Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
<i>I. Hintergrund und Problem</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	<i>5</i>
<i>III. Regulierungs- und Kartellrechtsbegriff</i>	<i>6</i>
B. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	9
<i>I. Einleitung</i>	<i>9</i>
<i>II. Regelungen im deutschen und europäischen Recht</i>	<i>10</i>
<i>III. Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden und -gerichte</i>	<i>13</i>
<i>IV. Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht und Folgerungen für die Anwendung des Kartellrechts auf regulierte Sachverhalte</i>	<i>20</i>
<i>V. Zusammenfassung</i>	<i>38</i>
C. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	41
<i>I. Einleitung und Rechtslage vor dem EnWG 2005</i>	<i>41</i>
<i>II. Aktuelle Rechtslage seit Inkrafttreten des EnWG 2005</i>	<i>42</i>
<i>III. Zusammenfassung</i>	<i>66</i>

D. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach Art. 102 AEUV	67
I. Vorüberlegungen	67
II. Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	67
III. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	125
IV. Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV	219
V. Ergebnis	223
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	225
I. Einleitung	225
II. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	225
III. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	226
IV. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach europäischem Kartellrecht	226
Literaturverzeichnis	231
Sachregister	249

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
<i>I. Hintergrund und Problem</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	<i>5</i>
<i>III. Regulierungs- und Kartellrechtsbegriff</i>	<i>6</i>
B. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	9
<i>I. Einleitung</i>	<i>9</i>
<i>II. Regelungen im deutschen und europäischen Recht</i>	<i>10</i>
1. Einleitung	10
2. Deutsches Recht	10
3. Europäisches Recht	12
4. Zusammenfassung und Bewertung	13
<i>III. Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden und -gerichte</i>	<i>13</i>
1. Einleitung	13
2. Telekommunikationssektor	14
3. Postsektor	16
4. Eisenbahnsektor	17
5. Energiesektor	18
6. Zusammenfassung	20
<i>IV. Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht und Folgerungen für die Anwendung des Kartellrechts auf regulierte Sachverhalte</i>	<i>20</i>
1. Einleitung	20
2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Kartell- und Regulierungsrecht	21

a) Zielsetzung von Kartell- und Regulierungsrecht	21
b) Sachlicher Anwendungsbereich	23
aa) Einleitung	23
bb) Betroffene Sektoren	23
cc) Betroffene Unternehmen	24
c) Zeitliche Aspekte	24
aa) Grundsätzliche zeitliche Konzeption	24
bb) Prüfungszeitpunkt	26
3. Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht	26
a) Spezialität des Regulierungsrechts?	26
b) Mögliche Unanwendbarkeit des Kartellrechts durch regulatorische Vorgaben	27
c) Wechselwirkung zwischen Kartell- und Regulierungsrecht ...	27
aa) Einleitung	27
bb) Wechselseitige Berücksichtigung der Wertungen von Kartell- und Regulierungsrecht	28
cc) Berücksichtigung regulierungsrechtlicher Entscheidungen bei der Anwendung des Kartellrechts	31
dd) Heranziehung regulierungsrechtlicher Wertungen zur Auslegung des Kartellrechts	33
ee) Rückgriff auf regulierungsrechtliche Methoden bei der Anwendung des Kartellrechts	36
d) Ergebnis	38
V. Zusammenfassung	38
C. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	41
<i>I. Einleitung und Rechtslage vor dem EnWG 2005</i>	41
<i>II. Aktuelle Rechtslage seit Inkrafttreten des EnWG 2005</i>	42
1. Einleitung	42
2. Rechtslage in Verfahren der Kartellbehörden	44
3. Rechtslage in Zivilverfahren	44
a) Vorüberlegungen	44
b) Unmittelbare kartellrechtliche Kontrolle der Netzentgelte im Zivilverfahren	44
aa) Einleitung und Meinungsstand	44
bb) Wortlaut der Norm	45
cc) Sinn und Zweck der Norm	45
dd) Gesetzesmaterialien und Gesetzgebungsverfahren zum EnWG 2005	47

