

Münchner Juristische Beiträge · Band 45

Gabriele Haas

**Die energiewirtschaftsrechtliche
und kartellrechtliche Aufsicht über
die Elektrizitätswirtschaft
am Beispiel der Durchleitungsaufsicht**



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Zugleich: Dissertation, Mainz, Univ., 2003

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanla-
gen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2003

ISBN 3-8316-0322-7

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL 1: EINLEITUNG UND GRUNDLAGEN	1
A. Anlass der Arbeit	1
B. Gegenstand der Arbeit und Gang der Untersuchung.....	4
I. Gegenstand der Arbeit	4
II. Gang der Untersuchung.....	5
1. Die Durchleitungsaufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz.....	5
2. Die Aufsicht nach dem Kartellgesetz über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen.....	6
3. Die Missbrauchsaufsicht nach europäischem Kartellrecht.....	7
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen: Eigentumsrecht und Berufsfreiheit.....	7
I. Grundrechtsfähigkeit von Energieversorgungsunternehmen?.....	8
II. Durchleitungsrechte als Eigentumseingriff?	9
KAPITEL 2: DIE DURCHLEITUNGSWAFFSICHT NACH DEM ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZ	13
A. Die Ziele des Energiewirtschaftsgesetzes	13
B. Der verhandelte Netzzugang	15
I. Persönlicher Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes	15
II. Zur-Verfügung-Stellen des Netzes zu Durchleitungszwecken.....	17
III. Nichtdiskriminierende Bedingungen	18
1. Preisregelung für Durchleitungen	18
2. Kostenzuordnung	20
3. Begrenzung des Diskriminierungsverbots durch kartellrechtliche Wertungen.....	21
a) Bloße Anschubfunktion des Diskriminierungsverbots?	21
b) Die Missbrauchsvorschriften des Kartellrechts als Grenze des § 6 Abs. 1 EnWG	22
c) Zwischenergebnis	23
4. Kostendeckungsgesichtspunkte als Grenze des internen Vergleichs?	23
5. Gute fachliche Praxis	24
6. Ergebnis	26
C. Verweigerung des Netzzugangs	27
I. Absolute Verweigerungsgründe	27
1. Alleinversorgerstatus nach § 7 EnWG	28
a) Richtlinienkonformität des Kombinationsmodells	28
aa) Richtlinienkonforme Auslegung	28
bb) Auswirkungen auf das Kombinationsmodell	29
cc) Zwischenergebnis	30
b) Voraussetzung der Bewilligung des Alleinabnehmerstatus	30
c) Reziprozitätsklausel	31
a) Marktöffnungsquote und Reziprozitätsklausel	31
b) Zugangsverweigerung	33
aa) Grammatikalische Auslegung	33
bb) Systematische Auslegung	34
cc) Zwischenergebnis	35
c) Keine Belieferungsmöglichkeit im Ausland	35
d) Ablehnung im Fall der Drittstaatenproblematik?	37
aa) Einschränkung durch das GATT-Abkommen?	37
bb) Ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft für die Handelspolitik	39

