



Aline Krüger

Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf Fernwärmenetze





E W  R K

Schriftenreihe

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski,
Geschäftsführender Direktor

Band 66

Aline Krüger

Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf Fernwärmenetze



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Berlin, HU, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8884-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2939-0 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin angenommen.

Ganz besonders danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, für sein Vertrauen in meine Leistungen und seine Ausdauer im fachlichen Diskurs. Sein stets erkennbar persönliches Anliegen, Wissenschaft und Doktorand bzw. Doktorandin zum Erfolg zu verhelfen, schätze ich sehr.

Herrn Prof. Dr. Christoph G. Paulus, L.L.M. (Berkeley) danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Sehr danke ich zudem Herrn Dr. Mirko Sauer, der mich mit wertvollen Hinweisen und einer zuweilen nötigen Portion an Humor unterstützte.

Den Mitgliedern und Entscheidungsträgern des EWeRK danke ich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe. Es ehrt mich sehr.

Meinen lieben Kollegen im Bundesministerium für Digitales und Verkehr danke ich für die helfende Bereitschaft zum Gedankenaustausch sowie den fortwährenden Zuspruch während der berufsbegleitenden Finalisierung dieser Doktorarbeit.

Meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, Großeltern und meinem Bruder, kann ich nicht genug danken für ihre mentale Unterstützung und ihre unbedingte Liebe, die sie mir von Anfang an bis heute haben zukommen lassen. Als größten familiären Förderer und Diskussionsfreund danke ich meinem Onkel Klaus W. Gulde, dem der Abschluss dieser Arbeit sicherlich gefallen hätte.

Berlin, 2022

Aline Krüger

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
Problemaufriss	25
Verlauf der Untersuchung	28
Erster Teil: Der Fernwärmesektor in Deutschland	30
A. Formen der netzgebundenen Fernwärmeversorgung	30
I. Die zentrale netzgebundene Fernwärmeversorgung	31
II. Die dezentrale netzgebundene Fernwärmeversorgung	31
III. Einordnung des Wärmeliefercontractings	32
B. Technische Besonderheiten der Fernwärmeversorgung	32
I. Regionale Begrenztheit der Netze	32
II. Saisonale Nachfrageschwankungen	32
III. Grundlast und Spitzenlast	33
C. Vorkommen von Fernwärmenetzen	33
I. Deutschland	33
II. EU	35
III. Weltweit	36
D. Vollkosten der Fernwärmeversorgung	36
E. CO ₂ -Emissionen der leitungsgebundenen Fernwärmeversorgung	37
F. Umweltpolitische Dekarbonisierung der Fernwärmenetze	38
G. Ökonomische Analyse von Fernwärmenetzen	41
I. Der disaggregierte Betrachtungsansatz	42
1. Monopolistischer Charakter des Fernwärmenetzes	44
2. Nichtangreifbarkeit des Fernwärmenetzes	44