ee) Verfassungskonforme Auslegung	49
ff) Europarechtskonforme Auslegung	53
gg) Ergebnis zur unmittelbaren kartellrechtlichen Kontrolle im Zivilverfahren	56
c) Kartellrechtliche Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	56
aa) Problemstellung und Meinungsstand	56
bb) Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf einen Ausschluss der kartellrechtlichen Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	58
(1) Wortlaut des § 111 EnWG	58
(2) Sinn und Zweck des § 111 EnWG	58
(3) Zulässigkeit der Inzidentkontrolle im Umkehrschluss aus § 111 Abs. 3 EnWG?	59
(4) Gesetzesmaterialien zum EnWG 2005	61
(5) Verfassungs- und europarechtliche Gesichtspunkte	62
(6) Ergebnis zur Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf die kartellrechtliche Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	63
cc) Ergebnis zur kartellrechtlichen Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	63
d) Ergebnis zur Rechtslage in Zivilverfahren	64
4. Rechtslage in Kartellschiedsverfahren	64
5. Ergebnis	66
<i>III. Zusammenfassung</i>	66
D. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach Art. 102 AEUV	67
<i>I. Vorüberlegungen</i>	67
<i>II. Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV</i>	67
1. Einleitung	67
2. Möglicher Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts	67
a) Vorüberlegungen und Meinungsstand	67
b) Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV auf Energienetzentgelte höchststrichterlich noch ungeklärt	70
c) Möglicher Ausschluss durch europäisches Sekundärrecht umsetzendes nationales Recht	71
aa) Problem und Meinungsstand	71
bb) Möglichkeit des Ausschlusses von Europarecht durch nationales Recht	73
(1) Vorüberlegungen	73

(2) Vorrang des europäischen Rechts	73
(3) „Deklaratorischer Ausschluss“ durch nationales Recht	74
(4) Ergebnis zu einem möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch nationale Normen	75
cc) Möglicher Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch § 111 EnWG	75
(1) Vorüberlegungen	75
(2) Wortlaut des § 111 EnWG	75
(3) Gesetzesmaterialien	75
(4) Sinn und Zweck	77
(5) Bewertung und Ergebnis zur Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf einen möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts	78
dd) Anwendungsvorrang der sekundärrechtlichen Vorgaben und des EnWG vor Art. 102 AEUV?	79
(1) Problem und Meinungsstand	79
(2) Sekundärrecht als <i>lex specialis</i> zu Art. 102 AEUV?	83
(3) Konkretisierung von Art. 102 AEUV durch das Sekundärrecht?	85
(a) Vorüberlegungen	85
(b) Art. 1 StromRL 2009 als Hinweis auf Konkretisierung des Wettbewerbsrechts?	85
(c) Netzzugangsregelungen als Konkretisierung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots?	86
(d) Art. 60 Abs. 4 Satz 2 StromRL 2009 und Art. 41 Abs. 13 Satz 2 GasRL 2009 als Hinweis auf Konkretisierung?	87
(e) Formelle Voraussetzungen für die Konkretisierung der Wettbewerbsvorschriften	88
(f) Ergebnis zur möglichen Konkretisierung von Art. 102 AEUV durch das sektorspezifische Sekundärrecht	89
(4) Ergebnis zu einem möglichen Vorrang des Sekundärrechts vor Art. 102 AEUV	89
ee) Ausschluss des europäischen Kartellrechts nach den Grundsätzen der <i>CTL-Logistics</i> -Rechtsprechung?	90
(1) Einleitung	90
(2) Begründung des EuGH für den Ausschluss der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle	91
(a) Einleitung	91

(b)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	91
(c)	Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	92
(d)	Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	92
(e)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	92
(f)	Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	93
(g)	Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	94
(h)	Prüfungsmaßstab der Billigkeitskontrolle	94
(3)	Vergleichbarkeit der Rechtslage im Energiesektor ...	95
(a)	Vorüberlegungen	95
(b)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	95
(c)	Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	96
(d)	Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	96
(e)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	97
(f)	Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	98
(g)	Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	99
(h)	Prüfungsmaßstab der Billigkeitskontrolle	100
(i)	Zusammenfassung und Bewertung	101
(4)	Übertragbarkeit der Erwägungen auf die kartellrechtliche Entgeltkontrolle	102
(a)	Vorüberlegungen	102
(b)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	106
(c)	Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	109