(1) Kompetenzgrundlage	40
(2) (Implizite) Regelung der Frage der Kompetenzübertragung auf die Mitgliedstaaten?	40
(3) Sinn und Zweck der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie	41
(4) Zwischenergebnis.....	41
cc) Auswirkungen auf die Anwendung des nationalen Rechts.....	42
e) Leistungsverweigerungsrecht.....	45
3. Unmöglichkeit der Durchleitung.....	46
4. Vorliegen eines Kapazitätsengpasses	47
a) Bestehende Netznutzungsverträge	47
b) Zwischenergebnis.....	48
c) Bestehende Lieferverträge des integrierten Unternehmens.....	49
aa) Grammatikalische Auslegung	49
bb) Historische Auslegung	50
cc) Systematische Auslegung	50
(1) Grammatikalische und systematische Auslegung	50
(2) Historische Auslegung	52
(3) Richtlinienkonforme Auslegung	52
(4) Zwischenergebnis.....	55
dd) Verfassungskonforme Auslegung	55
ee) Zwischenergebnis	56
5. Ergebnis	56
II. Relative Verweigerungsgründe	57
1. Begriff der Zumutbarkeit	57
2. Eingrenzung durch die wettbewerbliche Grundsentscheidung.....	57
3. Eingrenzung durch allgemeine wirtschaftliche Interessen des Netzbetreibers	59
4. Konkretisierung durch die Ziele des § 1 EnWG	60
III. Besondere Zumutbarkeitsaspekte	64
1. Schutzklausel zugunsten umweltverträglicher Energieanlagen	64
a) Auslegung der Schutzklausel	64
b) Bezug zum Netzbetreiber?	65
c) Richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 3 EnWG.....	66
d) Kritik	67
2. Ausreichende Verstromung von Braunkohle	68
a) Hintergrund und Ziel der Braunkohleschutzklausel.....	68
b) Die Entscheidung der Kommission vom 8.7.1999.....	71
aa) Rechtscharakter der Gewährung.....	71
bb) Inhalt und Wirkung der Entscheidung der Kommission	72
cc) Entscheidungskonforme Auslegung	73
c) Begünstigter Personenkreis des Art. 4 § 3 NeurG.....	74
d) Das Problem der ausreichenden Verstromung	75
D. Die Energieaufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz	77
I. Der Wortsinn des § 18 EnWG.....	78
II. Historische Auslegung	78
III. Systematische Interpretation	80
1. Beweislastverteilung des § 6 EnWG	81
2. Vertragsgestalterische Tätigkeit der Energieaufsichtsbehörden	81
IV. Der Sinn und Zweck des § 18 EnWG.....	81
V. Verfassungskonforme Auslegung	82
VI. Ergebnis zum 2. Kapitel	83
KAPITEL 3: DIE MISSBRAUCHSAUFSICHT NACH DEUTSCHEM KARTELLRECHT	84
A. Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen	85

B. Der Anwendungsbereich der Regeln über die Missbrauchsaufsicht.....	85
C. Missbräuchliche Zugangsverweigerung	87
I. Grundprinzipien.....	88
II. Marktbeherrschende Stellung.....	90
1. Der sachlich relevante Markt	90
a) Besonderer Markt für die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung	90
aa) Die klassische Marktdefinition	91
bb) Telos des Marktbeherrschungsbegriffs	91
cc) Marktbestimmung aufgrund normativer Vorgaben	92
dd) Ergebnis	93
b) Der Markt für die Mitbenutzung als sachlich relevanter Markt	93
aa) Grammatikalische Auslegung	94
bb) Historische Auslegung	95
cc) Systematik	96
(1) Ergebniskausalität	96
(2) Verhaltenskausalität	97
(3) Zwischenergebnis.....	98
(4) Zweistufige Prüfung einer Wettbewerbsbehinderung	98
dd) Teleologische Auslegung	99
ee) Ergebnis	100
2. Der räumlich relevante Markt	101
3. Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	101
4. Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt.....	102
III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	103
1. Das Kriterium der Unmöglichkeit einer Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt.....	103
a) Grammatikalische Auslegung	104
b) Historische Auslegung	104
c) Systematische Auslegung.....	106
aa) Grundatbestand – Beispieldatalog.....	106
bb) Vergleich mit § 20 Abs. 1 und 2 GWB	107
d) Teleologische Auslegung	107
e) Verfassungskonforme Auslegung	108
f) Ergebnis	109
2. Fallgruppen der Unmöglichkeit eines Tätigwerdens auf dem abgeleiteten Markt	109
a) Rechtliche Unmöglichkeit.....	109
b) Tatsächliche Unmöglichkeit.....	109
aa) Die Gesetzeshistorie	110
bb) Teleologische Auslegung	112
cc) Richtlinienkonforme Auslegung	113
dd) Ergebnis	114
3. Die Frage des angemessenen Entgelts.....	114
a) Grammatikalische Auslegung	114
b) Historische Auslegung	115
c) Systematische Auslegung.....	116
aa) Ausbeutungsmissbrauch	117
(1) Vergleich mit monopolisierten deutschen Teilmärkten.....	117
(2) Vergleich mit ausländischen regulierten Vergleichsmärkten.....	119
(2.1.) Ausländische Wettbewerbsmärkte	119
(2.2.) Staatlich regulierte Märkte	119
(2.3.) Ergebnis	120
(3) Die Bildung des Vergleichsmaßstabs.....	121
(3.1.) § 103 GWB a.F.	121
(3.2.) Übertragung des Maßstabs des § 103 GWB a.F.?	121
(3.3.) Zwischenergebnis.....	122
(4) Korrekturzuschläge	123
(5) Rechtfertigung	123