Inhaltsverzeichnis

3. Wettbewerbstheoretische Trennbarkeit der Wertschöpfungsstufen	47
a. Natürlicher Monopolcharakter des Gesamtsystems Fernwärmeversorgung?	48
(1) Bündelungsvorteile des integrierten Gesamtsystems	48
(a) Effizienz bei den Abstimmungsprozessen im Netz	49
(b) Effizienz bei der Dimensionierung der Wärmeerzeugungsanlagen	49
(c) Effizienz bei der Konzeption der Infrastruktur	50
(d) Vermeidung von Transaktionskosten	51
(e) Stärkerer Erhalt der Investitions- und Innovationsanreize in den Netzbau	51
(f) Zwischenergebnis	51
(2) Marktfähigkeit der getrennten Erzeugungs- und Vertriebsstufe nicht ausgeschlossen	52
(3) Marktfähigkeit der Netzstufe nicht ausgeschlossen	54
b. Zwischenergebnis	56
4. Normative Untrennbarkeit der integrierten Fernwärmeversorgung	56
a. Auslegung des EnWG, KWKG, EEG und GEG	56
b. Auslegung der AVBFernwärmeV	57
c. Fehlen einer ausgestaltenden Regelung als Indiz für das Nichtbestehen einer Bereichsausnahme	58
d. Bereichsausnahme fordert Aktivität des Gesetzgebers	58
e. Zwischenergebnis	59
5. Angreifbarkeit der Fernwärmeerzeugung und des -vertriebs	59
a. Wettbewerbspotential trotz lokaler Begrenztheit der Netze	60
b. Mögliche Produzenten und Lieferanten von Erneuerbaren-Energien-Wärme	61
c. Mögliche Lieferanten industrieller Abwärme	62
d. Mögliche unterschiedliche Fernwärmeprodukte	64
e. Zwischenergebnis	65
6. Abschottungspotential durch vertikale Integration	65
II. Der Leverage-Effekt	67
H. Bisherige Regulierungsaktivitäten in den EU-Mitgliedstaaten	69

Zweiter Teil: Kartellrechtlicher Zugang zu Fernwärmenetzen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	71
A. Das eingesessene FVU als Normadressat	71
I. Private FVU	72
II. Öffentliche FVU	73
1. Öffentlich-rechtliches Versorgungsverhältnis	75
2. Privatrechtliches Versorgungsverhältnis	76
III. Öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeversorgung	76
IV. Zwischenergebnis	77
B. Missbrauch durch Zugangsverweigerung zum Fernwärmenetz	77
I. Die Lehre von den wesentlichen Einrichtungen	77
II. Nachgelagerter Fernwärmemarkt	78
1. Sachliche Marktabgrenzung	78
a. Eigenständiges Angebot und Nachfrage von Fernwärme	79
(1) Trotz faktischer oder vertraglicher Bezugsbindung	79
(a) Ansicht einer fehlenden Fernwärmefachfrage	80
(b) Ansicht einer existierenden Fernwärmefachfrage	80
(aa) BGH Fernwärme Börsen	81
(bb) BGH Soda Club II	82
(cc) Weitere Fälle der Rechtsprechung	83
(dd) Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme	85
(c) Stellungnahme	86
(2) Fernwärmefachfrage oder Nachfrage nach Komplettleistung	88
(3) Zwischenergebnis	89
b. Austauschbarkeit der Fernwärmefachlieferung	90
(1) Aus Sicht der Altkunden	91
(a) Nach Entscheidung für einen Fernwärmefachanschluss	92
(b) Nach Entscheidung für eine Immobilie mit vorhandenem Anschluss	94
(c) Vor erneuter Systementscheidung	94
(d) Zwischenergebnis	95

Inhaltsverzeichnis

(2) Aus Sicht der Neukunden	95
(a) Noch offene Systemnachfrage	95
(b) Auf den Fernwärmenetzanschluss beschränkte Systemnachfrage	96
(c) Zwischenergebnis	97
c. Sachgemäßheit der Aufspaltung in Neu- und Altkunden	98
d. Angebotsumstellungsflexibilität	98
e. SSNIP-Test	100
f. Zwischenergebnis	101
2. Räumliche Marktabgrenzung	102
a. Das vom Fernwärmenetz erschlossene Gebiet	103
b. Vom Fernwärmenetz noch nicht erschlossene Gebiete	104
c. Möglichkeit des Kettensubstitutionseffekts bei überlappenden Fernwärmeversorgungsgebieten	105
(1) Parallele Überschneidung von Fernwärmenetzen	105
(2) Zusammenschluss von Fernwärmenetzen	106
d. Kein Korrekturbedarf des Bedarfsmarktkonzeptes	106
e. Zwischenergebnis	107
3. Zeitliche Marktabgrenzung	107
4. Zwischenergebnis	108
III. Abschottung des Fernwärmemarktes	108
1. Netze und andere Infrastruktureinrichtungen	108
2. Wesentlichkeit der Fernwärmenetze	110
a. Fehlende Duplizierbarkeit der Fernwärmenetze	111
(1) Technische oder rechtliche Unmöglichkeit	112
(2) Wirtschaftliche Unmöglichkeit	112
b. Fehlende Substituierbarkeit der Fernwärmenetze	113
c. Kein absehbares Entfallen der Wesentlichkeit	113
d. Zwischenergebnis	114
3. Erfordernis eines Marktes für die Mitbenutzung des Fernwärmenetzes	115
a. Erfordernis eines geöffneten Einrichtungsmarktes	115
b. Erfordernis zumindest eines hypothetischen Einrichtungsmarktes	116
c. Wesentlichkeit der Einrichtung ausreichend	116
d. Stellungnahme	117
4. Erfordernis der Möglichkeit eines separaten Marktes für die Mitbenutzung des Fernwärmenetzes	120
5. Erfordernis der Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt	122