(d)	Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	110
(e)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	110
(f)	Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	112
(g)	Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	113
(h)	Prüfungsmaßstab der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle	114
(i)	Zusammenfassung und Bewertung	116
(5)	Ergebnis	116
ff)	Ergebnis zu einem möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch europäisches Sekundärrecht umsetzendes nationales Recht	116
3.	Vorliegen eines unternehmerischen Handlungsspielraums	117
a)	Einleitung	117
b)	Voraussetzungen des unternehmerischen Handlungsspielraums i. S. der EuGH-Rechtsprechung	117
c)	Handlungsspielraum des Netzbetreibers zur Beeinflussung der Netzentgelte	119
aa)	Handlungsspielraum der Netzbetreiber unter Geltung der regulatorischen Vorgaben	119
bb)	Handlungsspielraum auch bei einheitlicher Entgeltbildung?	121
d)	Ergebnis	125
4.	Ergebnis zur Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	125
<i>III.</i>	<i>Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV</i>	125
1.	Einleitung	125
2.	Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	126
a)	Einleitung	126
b)	Marktbeherrschende Stellung	126
aa)	Einleitung	126
bb)	Sachlich relevanter Markt	126
(1)	Einleitung und Meinungsstand	126
(2)	Bestimmung des sachlich relevanten Marktes	128
(a)	Definition des sachlich relevanten Marktes	128
(b)	Netznutzung als sachlich relevanter Markt	128

(c) Differenzierung nach Strom- und Gasmärkten ...	129
(d) Weitere Differenzierung nach Spannungsebenen und Druckstufen	129
(3) Ergebnis zur sachlichen Marktabgrenzung	130
cc) Räumlich relevanter Markt	131
(1) Einleitung	131
(2) Definition des räumlich relevanten Marktes	131
(3) Ermittlung des räumlich relevanten Marktes im konkreten Fall	132
(a) Netzgebiet als räumlich relevanter Markt	132
(b) Besonderheiten bei Transportnetzen	133
(4) Ergebnis zur räumlichen Marktabgrenzung	136
dd) Marktbeherrschung	136
ee) Ergebnis zur marktbeherrschenden Stellung	138
c) Auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	138
aa) Vorüberlegungen	138
bb) Rechtsprechung des EuGH und Entscheidungspraxis der Kommission zum Vorliegen eines wesentlichen Teils des Binnenmarktes	139
cc) Energienetze als wesentliche Teile des Binnenmarktes ...	141
(1) Einleitung	141
(2) Alle Energienetze als wesentlicher Teil des Binnenmarktes	141
(3) Differenzierung nach Größe des Netzes	143
(a) Vorüberlegungen	143
(b) Transportnetze als wesentlicher Teil des Binnenmarktes	144
(c) Differenzierte Betrachtung bei Verteilernetzen ...	145
(4) Zusätzliche Konzernbetrachtung?	147
(5) Anwendung der Grundsätze der <i>Crespelle</i> - Entscheidung?	149
dd) Zusammenfassung und Ergebnis	151
d) Ergebnis zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	151
3. Missbräuchlichkeit der Entgelte	151
a) Einleitung	151
b) Preishöhenmissbrauch	152
aa) Vorüberlegungen	152
bb) Ermittlung missbräuchlich überhöhter Entgelte nach dem Vergleichsmarktkonzept	153

(1) Einleitung	153
(2) Sachliches Vergleichsmarktkonzept	153
(3) Zeitliches Vergleichsmarktkonzept	154
(4) Geographisches Vergleichsmarktkonzept	156
(a) Einleitung	156
(b) Zulässigkeit der Vergleichsmarktmethode auf Monopolmärkten	157
(c) Zulässigkeit der Vergleichsmarktmethode auf regulierten Märkten	158
(d) Auswahl der zu vergleichenden Netzbetreiber/der Vergleichsmärkte	160
(aa) Einleitung	160
(bb) Heranziehung ausländischer Netzbetreiber	160
(cc) Behandlung struktureller Unterschiede der Vergleichsunternehmen	161
(dd) Heranziehung strukturell vergleichbarer Unternehmen nicht erforderlich?	163
(ee) Rückschluss auf sachgerechte Vergleichsgruppe aus regulierungsrechtlichen Vergleichsgruppen?	163
(ff) Ergebnis	166
(e) Anzahl der heranzuziehenden Vergleichsunternehmen	167
(f) Zulässigkeit eines Erlösvergleichs	168
(g) Erfordernis eines Erheblichkeitszuschlags	170
(h) Ergebnis	172
(5) Ergebnis zum Vergleichsmarktkonzept	172
cc) Ermittlung überhöhter Netzentgelte anhand des Konzepts der Kosten- und Gewinnkontrolle	173
(1) Einleitung	173
(2) Eignung des Konzepts der Kosten- und Gewinnkontrolle zur Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs	174
(3) Eignung und Besonderheiten der kartellrechtlichen Kosten- und Gewinnkontrolle im Hinblick auf Märkte mit bestehender Preisregulierung	176
(a) Generelle Eignung der kartellrechtlichen Kosten- und Gewinnkontrolle für preisregulierte Märkte	176
(b) Auswirkung der regulatorischen Kalkulationsvorgaben auf die kartellrechtliche Kosten- und Gewinnkontrolle	177
(c) Ergebnis	178

