

**Das gesetzliche Durchleitungsgebot
im energierechtlichen und telekommunikativen Bereich**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts

am Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Hendrik Schulz-Jander
Rechtsreferendar in Kiel
2001

Erstgutachter:	Prof. Dr. iur. Dr. rer.pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker
Zweitgutachter:	Prof. Dr. iur. Helmut Lecheler
Tag der mündlichen Prüfung:	12. Juli 2001

Berichte aus der Rechtswissenschaft

Hendrik Schulz-Jander

**Das gesetzliche Durchleitungsgebot im
energierechtlichen und telekommunikativen Bereich**

D 188 (Diss. Freie Universität Berlin)

Shaker Verlag
Aachen 2001

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Schulz-Jander, Hendrik:

Das gesetzliche Durchleitungsgebot im energierechtlichen
und telekommunikativen Bereich / Hendrik Schulz-Jander.

Aachen : Shaker, 2001

(Berichte aus der Rechtswissenschaft)

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2001

ISBN 3-8265-9218-2

Copyright Shaker Verlag 2001

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen
oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungs-
anlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 3-8265-9218-2

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 1290 • 52013 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • eMail: info@shaker.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2001 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Berücksichtigt worden sind veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung bis Januar 2001.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker für die Anregung des Themas sowie die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Er hat mir bei der Ausgestaltung des Themas viel Freiraum gelassen, zugleich aber auf Problemstellungen aufmerksam gemacht, ohne die Ergebnisse in irgendeine Richtung zu beeinflussen. Darüber hinaus hat die von ihm ermöglichte Teilnahme an Vortragsveranstaltungen die Arbeit erheblich vorangebracht.

Ferner habe ich Herrn Prof. Dr. Helmut Lecheler für die kurzfristige Übernahme der Zweitbegutachtung, die ebenfalls sehr zügig erfolgte, zu danken.

Nicht zuletzt danke ich ganz herzlich meinen Eltern, ohne deren finanzielle und tatkräftige Hilfe die Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Insbesondere mein Vater war immer ein sehr interessierter und geduldiger Zuhörer und stand mir stets mit fachkundigem Rat zur Seite. Seine Anregungen stellten fortwährend wichtige Impulse für die Arbeit dar.

Hendrik Schulz-Jander

Kiel, im Juli 2001

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV

1. Kapitel: Die gesetzlichen Regelungen der Durchleitungsverweigerung im Energierecht	1
I) Die Entwicklung der Durchleitungsrechte	1
II) Die spezialgesetzlichen Netzzugangstatbestände des EnWG	5
1) Netzzugang gemäß § 6 Abs. 1 EnWG - Durchleitung -	5
2) Netzzugang gemäß § 7 Abs. 1, Abs. 2 EnWG	10
III) Netzzugang gemäß allgemeinem nationalen Kartellrecht	11
1) Die kartellrechtlichen Regelungen vor der 6. GWB-Novelle	13
2) Änderungen durch die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts	16
3) Änderungen durch die 6. GWB-Novelle	17
4) Das Verhältnis zwischen § 6 EnWG und § 19 GWB	18
5) Durchleitung gemäß § 19 GWB	25
6) Durchleitung gemäß § 20 GWB	46
IV) Netzzugang gemäß Art. 82 EGV	62
1) Allgemeines	62
2) Generelle Anwendbarkeit der „essential facilities“- Doktrin	63
3) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 82 EGV	63
4) Einfluss der „essential facilities“- Doktrin	67
5) Das Verhältnis zwischen § 6 EnWG und Art. 82 EGV	69
V) Voraussetzungen der Durchleitungsverweigerung	70
1) Das Verhältnis der Durchleitungsverweigerungsvorschriften	70
2) Allgemeine Durchleitungsverweigerungstatbestände	71
3) Durchleitungsverweigerung nach § 6 Abs. 3 EnWG	100
VI) Umsetzung des Durchleitungsanspruchs	107
1) Verbändevereinbarungen	108
2) Stadtwerke Münster GmbH ./ RWE Energie AG	109
3) Stellungnahme	110
4) Ausblick	113