6. Erfordernis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung	122
7. Diskriminierende Zugangsgewährung	123
IV. Marktbeherrschung des Fernwärmeversorgers	124
1. Maßgeblicher Bezugsmarkt für die beherrschende Stellung	125
a. Meinungsstand	125
b. Kein Entscheidungsbedarf	126
2. Beherrschung des Marktes für die Mitbenutzung des Fernwärmenetzes	126
3. Beherrschung des nachgelagerten Fernwärmemarktes	126
a. Zulässige Anknüpfung an die Inhaberschaft am Fernwärmenetz	127
(1) Wortlaut	127
(2) Systematik	128
(3) Telos	129
(4) Zwischenergebnis	129
b. Vertikalwettbewerb durch den vorgelagerten Systemwettbewerb	130
(1) Kein interner Schutzmechanismus durch die gefangenen Altkunden	130
(a) Keine Ermittlung eines hinreichenden Substitutionswettbewerbs	132
(b) Kein hinreichender Substitutionswettbewerb	132
(aa) Substitutionshemmende Umstellungskosten	133
(bb) Substitutionshemmnisse auch beim Contracting	136
(cc) Substitutionshemmnisse auch beim Heizstrom	137
(dd) Vermieter-Mieter-Dilemma und Gemeinschaftseigentum	138
(c) Zwischenergebnis	139
(2) Kein externer Schutzmechanismus durch die freien Neukunden	139
(a) Meinungsstand	140
(aa) Monopolthese	140
(bb) Unmöglichkeitsthese	141
(cc) Kodak-Dogmatik	143
(b) Stellungnahme	144
(aa) Ablehnung der Unmöglichkeitsthese	144

Inhaltsverzeichnis

(bb) Ablehnung der Kodak-Dogmatik	145
(cc) Befürwortung der Monopolthese	146
(c) Zwischenergebnis	147
c. Potentieller Wettbewerb	147
d. Zwischenergebnis	147
4. Zwischenergebnis	147
V. Verhältnis von Marktbeherrschung und Missbrauch	148
VI. Angemessenes Entgelt	148
1. Keine spezialgesetzliche Konkretisierung	149
2. Auslegung des Begriffs des angemessenen Entgelts	150
a. Diskriminierungsfreies Entgelt	151
b. Wettbewerbsbezogener Maßstab	152
(1) Vergleichsmarktkonzept	153
(2) Subtraktions- bzw. Vergleichsmethode	155
(3) Gewinn- und Erlösvergleich	155
(4) Normative Kostenkontrolle	156
(a) Ermittlung der wettbewerbsanalogen Kosten	157
(b) Ermittlung des wettbewerbsanalogen Gewinns	160
c. Erheblichkeitszuschlag	162
d. Sachliche Rechtfertigung	163
e. Charakter der nachträglichen Kontrollmaßnahme	163
3. Beweislast	164
4. Angemessene Fernwärmenetzentgelte	165
a. Diskriminierungsfreies Fernwärmenetzentgelt	165
(1) Buchhalterische Entflechtungspflicht?	166
(2) Gesellschaftsrechtliche Desintegrationspflicht?	168
(3) Fiktive Zuteilung der Gemeinkosten?	170
b. Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts im Fernwärmesektor	171
c. Anwendung der Subtraktions- bzw. Vergleichsmethode	171
d. Anwendung des Erlösvergleichs	172
e. Anwendung der normativen Kostenkontrolle im Fernwärmesektor	173
(1) Ermittlung der wettbewerbsanalogen Kosten der Fernwärmedurchleitung	173
(a) Vergleichbares Unternehmen	176
(b) Vergleichbare Leistung	178
(c) Besondere Kostenpositionen	178
(aa) Kosten für die Nutzung von Fremdkapital	178

