenzrechtliche Beurteilung des Regelungskomplexes des Unbundling	74
a) In Betracht kommende Kompetenzgrundlagen	74
b) Rechtsangleichung	75
aa) Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EG	76
bb) Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EG	78
cc) Art. 95 EG	79
(1) Anwendbarkeit	79
(2) Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten	80
(a) Problematik	80
(b) Auslegung des Tatbestandsmerkmals	81
(c) Subsumtion der neuen Unbundlingbestimmungen	86
(3) Verbesserung der Voraussetzungen für die Verwirklichung des Binnenmarktes	88
(a) Zweckbindung und Binnenmarktfinalität	88
(b) Tatbestandsvoraussetzungen nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH	90
(c) Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen	92
(d) Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr	93
(e) Erweiterung der Handlungsermächtigung	98

c) Wettbewerbsregeln	105
aa) Art. 83 EG und Art. 86 Abs. 3 EG – Abgrenzung der Anwendungsbereiche	106
bb) Art. 86 Abs. 3 EG	107
cc) Art. 83 EG	108
(1) Wettbewerbsrechtlicher Bezug der neuen Entflechtungsbestimmungen	108
(2) Inhalt und Grenzen der Ermächtigung des Art. 83 EG	109
d) Transeuropäische Netze	111
4. Ergebnis	115
II. Grundsatz der Subsidiarität	116
1. Grundlegendes	116
a) Gesetzliche Regelung	116
b) Rechtsnormqualität und Einordnung	117
2. Anwendbarkeit	118
3. Subsidiarität	120
a) Inhaltliche Anforderungen	120
aa) Negativ- und Positivkriterium	120
(1) Negativkriterium	121
(2) Positivkriterium	123
bb) Regelungsdichte	126
(1) Das Tatbestandsmerkmal „soweit“	126
(2) Abgrenzung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung	127
cc) Ermessen	128
(1) Problematik	128
(2) Ermessen im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips	130
(a) Der gemeinschaftsrechtliche Ermessensbegriff	131
(b) Voraussetzungen für das Vorliegen von Ermessen im Gemeinschaftsrecht	131
(c) Ermessen bei der vorliegenden Subsidiaritätsprüfung	134
(3) Rechtsfolge der Anerkennung von Ermessen	136
(a) Handlungsmaßstäbe für die Gemeinschaftsorgane	136
(b) Formelles Begründungserfordernis	137
(c) Gerichtliche Überprüfung des Subsidiaritätsprinzips	140
(4) Ergebnis	146
b) Die neuen Unbundlingbestimmungen unter den Prüfkriterien der Subsidiarität	146
aa) Anwendung des Subsidiaritätsprinzips durch die Gemeinschaftsorgane	146
(1) Negativkriterium	147
(a) Die wettbewerbskonstitutiven Elemente der Richtlinie 98/30/EG	148
(b) Liberalisierungserfolge in den Mitgliedstaaten	148

(c) Ursachen für fehlenden Wettbewerb	150
(d) Bedenken gegen die Einführung der geplanten Unbundlingbestimmungen	151
(e) Sonderfall Deutschland	155
(f) Ergebnis	162
(2) Positivkriterium	162
(3) Regelungsdichte	162
bb) Begründungserfordernis	163
cc) Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof	165
4. Zusammenfassung und Ergebnis	165
B. Europarechtlicher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	167
I. Entwicklung und gesetzliche Regelung	167
II. Anwendungsfelder des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	168
III. Kompetentielle und grundrechtsbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung	169
1. Problematik	169
2. Neuere Entwicklungen	170
a) Erweiterung des Schutzzobjekts	170
b) Jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	171
3. Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 EG	172
a) Auslegung	172
b) Auffassung des Bundesverfassungsgerichts („Maastricht“)	175
c) Abgrenzung zur Verhältnismäßigkeit als Grundrechtsschranke	176
4. Ergebnis	177
IV. Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 3 EG	177
1. Geeignetheit	178
a) Allgemeine Anforderungen	178
b) Besonderheiten bei funktional und final ausgerichteten Kompetenzgrundlagen	179
c) Kompetenz- und Geeignetheitsprüfung bei Rechtsangleichungsmaßnahmen	179
d) Ergebnis	181
2. Erforderlichkeit	182
3. Angemessenheit	182
V. Ermessen	183
1. Ausgangsposition	183
2. Materieller Prüfungsinhalt von Art. 5 Abs. 3 EG	184
3. Spezieller Regelungsgegenstand	186
VI. Die neuen Unbundlingbestimmungen unter den Prüfkriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. 5 Abs. 3 EG	187
1. Unterscheidung von drei Ebenen	187
2. Ebene der Normsetzung	189
a) Geeignetheit	189