(4) Kartellrechtliche Kosten- und Gewinnkontrolle auch unter dem System der Anreizregulierung?	179
(a) Konfliktfeld zwischen Anreizregulierung und kartellrechtlicher Kosten- und Gewinnkontrolle	179
(b) Auflösung des Konfliktes	179
(5) Ergebnis zum Konzept der Kosten- und Gewinnkontrolle	181
dd) Ergebnis zum Preishöhenmissbrauch	181
ee) Nachweis des Preishöhenmissbrauchs im Zivilverfahren	182
(1) Einleitung	182
(2) Darlegungs- und Beweislastverteilung im Kartellzivilprozess nach Art. 102 AEUV	183
(a) Einleitung	183
(b) Grundsatz der Darlegungs- und Beweislastverteilung	183
(c) Beweiserleichterungen aufgrund einer Informationsasymmetrie?	184
(aa) Vorüberlegungen	184
(bb) Beweislastumkehr	185
(cc) Gesetzliche Vermutung	185
(dd) Anscheinsbeweis	186
(ee) Tatsächliche Vermutung	188
(ff) Sekundäre Darlegungslast des Netzbetreibers?	189
(gg) Sekundäre Beweislast des Netzbetreibers? ...	192
(hh) Ergebnis zu Beweiserleichterungen	193
(d) Ergebnis zur Darlegungs- und Beweislastverteilung	193
(3) Indizwirkung der Entgelt- bzw. Erlösobergrenzungsgenehmigung	193
(a) Vorüberlegungen	193
(b) Indizwirkung der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG	195
(c) Fortgeltung dieser Grundsätze unter Geltung der Anreizregulierung?	197
(d) Ergebnis zur Indizwirkung von Entgelt- und Erlösobergrenzungsgenehmigung	201
(4) Ergebnis zum Nachweis	201
c) Preisspaltung und Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	202
d) Preis-Kosten-Schere	205
aa) Einleitung	205

bb)	Preis-Kosten-Schere im Energiebereich trotz Entflechtungsvorgaben?	206
cc)	Ergebnis zur Preis-Kosten-Schere	207
e)	Zugangsverweigerung	207
f)	Keine objektive Rechtfertigung des unternehmerischen Handelns	209
aa)	Einleitung	209
bb)	Entgelt- oder Erlösbergrenzungsgenehmigung als Rechtfertigungsgrund	209
cc)	Erzielung von Effizienzvorteilen, die den Verbrauchern zugutekommen	209
dd)	Objektive Rechtfertigungsgründe	210
ee)	Außerwettbewerbliche Ziele des Regulierungsrechts als Rechtfertigungsgründe	211
ff)	Ergebnis	213
g)	Ergebnis zur Missbräuchlichkeit der Entgelte	213
4.	Zwischenstaatlichkeitsklausel	213
a)	Einleitung	213
b)	Auslegung und Definition des Tatbestandsmerkmals durch EuGH und Kommission	213
c)	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch missbräuchlich überhöhte Netzentgelte	215
aa)	Vorüberlegungen	215
bb)	Transportnetzbetreiber	215
cc)	Verteilernetzbetreiber	216
d)	Ergebnis zur Zwischenstaatlichkeitsklausel	218
5.	Ergebnis zum Tatbestand des Art. 102 AEUV	218
IV.	<i>Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV</i>	219
1.	Einleitung	219
2.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ...	219
3.	Betrauung mit der Dienstleistung	220
4.	Verhinderung der Aufgabenerfüllung	223
5.	Ergebnis zu Art. 106 Abs. 2 AEUV	223
V.	<i>Ergebnis</i>	223
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	225
I.	<i>Einleitung</i>	225
II.	<i>Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren</i>	225
III.	<i>Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht</i>	226

<i>IV. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach europäischem Kartellrecht</i>	226
1. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts	226
2. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	227
a) Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	227
b) Missbräuchlichkeit der Entgelte	228
c) Zwischenstaatlichkeitsklausel	230
3. Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV	230
Literaturverzeichnis	231
Sachregister	249