(bb) Kosten für die Investitionsbereitschaft (Eigenkapitalbindung)	179
(cc) Kosten für überdimensionierte Fernwärmenetze	182
(d) Zwischenergebnis	182
(2) Ermittlung des wettbewerbsanalogen Gewinns der Fernwärmedurchleitung	182
f. Erheblichkeitszuschlag auf die wettbewerbsanaloge Fernwärmenetzentgelte	183
g. Rechtfertigung	183
5. Zwischenergebnis	183
VII. Zwischenergebnis	184
C. Existenz grundsätzlicher Rechtfertigungsgründe?	184
I. Unmöglichkeit der Mitbenutzung	185
1. Mögliche Mitbenutzung im Grundsatz	185
2. Unmögliche Mitbenutzung im Einzelfall	186
a. Technische Inkompatibilitäten	186
b. Unmöglichkeit mangels Netzkapazität	186
c. Unmöglichkeit mangels Baugenehmigung	188
d. Unmöglichkeit im Gebiet eines Anschluss- und Benutzungszwanges	188
(1) Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bei einem Anschluss- und Benutzungszwang	189
(2) Unmöglichkeit nur bei wirksamen Anschluss- und Benutzungszwang	190
3. Zwischenergebnis	191
II. Unzumutbarkeit der Mitbenutzung	191
1. Abwägungsmaßstab	192
a. Schutzzweck des GWB	193
b. Schutzzweck der Missbrauchsverbote des § 19 GWB	195
c. Schutzzweck des Zugangsverweigerungsverbots des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	195
2. Geeignetheit zur Förderung des Wettbewerbs auf Fernwärmemärkten	197
3. Erforderlichkeit zur Förderung des Wettbewerbs auf Fernwärmemärkten	198
4. Grundsätzlich keine überwiegenden Unternehmensinteressen des integrierten FVU	198
a. Verfügungsbefugnis des FVU aus dem Netzeigentum	200

Inhaltsverzeichnis

b. Bestandsschutz bestehender Wärmelieferverträge des FVU aus dem Eigentum	205
(1) Grundsätzlich keine Unzumutbarkeit vertragswidriger Kundenwechsel	206
(2) Mögliche Nichtigkeit der Fernwärmeliefer- bzw. -versorgungsverträge	207
(a) Nichtigkeit bzw. sofortige Kündbarkeit nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB?	208
(b) Behinderungsmisbrauch durch Alleinbezugs Klauseln	209
(aa) Marktbeherrschung im Moment der Vertragsschließung	209
(bb) Behinderung	210
(cc) Rechtfertigung	212
(aaa) Hohes Investitionsinteresse	212
(bbb) Versorgungssicherheit	216
(c) Ausbeutungsmisbrauch durch Alleinbezugs Klauseln	216
(aa) Keine vergleichbaren Fernwärmemärkte mit wirksamem Wettbewerb	217
(bb) Nur bedingte Vergleichbarkeit mit dem Neukundenmarkt	218
(cc) Orientierung an der AVBFernwärmeV?	218
(d) Zwischenergebnis	219
c. Bestandsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	219
(1) Schutz des bestehenden Wärmekundenstamms des integrierten FVU?	220
(2) Schutz der getätigten Investitionen in die integrierte Fernwärmeversorgung?	222
(a) Getätigte Investitionen in die integrierte Wärmesparte	223
(b) Getätigte Investitionen in die integrierte Netzsparte	223
(3) Schutz vor einer dauerhaften Unterdeckung effizienter Kosten?	224
d. Schutz der Wettbewerbsfreiheit des integrierten FVU	226
(1) Schutz der Teilhabe am abgeleiteten Fernwärmemarkt	226
(2) Schutz der Vertragsfreiheit?	228