(5.1.) Historische Auslegung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Hinblick auf Kostenkriterien .	124
(5.2.) Rechtsprechungspraxis.....	125
(5.3.) Unternehmensindividuelle Kosten versus wettbewerbsanaloger Preis	126
(5.4.) Ergebnis	129
bb) Interne Verrechnungspreise.....	129
(1) Grundsätze zum Diskriminierungsverbot.....	130
(1.1.) Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot als Grenze?.....	130
(1.2.) Die Problematik der Interessentrennung	131
(2) Ausstrahlungswirkung des § 6 Abs. 1 EnWG.....	131
cc) Kostenkontrolle.....	133
dd) Modifikation durch den Kalkulationsleitfaden?.....	134
ee) Ergebnis	138
IV. Rechtfertigung der Durchleitungsvorweigerung	138
1. Rechtfertigende Interessen	139
a) Die Unmöglichkeit des Netzzugangs	139
b) Die Unzumutbarkeit des Netzzugangs	139
2. Eingrenzung durch die wettbewerbliche Zielrichtung	140
3. Eingrenzung durch energiepolitische Ziele?	142
a) Grammatikalische Auslegung	142
b) Historische Auslegung	143
aa) Argumentum e contrario – § 103 GWB a.F.....	143
bb) Historischer Wille des Gesetzgebers.....	143
cc) Zwischenergebnis	144
c) Systematische Auslegung	144
aa) Argumentum e contrario – die Braunkohleschutzklausel.....	144
bb) Vergleich mit dem Instrument der Ministererlaubnis.....	145
cc) Die Unberührtheitsklauseln	145
dd) Zwischenergebnis.....	146
d) Teleologische Auslegung	146
aa) Außerwettbewerbliche Belange im Kartellgesetz	147
bb) Die zu berücksichtigenden Wertungen wettbewerblicher Schutznormen außerhalb des Kartellgesetzes	148
cc) Schranken der Berücksichtigungsfähigkeit.....	148
dd) Zwischenergebnis.....	149
e) Verfassungskonforme Auslegung	149
aa) Einheit der Rechtsordnung	149
bb) Ergebnis.....	150
D. Untersagungsverfügung der Kartellbehörden	151
I. Zuständigkeit	151
II. Aufgreifermessen	152
1. Amtsverfahren.....	152
2. Das Opportunitätsprinzip als Verfahrensprinzip	152
3. Die Reduktion des Aufgreifermessens	154
4. Besteht ein Anspruch auf Verfahrenseinleitung?	154
5. Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung	155
6. Ergebnis	156
III. Handlungsermessens	156
IV. Inhalt der Verfügung	156
1. Untersagung der Netzzugangsverweigerung	157
2. Die Bedingungen des Netzzugangs	158
3. Der Bestimmtheitsgrundsatz	159
4. Ergebnis	161

