

*Münchener 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 Datenverarbeitungsanlagen 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 DURCHLEITUNGSAUFSICHT 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
2. 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 Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie .....	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 Grundentscheidung .....	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
<b>D. Die Energieaufsicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz .....</b>	<b>77</b>
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**

<b>A. Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen .....</b>	<b>85</b>
---	-----------



<b>B. Der Anwendungsbereich der Regeln über die Missbrauchsaufsicht.....</b>	<b>85</b>
<b>C. Missbräuchliche Zugangsverweigerung .....</b>	<b>87</b>
I. Grundprinzipien .....	88
II. Marktbeherrschende Stellung .....	90
1. Der sachlich relevante Markt .....	90
a) Gesonderter 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) Grundtatbestand – Beispielskatalog .....	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 Durchleitungsverweigerung	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
<b>D. Untersagungsverfügung der Kartellbehörden</b>	<b>151</b>
I. Zuständigkeit	151
II. Aufgreifermessen	152
1. Amtsverfahren	152
2. Das Opportunitätsprinzip als Verfahrensprinzip	152
3. Die Reduktion des Aufgreifermessens	154
4. Bestehen eines Anspruchs auf Verfahrenseinleitung?	154
5. Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung	155
6. Ergebnis	156
III. Handlungsermessen	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**



<b>A. Das Telos des Art. 82 EG.....</b>	<b>163</b>
<b>B. Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages.....</b>	<b>163</b>
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
<b>C. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung .....</b>	<b>176</b>
I. Die marktbeherrschende Stellung der Netzbetreiber .....	176
1. Sachlich relevanter Markt .....	177
a) Gesonderter Marktes für die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung .....	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 Seehäfenentscheidungen der Kommission .....	186
c) Die Entscheidung in der Rechtssache „Magill“ .....	187
d) Die Entscheidung in der Rechtssache „Brunner“ .....	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
<b>D. Sanktionsmöglichkeiten für missbräuchliches Verhalten .....</b>	<b>204</b>
I. Die Anordnung zur Abstellung einer Zuwiderhandlung 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 Handlungsermessen .....	213
a) Grundsatz: Keine Pflicht des Bundeskartellamtes zum Tätigwerden.....	214
b) Ermessensreduzierung auf Null .....	214
c) Ergebnis.....	215
<b>KAPITEL 5: ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>217</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>223</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>225</b>
<b>MATERIALIENVERZEICHNIS .....</b>	<b>253</b>
<b>STICHWORTVERZEICHNIS .....</b>	<b>257</b>



# Kapitel 1: Einleitung und Grundlagen

## A. Anlass der Arbeit

Die seit mehr als dreißig Jahre andauernde rechtswissenschaftliche<sup>1</sup> und politische<sup>2</sup> Diskussion über die Schaffung der Voraussetzungen für Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft mittels eines Netzzugangs Dritter wurde mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts<sup>3</sup> am 29.4.1998 vorerst beendet. Bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes vertrat der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> das am 13.12.1935 in Kraft getreten war und das bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts<sup>6</sup> weitgehend unverändert galt, in der Präambel ausdrücklich gegen die „*volkswirtschaftlich schädlichen 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.<sup>7</sup> – in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen.

Auch der Missbrauchstatbestand des § 103 Abs. 5 Nr. 4 GWB a.F., der durch die vierte GWB-Novelle 1980<sup>8</sup> eingeführt und durch die Novelle 1989<sup>9</sup> enger

---

<sup>1</sup> 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 leitungsgesundene Versorgungswirtschaft wettbewerbspolitisch gerechtfertigt?; Klau 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, VEnegR Bd. 65, S. 23 ff.; Schwaiger, Die Bindung der Vertragsfreiheit im Elektrizitätsverkehr zwischen öffentlichen Versorgungsunternehmen und industriellen Eigenerzeugern nach französischem, westdeutschem und EWG-Recht.

<sup>2</sup> Becker, Perspektiven deutscher Energiepolitik im EG-Binnenmarkt, ET 1992, S. 446 ff.

<sup>3</sup> Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsgesetzes, beschlossen am 28. 11. 1997, BGBl. I. S. 730 ff.

<sup>4</sup> Kritisch zur Aufhebung der Gebietsmonopole Rittner, Die Beurteilung der Ausnahmehereiche aus wissenschaftlicher Sicht, S. 79, 99.

<sup>5</sup> Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935, RGBl. I. S. 1451 i.d.F. vom 19.12.1977, BGBl. I, S. 2750.

<sup>6</sup> Im folgenden NeurG.

<sup>7</sup> Vgl. zur kartellrechtlichen Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen Schnorbus, DZWir 1998, 137 ff.

<sup>8</sup> BGBl. I, 1980, S. 458.

<sup>9</sup> BGBl. I, 1990, S. 235.



gefasst wurde,<sup>10</sup> 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 anderem 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

In das europäische Wettbewerbsrecht hat die „Essential-facilities“-Doktrin erstmals 1993 durch die sogenannten Seehäfenentscheidungen der Kommission<sup>14</sup> 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*“).<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Dazu *Emmerich*, WuW 1989, S. 363, 372.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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 Rodby*“), ABl. 1994, Nr. L 55, S. 52, 55, Tz. 12.

<sup>15</sup> 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 Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie<sup>16</sup> im Jahre 1996.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie durch den Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, das im Regierungsentwurf zunächst keinen Durchleitungstatbestand vorsah,<sup>19</sup> die Abschaffung der kartellrechtlichen Freistellung von Konzessions- und Demarkationsverträgen<sup>20</sup> sowie die Einführung des Beispielskatalogs des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Sinne einer Kombination aus verhandeltem Netzzugang<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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

---

<sup>16</sup> ABl. der EG 1997, L 27, S. 20.

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Art. 2 NeurG.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 Auffassung<sup>23</sup> 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 EG<sup>24</sup> sowie eine Zuständigkeit der Europäischen Kommission gemäß Art. 3 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates i.V.m. Art. 82 EG in Frage.<sup>25</sup>

## **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.<sup>26</sup> Der Wortlaut Durchleitung deutet auf einen Liefervorgang als einen physischen Transport von Elektrizität von der vertraglich vorgesehenen Einspeisestelle zu der vertraglich vorgesehenen

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> *Dieckmann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Hdb. des Kartellrechts, § 41 Rn. 48.

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

<sup>26</sup> 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.