(3) Schutz der Preisfreiheit hinsichtlich der Fernwärmnetzentgelte?	229
(4) Schutz des Absatzinteresses hinsichtlich der eigenen Fernwärme?	230
(5) Schutz der Absatzinteressen auf dem Durchleitungsmarkt?	232
(6) Erhalt der Investitions- und Innovationsanreize in den Netzbau	232
(a) Schutzwürdige Investitions- und Innovationsanreize auf dem Heizsystemmarkt	233
(aa) Verlust der Monopolrendite auf dem nachgelagerten Fernwärmemarkt	233
(bb) Risiko späterer Nichtauslastung eigener Wärmeerzeugungseinheiten	235
(cc) Fernwärmenetzspezifisches Amortisierungsrisiko	237
(dd) Risiko gekürzter Mitbenutzungsentgelte infolge ex post kontrollierter Entgelte durch Behörden- oder Gerichtsentscheidung	238
(ee) Zwischenergebnis	239
(b) Mögliche Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung?	239
(aa) Meinungsstand	240
(bb) Stellungnahme	240
e. Zwischenergebnis	245
5. Einwand fehlender Netzkapazität	245
a. Vorliegen eines Netzengpasses	246
b. Vorrangige Nutzungsinteressen des FVU	247
(1) Nur berechnete Nutzungsinteressen	247
(2) Grundsätzlicher Gleichrang der Nutzungsinteressen des FVU und Dritter	247
(3) Ausnahme: Verbindlichkeiten gegenüber anderen Netznutzern	250
(4) Ausnahme: Eigene Wärmelieferpflichten des integrierten FVU	251
(5) Berechtigter Kapazitätsvorbehalt	253
c. Repartierungspflicht bei gleichrangigen Nutzungsinteressen	253
d. Pflicht zum Radispatch	255

Inhaltsverzeichnis

e. Pflicht zur Kapazitätserschaffung durch Effizienzhebung	255
f. Pflicht zum Netzausbau bei fehlenden Kapazitäten	256
(1) Meinungsstand	256
(2) Stellungnahme	259
g. Pflicht zum Netzerhalt bei fehlenden Kapazitäten	261
(1) Meinungsstand	261
(2) Stellungnahme	262
6. Einwand zugangsbedingter Netzanpassungsmaßnahmen	262
7. Sinnhaftigkeitseinwand	263
8. Effizienzeinwand	264
a. Kein Nachweis aufwiegender Effizienzvorteile möglich	265
b. Ausschaltung des Wettbewerbs	268
c. Zwischenergebnis	269
9. Wettbewerbsverzerrung infolge subventionierter Petenten	269
10. Gefährdung der Netzbetriebssicherheit	270
11. Keine Rechtfertigung durch Eintritt in das Angebot des Dritten	271
12. Keine verbesserte Auswahlfreiheit der Altkunden	272
13. Verbraucherinteressen	273
14. Gründe aus der Sphäre des Zugangspetenten	274
15. Grundsätzlich keine Einbeziehung nicht wettbewerblicher Interessen	275
a. Meinungsstand	275
b. Stellungnahme	277
(1) Wortlaut	277
(2) Systematik	278
(3) Entstehungsgeschichte	279
(4) Sinn und Zweck der Norm	279
(5) Verfassungskonforme Auslegung	280
(6) Spezialgesetzliche Auslegung	283
(7) Zwischenergebnis	283
c. Spezielle Regelungen des Fernwärmenetz Zugangs?	284
(1) Beachtung der Ziele des KWKG	284
(a) Gefahr der Verdrängung bestehender KWK-Anlagen	284
(b) Gefahr des Wegfalls der Förderfähigkeit des Fernwärmenetzes	287