KAPITEL 4: DIE MISSBRAUCHSAUFSICHT NACH EUROPÄISCHEM KARTELLRECHT 163

A. Das Telos des Art. 82 EG.....	163
B. Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages.....	163
I. Immanente Schranken	163
II. Die Bereichsausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG.....	164
1. Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	165
a) Allgemein	165
b) Energieversorgungsunternehmen auf der Ebene der Endversorgung	166
aa) Historische Auslegung des Energiewirtschaftsgesetzes	166
bb) Entscheidung in der Rechtssache GVL	167
cc) Die Entscheidung in der Rechtssache Almelo	168
dd) Kontrahierungspflicht aus Monopoltätigkeit?.....	169
2. Die Verhinderung der Sonderaufgabe.....	171
a) Grundsatz	171
b) Verkehrs- und Versorgungswirtschaft	172
3. Beeinträchtigung des Handelsverkehrs	174
III. Ergebnis	176
C. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	176
I. Die marktbeherrschende Stellung der Netzbetreiber	176
1. Sachlich relevanter Markt	177
a) Gesonderter Marktes für die Mitbenutzung der Infrastrukturreinrichtung.....	177
b) Markt für die Mitbenutzung als sachlich relevanter Markt.....	179
2. Räumliche Marktabgrenzung	179
3. Beherrschung des relevanten Marktes.....	181
II. Die Bestimmung des wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes	182
III. Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung	184
1. Missbräuchlichkeit der Durchleitungsverweigerung.....	185
a) „Essential-facilities“-Doktrin	186
b) Die Seehafenentscheidungen der Kommission	186
c) Die Entscheidung in der Rechtssache „Magill“	187
d) Die Entscheidung in der Rechtssache „Bronner“	188
e) Kriterien einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung	189
aa) Allgemeines	189
bb) Unentbehrlichkeit des Zugangs	190
(1) Berücksichtigung anderer Zugangsmöglichkeiten	191
(2) Möglichkeit zur Schaffung einer gleichartigen Einrichtung	191
(3) Die wirtschaftliche Unmöglichkeit der Errichtung einer gleichartigen Einrichtung	192
(4) Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit.....	192
(5) Ergebnis	193
2. Sachliche Rechtfertigung der Zugangsverweigerung.....	194
a) Der Kapazitätsengpass als Rechtfertigungsgrund	196
aa) Vorrangige Bedienung des eigenen Bedarfs?	196
bb) Die Frage der Repartierung	198
cc) Ergebnis	198
b) Die Bestimmung des angemessenen Entgelts	199
aa) Der interne Verrechnungspreis als Grenze	199
bb) Konkretisierung des Art. 82 EG durch die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie?.....	200
cc) Ergebnis	201
c) Rechtfertigungsgründe aus der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie	201
aa) Die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie als Interpretationshilfe?	201
bb) Wettbewerbsanaloge Rechtfertigungsgründe	202
cc) Ergebnis	203
IV. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	203
D. Sanktionsmöglichkeiten für missbräuchliches Verhalten	204
I. Die Anordnung zur Abstellung einer Zuwidderhandlung durch die Kommission	205

1. Das Aufgreifermessen	205
2. Tätigwerden der EG-Kommission auf Antrag	207
3. Die Verpflichtung der Kommission zur ermessensfehlerfreien Entscheidung	209
a) Allgemeines	209
b) Anordnung des Netzzugangs	210
c) Bedingungen des Netzzugangs	211
II. Zwangsmaßnahmen des Bundeskartellamts	212
1. Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Ahndung von Verstößen gegen Art. 82 EGV	212
2. Die Befugnisse des Bundeskartellamts	213
3. Aufgreifermessen und Handlungsermessens	213
a) Grundsatz: Keine Pflicht des Bundeskartellamtes zum Tätigwerden	214
b) Ermessensreduzierung auf Null	214
c) Ergebnis	215
KAPITEL 5: ZUSAMMENFASSUNG	217
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	223
LITERATURVERZEICHNIS	225
MATERIALIENVERZEICHNIS	253
STICHWORTVERZEICHNIS	257

Kapitel 1: Einleitung und Grundlagen

A. Anlass der Arbeit

Die seit mehr als dreißig Jahre andauernde rechtswissenschaftliche¹ und politische² Diskussion über die Schaffung der Voraussetzungen für Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft mittels eines Netzzugangs Dritter wurde mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts³ am 29.4.1998 vorerst beendet. Bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes vertrat der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur⁴ die Auffassung, dass die bestehende Monopolstellung der Energieversorgungsunternehmen die beste Gewähr für die Sicherheit und Preisgünstigkeit der Energieversorgung biete. So sprach sich der Gesetzgeber im Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft,⁵ das am 13.12.1935 in Kraft getreten war und das bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts⁶ weitgehend unverändert galt, in der Präambel ausdrücklich gegen die „*volkswirtschaftlich schädliche* Auswirkungen des Wettbewerbs“ aus. Bei Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1957 fand der Gesetzgeber ein System geschlossener Versorgungsgebiete vor, das einen Wettbewerb nahezu unmöglich machte. Dieses System geschlossener Versorgungsgebiete wurde – insbesondere durch die Freistellung der Gebietsschutzverträge vom Kartellverbot des § 1 GWB durch § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB a.F.⁷ – in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen.