b) Erforderlichkeit	189
aa) Grundproblematik	189
bb) Wettbewerbsökonomischer Ansatz zur Lokalisierung und Disziplinierung von Marktmacht	190
cc) Überblick über die zur Verfügung stehenden Wettbewerbsinstrumente in Netzsektoren	192
dd) Regulierungsinstrumente der Richtlinie 98/30/EG und Verschärfungen der neuen Gasrichtlinie	193
ee) Bewertung	194
(1) Problematik der Überprüfung von Netzentgelten	194
(2) Größere Transparenz	196
(3) Anfangsschwierigkeiten und Defizite bei der Umsetzung der Richtlinie 98/30/EG	197
(4) Berücksichtigung von Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten	198
(5) Schwerpunkt ex-ante Regulierung	201
(6) Kombinationsmodell aus ex-ante Entgeltregulierung und Buchführungsunbundling als mildere Maßnahme	202
(7) Zusammenfassung	205
c) Angemessenheit	206
3. Formelles Begründungserfordernis	208
4. Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof	210
5. Ergebnis	211
C. Grundrechte	212
I. Prüfungsmaßstab	212
1. Die drei Ebenen des Grundrechtsschutzes in Europa	212
2. Maßgeblichkeit der Gemeinschaftsgrundrechte bei der Überprüfung von Gemeinschaftsrechtsakten	214
a) Grundrechtsverpflichtung der Gemeinschaftsorgane nach EU- und EG-Vertrag	214
b) Rechtsnatur der Gemeinschaft und Effektivität des Gemeinschaftsrechts	215
c) Ausnahmen	216
II. Gemeinschaftsgrundrechte	217
1. Einführung und allgemeine Fragen	217
a) Entwicklung, insbesondere Grundrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	217
b) Rechts(erkenntnis)quellen des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes	219
aa) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und Art. 6 Abs. 2 EU	219
bb) Zwei Rechtserkenntnisquellen	220

cc) Deklarationen europäischer Organe, insbesondere Grundrechtscharta	224
dd) Zusammenfassung	226
c) Struktur und Inhalt der Grundrechtsprüfung	227
aa) Ausgangslage	227
bb) Schutzbereich und Eingriff	228
cc) Zulässigkeit des Grundrechtseingriffs	229
(1) Schranken	229
(2) Schranken-Schranken	231
2. Vereinbarkeit der neuen Unbundlingbestimmungen mit den Gemeinschaftsgrundrechten	233
a) Einschlägige Grundrechte	233
b) Grundrechtsberechtigung	234
c) Grundrecht der Berufsfreiheit	236
aa) Sachlicher Schutzbereich und Eingriff	236
(1) Inhalt und Einzelgewährleistungen nach der Rechtsprechung des EuGH	236
(2) Einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit	237
(3) Abgrenzung zum Eigentumsgrundrecht	239
(4) Auswirkung der neuen Unbundlingvorschriften	240
(a) Eingriffsqualität von Richtlinienbestimmungen	240
(b) Freie wirtschaftliche Betätigung als Erdgasunternehmen	241
(c) Ergebnis	245
bb) Rechtfertigung des Eingriffs	245
(1) Schranken	245
(2) Schranken-Schranken	247
(a) Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit	247
(b) Wesensgehaltsgarantie	251
cc) Zusammenfassung und Ergebnis	252
d) Eigentumsgrundrecht	253
aa) Sachlicher Schutzbereich und Eingriff	253
(1) Schutzzumfang und Eingriffsarten nach der Rechtsprechung und den Erkenntnisquellen	253
(2) Wirkung der neuen Entflechtungsbestimmungen	256
(a) Anteilseigner	256
(b) Vertikal integrierte Erdgasunternehmen	258
(c) Zusammenfassung	263
bb) Rechtfertigung	264
(1) Schranken	264
(2) Schranken-Schranken	266
(a) Verhältnismäßigkeit	266
(b) Wesensgehaltsgarantie	277
e) Zusammenfassung und Ergebnis	277

III. Nationale Grundrechte	278
1. Ausgangsposition	278
2. Vorrang des Gemeinschaftsrechts	279
3. Verfassungsrechtliche Grenzen des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht	280
4. Die neuen Unbundlingbestimmungen und deutsche Grundrechte	282
D. Zusammenstellung der Ergebnisse	284
I. Kompetenzgrundlage	284
II. Subsidiaritätsprinzip	285
III. Europarechtlicher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	286
IV. Grundrechte	288
Ausblick	291
Literaturverzeichnis	293