(c) Gefahr geminderter Förderimpulse in den integrierten KWK-Wärmenetzbau	290
(d) Gefahr geminderter Förderimpulse in KWK-Systeme	292
(2) Beachtung der Ziele des GEG	292
(a) Gefahr des Wegfalls der Fernwärmenetzqualität nach § 44 GEG	293
(b) Schutz von Fernwärmenetzen nach § 109 GEG	295
(c) Schutz von Fernwärmenetzen nach § 90 Abs. 1 Nr. 4 GEG	296
(3) Beachtung der Ziele des EEG	297
(4) Beachtung der Ziele nach dem EnWG	298
d. Beachtung der Ziele der AVBFernwärmeV	301
(1) Privilegierung der integrierten Fernwärmeversorgung im Interesse einer günstigen Versorgung zu weitgehend gleichen Vertragsbedingungen?	301
(2) Privilegierung der integrierten Fernwärmeversorgung im Interesse einer umweltfreundlichen energieeffizienten Versorgung?	304
(3) Privilegierung der integrierten Fernwärmeversorgung zum Schutze des Investitionsinteresses?	306
e. Verfassungskonforme Beachtung von nicht wettbewerblichen Interessen beim Fernwärmenetzzugang	307
(1) Beachtung der Versorgungssicherheit im Fernwärmenetz	307
(2) Beachtung von Umweltschutzinteressen	309
D. Ergebnis	311
Dritter Teil: Pflicht zur Regulierung des Zugangs zu den Fernwärmenetzen	312
A. Verfassungsrechtliches Regulierungsgebot des Staates?	312
I. Keine wirtschaftliche Neutralität des Grundgesetzes	312

Inhaltsverzeichnis

II. Prima facie Grundrechtsschutz der Wettbewerbsfreiheit der potentiellen Fernwärmelieferanten	314
1. Betroffenheit der grundrechtlichen Schutzpflichtdimension	317
2. Schutzpflicht auslösende Beeinträchtigung	319
3. Gestaltungsspielraum des Staates bei der Konkretisierung der gebotenen Schutzpflicht	321
4. Grenzen des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums	323
a. Keine bloße „Ob“-Vorgabe	323
b. Keine bloße Evidenzkontrolle	324
c. Keine bloße Kontrolle der Wesensgehaltswahrung der Grundrechte	325
d. Unter- und Übermaßverbot	326
e. Praktische Konkordanz	327
5. Zwischenergebnis	329
III. Netzzugangsregulierung als gebotene Schutzmaßnahme	329
1. Eignung zum Schutze der Wettbewerbsfreiheit der potentiellen Fernwärmelieferanten	330
a. Wirkungsweise der Netzzugangsregulierung	331
(1) Netzzugangsgebot und Diskriminierungsverbot	331
(2) Entflechtungsvorgabe	332
(a) Buchhalterische Entflechtung der Netzsparte	333
(b) Informatorische Entflechtung	334
(c) Funktionelle Entflechtung	335
(d) Gesellschaftsrechtliche Entflechtung	336
(e) Eigentumsrechtliche Entflechtung	337
(3) Netzentgeltregulierung	338
b. Tatsächliche Möglichkeit der Netzzugangsregulierung	339
c. Relevanz der Unsicherheit an der Entwicklung eines Wettbewerbs	341
d. Zwischenergebnis	343
2. Erforderlichkeit der Regulierung des Fernwärmenetzzugangs	344
a. Maßnahmen zur Wettbewerbsfreiheit der potentiellen Fernwärmelieferanten	347
(1) Andere mögliche Mittel neben dem regulierten Netzzugang	347
(a) Bestehende wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle	347
(aa) Verhandelter Netzzugang	348