Auch der Missbrauchstatbestand des § 103 Abs. 5 Nr. 4 GWB a.F., der durch die vierte GWB-Novelle 1980⁸ eingeführt und durch die Novelle 1989⁹ enger

¹ Vgl. statt aller *Baur*, Sinn und Unsinn einer Energierechtsreform, in: FS für Rudolf Lukes, S. 253 ff., insbes. S. 263 ff.; *Buderath*, ET 1989, S. 138 ff.; *Büdenbender*, ET 1978, S. 735 ff.; *Emmerich*, Ist der kartellrechtliche Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Versorgungswirtschaft wettbewerbspolitisch gerechtfertigt?, *Klaue* in: *Baur* (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Energierechts, S. 63 ff.; *Kuhnt*, in: FS für Lukes, S. 411, 414 ff.; *Fischerhof*, Stromdurchleitung über fremde Netze als Rechtsproblem; *Gröner*, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft; *Pfeifer*, Stromdurchleitungen nach deutschem, europäischem und amerikanischem Recht; *Schneider*, VEnergR Bd. 65, S. 23 ff.; *Schwaiger*, Die Bindung der Vertragsfreiheit im Elektrizitätsverkehr zwischen öffentlichen Versorgungsunternehmen und industriellen Eigenerzeugern nach französischem, westdeutschem und EWG-Recht.

² *Becker*, Perspektiven deutscher Energiepolitik im EG-Binnenmarkt, ET 1992, S. 446 ff.

³ Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes, beschlossen am 28. 11. 1997, BGBl. I, S. 730 ff.

⁴ Kritisch zur Aufhebung der Gebietsmonopole *Rittner*, Die Beurteilung der Ausnahmebereiche aus wissenschaftlicher Sicht, S. 79, 99.

⁵ Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935, RGBI. I, S. 1451 i.d.F. vom 19.12.1977, BGBl. I, S. 2750.

⁶ Im folgenden NeurG.

⁷ Vgl. zur kartellrechtlichen Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen *Schnorbus*, DZWir 1998, 137 ff.

⁸ BGBl. I, 1980, S. 458.

⁹ BGBl. I, 1990, S. 235.

gefasst wurde,¹⁰ etablierte keinen effizienten Wettbewerb in der Versorgungswirtschaft. Nach § 103 Abs. 5 Nr. 4 GWB a.F. lag ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn ein Energieversorgungsunternehmen sich weigerte, mit einem anderen Unternehmen, insbesondere einem Versorgungsunternehmen, Verträge über die Einspeisung von Energie in sein Versorgungsnetz und eine damit verbundene Entnahme zu angemessenen Bedingungen abzuschließen. Unter Berücksichtigung der energiepolitischen Zielsetzungen und der (früheren) Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Zulässigkeit von geschlossenen Versorgungsgebieten gemäß § 103 Abs. 1 GWB a.F. wurde die Vorschrift von der Rechtsprechung sehr restriktiv gehandhabt.¹¹

Aufbauend auf den Erfahrungen der U.S.A. mit der sogenannten „Essential-facilities“-Doktrin setzte zu Beginn der neunziger Jahre sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene ein Reformprozess ein.¹² Zweck der „Essential-facilities“-Doktrin“ ist es, die Inhaber wesentlicher Einrichtungen daran zu hindern, mittels der Verweigerung einer Mitbenutzung der Einrichtungen durch Konkurrenten die abgeleiteten Märkte zu monopolisieren.¹³