(bb) Verbleibende und wiederkehrende Wettbewerbsgefährdungen	349
(aaa) Dauerhafte Gefahr diskriminierender Zugangsqualität und -bedingungen	350
(bbb) Dauerhafte Gefahr missbräuchlicher Zugangsentgelte	351
(ccc) Dauerhafte Diskriminierungsgefahr beim Kundenwechsel	354
(ddd) Dauerhafte Gefahr diskriminierenden Netzausbaus	355
(eee) Dauerhafte Gefahr mangelnder Koordination mehrerer Zugangsbegehren	355
(fff) Wettbewerbshemmung durch Rechtsunsicherheit	356
(cc) Zwischenergebnis – Geringere Wirksamkeit	357
(b) Einbeziehung der Fernwärme in den § 29 GWB	358
(c) Anwendung des § 19a GWB bzw. Etablierung eines analogen Instruments für die Fernwärmeversorgung	359
(d) Streitbeilegung durch Dritte	361
(e) Korporatistische Bildung von allgemeinen Zugangsbedingungen	362
(f) Single Buyer-Modell bzw. Ankaufpflicht des Fernwärmenetzbetreibers	363
(g) Ex-ante-Endkundenpreisregulierung	366
(h) Extended Producer Market	366
(i) Veröffentlichung der aktuellen Fernwärmepreise	367
(j) Veröffentlichung der aktuellen Fernwärmenetzentgelte	368
(k) Verkürzung der Vertragslaufzeiten nach der AVBFernwärmeV	368
(l) Verringerung des Vorrangs der Fernwärmeversorgung im KWKG	369
(m) Zwischenergebnis	369

Inhaltsverzeichnis

(2) Erforderliche Ausgestaltung der Netzzugangsregulierung	370
(a) Feststellbar wirksamster Grad der Entflechtung	370
(b) Feststellbar wirksamste Ausgestaltung der Netzentgeltregulierung	371
b. Konfligierende Grundrechte und Verfassungsgüter gleichen Ranges	371
3. Gebotenheit der Regulierung des Fernwärmenetzzugangs	372
a. Kollidierende Verfassungsgüter	372
(1) Abstraktes Gewicht der kollidierenden Verfassungsgüter	372
(2) Konkrete Betroffenheit der kollidierenden Verfassungsgüter	373
(a) Gewicht der Wettbewerbsfreiheit der potentiellen Fernwärmelieferanten	373
(aa) Komplettausschluss von der Teilnahme an den Fernwärmemärkten	374
(bb) Unsicherheiten hinsichtlich der Marktfähigkeit der getrennten Wertschöpfungsstufen der Fernwärmeversorgung	374
(cc) Zwischenergebnis	376
(b) Gewicht der Eigentumsfreiheit des ingesessenen FVU	376
(aa) Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit des integrierten FVU	376
(aaa) Unmittelbare Beschränkungen	377
(bbb) Folgerisiken und Nebenwirkungen	378
(bb) Sozialbindung des Netzeigentums	380
(cc) Kein Schutz der Interessen an der internen Fernwärmesparte	380
(dd) Zwischenergebnis	381
(c) Gewicht der Wettbewerbsfreiheit der ingesessenen Fernwärmeversorger	382
(aa) Unmittelbare Beschränkungen	382
(bb) Folgerisiken und Nebenwirkungen	385
(cc) Zwischenergebnis	387
(d) Gewicht des Umweltinteresses	387

(e) Gewicht des Rechts auf Selbstverwaltung der Kommune	388
(3) Praktische Konkordanz zwischen den kollidierenden Verfassungsgütern	389
(a) Ausgleich zwischen Wettbewerbsfreiheit der Wärmelieferanten und Eigentumsfreiheit der integrierten FVU	389
(aa) Gebotenheit des Netzzugangsgebots und Diskriminierungsverbots?	390
(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	391
(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	393
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	395
(ddd) Zwischenergebnis	397
(bb) Gebotenheit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung	397
(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	398
(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	398
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	400
(ddd) Zwischenergebnis	401
(cc) Gebotenheit einer gesellschaftsrechtlichen, informatorischen und funktionalen Entflechtung	401

Inhaltsverzeichnis

(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	401
(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	403
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	404
(ddd) Zwischenergebnis	405
(dd) Zwischenergebnis	405
(b) Ausgleich zwischen der Wettbewerbsfreiheit der Fernwärmelieferanten und der Wettbewerbsfreiheit der integrierten FVU	406
(aa) Gebotenheit des Netzzugangsgebots und Diskriminierungsverbots?	406
(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	407
(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	409
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	410
(ddd) Zwischenergebnis	412
(bb) Gebotenheit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung	412
(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	413

(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	414
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	415
(ddd) Zwischenergebnis	416
(cc) Gebotenheit einer gesellschaftsrechtlichen, informatorischen und funktionalen Entflechtung	416
(aaa) Szenario 1: Mangelnder Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt	417
(bbb) Szenario 2: Eintretende Konkurrenzunfähigkeit auf dem Markt für Heizsysteme trotz funktionierendem Fernwärmemarkt	417
(ccc) Szenario 3: Funktionierender Wettbewerb auf dem abgeleiteten Fernwärmemarkt und Konkurrenzfähigkeit auf dem Heizsystemmarkt	419
(ddd) Zwischenergebnis	420
(dd) Gebotenheit einer Netzentgeltregulierung?	420
(ee) Zwischenergebnis	421
(c) Ausgleich zwischen der Wettbewerbsfreiheit der Wärmelieferanten und dem allgemeinen Umweltinteresse	421
(4) Zwischenergebnis	422
b. Ausgleich mit legitimen Allgemeininteressen	422
(1) Versorgungssicherheit der angeschlossenen Kunden	423
(2) Fiskalische Interessen des Staates	425
B. Ergebnis	426

Inhaltsverzeichnis

C. Ausblick: Europarechtliches Regulierungsgebot	426
I. Keine wirtschaftliche Neutralität der europäischen Wirtschaftsverfassung	426
II. Prima facie Schutz des Wettbewerbs auf den Fernwärmemärkten	427
1. Prinzipiencharakter des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs	427
2. Schutzgut des unverfälschten Wettbewerbs	429
3. Schutzpflichtdimension des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs	431
4. Schutzpflicht auslösende Beeinträchtigung	433
a. Beeinträchtigung nach der Dassonville-Formel	433
b. Äquivalent zur Zwischenstaatlichkeitsklausel	434
(1) Beeinträchtigende Abschottung des Fernwärmemarktes	434
(2) Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	435
(a) Relevanz der Fernwärmeversorgung für den zwischenstaatlichen Handel	436
(b) Erheblichkeit des Beeinträchtigungspotentials	437
(c) Bedeutung der Marktstellung des Akteurs in Frage	437
(d) Bedeutung der Marktgröße	437
(3) Zwischenergebnis	440
c. Äquivalent zur Beherrschung des Binnenmarktes oder eines wesentlichen Teils desselben	440
(1) Betroffenheit eines wesentlichen Teiles des Binnenmarktes	440
(2) Bündelung der regional begrenzten Fernwärmemärkte	441
(3) Zwischenergebnis	442
5. Netzzugangsregulierung als gebotene Schutzmaßnahme	443
III. Ergebnis	444
 Vierter Teil: Zusammenfassende Thesen	 446
 Literaturverzeichnis	 453