In das europäische Wettbewerbsrecht hat die „Essential-facilities“-Doktrin erstmals 1993 durch die sogenannten Seehafenentscheidungen der Kommission¹⁴ Eingang gefunden. Dort hat die Kommission wiederholt ausgeführt, dass die Verweigerung der Mitbenutzung wesentlicher Einrichtungen zu diskriminierungsfreien Bedingungen gegen Art. 82 S. 1 EG verstößt, wenn der Inhaber der wesentlichen Einrichtung marktbeherrschend ist, diese Einrichtung selbst nutzt und durch die Verweigerung des Zugangs andere Unternehmen an der Aufnahme der Konkurrenzfähigkeit hindert. Fortgeführt wurde diese Entwicklung im Europäischen Kartellrecht durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-7/97 („Bronner“).¹⁵

¹⁰ Dazu Emmerich, WuW 1989, S. 363, 372.

¹¹ BGH, Beschluss v. 15.11.1994 („Gasdurchleitung“), WuW BGH 2953, insbes. 2965 = JZ 1995, S. 722 m. Anm. Kühne/Pohlmann, S. 725 ff.; Emmerich, Kartellrecht, S. 382; Markert, ET 1995, S. 400 ff.

¹² Zur Kritik an der Übertragung der Grundsätze der „Essential-facilities“-Doktrin Sheehan, World Competition 1999, 22 (4), S. 67, 71, dort insbes. bei Fn. 20.

¹³ Vgl. dazu ausführlich Monopolkommission, XIV. Hauptgutachten, S. 475 ff.; Dreher, DB 1999, S. 833 ff.; Pfeifer, Stromdurchleitungen nach deutschem, europäischem und amerikanischem Recht, S. 135 ff. sowie Börner, Stromdurchleitung – Anregung aus der US-Regulierung?, KMEnergR, Bd. 6, S. 38 ff.

¹⁴ Kommission, Entsch. v. 21.12.1993 („Stena Sealink II“), ABl. 1994 Nr. L 15, S. 8, 16, Tz. 66; Kommission, Entsch. 21.12.1993 („Hafen von Rødby“), ABl. 1994, Nr. L 55, S. 52, 55, Tz. 12.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97 („Bronner“), Slg. 1998, I-7791 ff. = EuR 1999, S. 102 ff.

Ein entscheidender Schritt für den Reformprozess im Bereich der Elektrizitätsversorgung war auf europäischer Ebene der Erlass der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie¹⁶ im Jahre 1996.¹⁷ Kernstücke dieser Richtlinie sind zum einen das System des verhandelten oder geregelten Netzzugangs nach Art. 17 ERL und zum anderen das Alleinabnehmersystem nach Art. 18 Abs. 2 ERL.¹⁸

Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie durch den Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, das im Regierungsentwurf zunächst keinen Durchleitungstatbestand vorsah,¹⁹ die Abschaffung der kartellrechtlichen Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen²⁰ sowie die Einführung des Beispielskatalogs des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Sinne einer Kombination aus verhandeltem Netzzugang²¹ und Alleinabnehmersystem umgesetzt.

Schwerpunkt des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts ist das System des verhandelten Netzzugangs nach § 6 Abs. 1 EnWG. Danach haben Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen, tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. Die Neuregelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, die auf einen Wunsch des Bundeskartellamts zurückgeht und die im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren erheblich geändert wurde,²² sieht u.a. vor, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen anderen Unternehmen den Netzzugang verweigert, obwohl es ohne die Mitbenutzung aus rechtlichen

¹⁶ ABl. der EG 1997, L 27, S. 20.

¹⁷ Gegenstand dieser Arbeit ist nicht die Frage nach der Vereinbarkeit der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie mit dem EG-Primärrecht; vgl. dazu statt aller ablehnend: *Baur*, VENergR Bd. 84, S. 1, 29 ff.; v. *Burchard*, EuZW 1992, S. 693 ff.; *Recknagel*, VENergR Bd. 69, S. 57 ff.; *Schröder*, VENergR Bd. 70, S. 28 ff.

¹⁸ Vgl. hierzu Überblick *Baur*, ET 1996, S. 474 ff.; ders., ET 1997, S. 624 ff. *Böhnel*, Wettbewerbsbegründende Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft, S. 63 ff. zum System des verhandelten oder geregelten Netzzugangs sowie S. 89 ff. zum Alleinabnehmersystem; *Britz*, RDE 1997, S. 85 ff.

¹⁹ Der Regierungsentwurf sah zunächst lediglich die Streichung der kartellrechtlichen Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen vor. Vgl. RegE BT.-Drucks. 13/7274, S. 11, wonach die Einführung eines speziellen Missbrauchstatbestandes als überflüssig und nicht sachgerecht angesehen wurde.

²⁰ Art. 2 NeurG.

²¹ Vgl. zur Kritik am verhandelten Netzzugang *Becker/Faber*, NVwZ 2002, S. 156, 159; *Koenig/Kühling*, WuW 2001, S. 810, 816, die für den Aufbau einer Regulierungsbehörde plädieren.

²² Vgl. dazu *Dreher*, DB 1999, S. 833, 834.

oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB beschränkt sich damit, anders als § 6 Abs. 1 EnWG, nicht lediglich auf den Bereich der Elektrizitätsversorgungsnetze. Ziel der Vorschrift ist ebenso wie im Falle des § 6 Abs. 1 EnWG die Schaffung der Voraussetzungen für Wettbewerb auf den abgeleiteten Märkten.

Zusätzlich zu dem Problem des Nebeneinanders materiellrechtlicher Normen, die zum Teil an unterschiedliche Voraussetzungen gebunden sind und zu anderen Rechtsfolgen führen können, stellt sich die Frage nach einer parallelen Zuständigkeit verschiedener Aufsichtsbehörden für eine gleichgelagerte Konstellation. So kommt nach allerdings umstrittener Auffassung²³ eine Zuständigkeit der Energieaufsichtsbehörden gemäß § 18 i.V.m. § 6 EnWG, eine Zuständigkeit der Kartellbehörden gemäß § 32 i.V.m. § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 4, § 19 Abs. 1 und 4, Nr. 2 und 4, § 20 Abs. 1 GWB und nach §§ 50 Abs. 2, 32 GWB i.V.m. Art. 82 EG²⁴ sowie eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission gemäß Art. 3 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates i.V.m. Art. 82 EG in Frage.²⁵

B. Gegenstand der Arbeit und Gang der Untersuchung

I. Gegenstand der Arbeit

Die Schwierigkeiten, die sich für den Rechtsanwender aus dem Nebeneinander unterschiedlicher materiellrechtlicher Normen und der Zuständigkeiten verschiedener Aufsichtsbehörden ergeben, sind Gegenstand dieser Arbeit.

Die Darstellung beschränkt sich auf die Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft am Beispiel der Durchleitungsaufsicht. Auch wenn sich der Begriff der Durchleitung in der Rechtstheorie und der Praxis durchgesetzt hat, ist er dennoch sachlich falsch.²⁶ Der Wortlaut Durchleitung deutet auf einen Liefervorgang als einen physischen Transport von Elektrizität von der vertraglich vorgesehenen Einspeisestelle zu der vertraglich vorgesehenen

²³ Gegen die Anwendung des § 18 EnWG im Bereich des Netzzugangs *Kühne*, RdE 2000, S. 1 ff.; Bericht des Arbeitskreises Energiepolitik an die Wirtschaftsministerkonferenz zum Vollzug des neuen Energiewirtschaftsrechts, v. 22./23.3.1999; a.A. Obernolte/Danner-Danner, § 18 Rn. 3.

²⁴ Dieckmann, in: Wiedemann (Hrsg.), Hdb. des Kartellrechts, § 41 Rn. 48.

²⁵ Vgl. Monopolkommission, XIV. Hauptgutachten, S. 504 krit. zu einer Anwendung derselben Vorschriften durch verschiedene Rechtszüge.

²⁶ Vgl. zur Kritik an diesem Begriff Arndt, RIW 1989, Beilage 7 zu Heft 10, S. 1, 3; Budde, ET 1973, S. 199 f.; Börner, RdE 1979, S. 51 ff.; Kuhnt in: FS für Rudolf Lukes, S. 411 f.; Fischerhof, Stromdurchleitung über fremde Netze als Rechtsproblem, S. 21.