2. Kapitel: Die gesetzlichen Regelungen der Durchleitungsverweigerung im Telekommunikationsrecht	115
I) Darstellung der gesetzlichen Normen im TKG	115
1) Allgemeine Definitionen	115
2) Der Netzzugang i.w.S. im Telekommunikationsrecht	116
3) Verhältnis der §§ 33 ff. TKG zu den §§ 19, 20 GWB	130
II) „Durchleitung“ im Telekommunikationsrecht	133
1) Allgemeines	133
2) Voraussetzungen der Zusammenschaltung nach §§ 33 Abs. 1, 35 TKG i.V.m. § 2 NZV	134
III) Möglichkeiten der Netzzugangsverweigerung	143
1) Anforderungen der ONP-Richtlinie	143
2) Übereinstimmung mit dem sonstigen EG-Recht	147
3) sonstige Verweigerungsgründe	147
IV) Umfang des Netzzugangs - Reichweite des Entbündelungsgebots	149
V) Zusammenschaltung nach europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht	152
1) Netzzugang nach Artikel 82 EGV	153
2) Netzzugang nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	158
3) Netzzugang nach § 20 GWB	162
3. Kapitel : Schlussbetrachtung	165
Literaturverzeichnis	167

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV

1. Kapitel : Die gesetzlichen Regelungen der Durchleitungsverweigerung im Energierecht	1
I) Die Entwicklung der Durchleitungsrechte	1
II) Die spezialgesetzlichen Netzzugangstatbestände des EnWG	5
1) Netzzugang gemäß § 6 Abs. 1 EnWG - Durchleitung -	5
a) Allgemeines	5
b) Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 EnWG	9
2) Netzzugang gemäß § 7 Abs. 1, Abs. 2 EnWG	10
a) Allgemeines	10
b) Voraussetzungen des § 7 EnWG	10
III) Netzzugang gemäß allgemeinem nationalen Kartellrecht	11
1) Die kartellrechtlichen Regelungen vor der 6. GWB-Novelle	13
a) § 22 Abs. 4 GWB a.F.	13
b) § 26 Abs. 2 GWB a.F.	15
2) Änderungen durch die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts	16
3) Änderungen durch die 6. GWB-Novelle	17
4) Das Verhältnis zwischen § 6 EnWG und § 19 GWB	18
5) Durchleitung gemäß § 19 GWB	25
a) relevanter Markt	25
(1) sachlich relevanter Markt	26
(2) räumlich relevanter Markt	31
b) marktbeherrschende Stellung	33
c) Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1-3 GWB	34
d) Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	38
(1) marktbeherrschende Stellung	40
(2) wesentliche Einrichtung	41
(3) Missbrauch durch Zugangsverweigerung	43
6) Durchleitung gemäß § 20 GWB	46
a) Normadressaten	46
b) Der „Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“	48
c) unbillige Behinderung	52
d) unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigte Grund	55
	XI

e) Sachverhaltsbeispiele, insbesondere Behinderung oder Diskriminierung durch Durchleitungsbeschränkungen	57
f) Das Verhältnis zwischen § 6 EnWG und § 20 GWB	60
IV) Netzzugang gemäß Art. 82 EGV	62
1) Allgemeines	62
2) Generelle Anwendbarkeit der „essential facilities“- Doktrin	63
3) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 82 EGV	63
a) Marktbeherrschende Stellung	63
b) Beeinträchtigung des Handels	66
4) Einfluss der „essential facilities“- Doktrin	67
5) Das Verhältnis zwischen § 6 EnWG und Art. 82 EGV	69
V) Voraussetzungen der Durchleitungsverweigerung	70
1) Das Verhältnis der Durchleitungsverweigerungsvorschriften	70
2) Allgemeine Durchleitungsverweigerungstatbestände	71
a) Unmöglichkeit der Durchleitung: mangelnde Kapazität	73
(1) Freie Kapazitäten	73
(2) Verpflichtung des Netzbetreibers zum Kapazitätsausbau	75
(3) Verteilung freier Kapazitäten	77
(4) Bedarf verbundener Unternehmen	80
(5) Zukünftiger eigener Bedarf des Netzinhabers	81
b) Unzumutbarkeit der Durchleitung	82
(1) Durchleitungsverweigerung wegen bestehender Lieferverträge	82
(a) Lieferverträge mit vertikalen Gebietsschutzabreden	83
(b) Lieferverträge auf Übertragungsnetzebene	86
(c) Lieferverträge auf Verteilernetzebene	87
(2) Durchleitungsverweigerung entsprechend § 3 Abs. 2 EnWG	96
(3) Durchleitungsverweigerung wegen persönlicher Gründe	98
c) gesetzlich fixierte Durchleitungsverweigerungsgründe	98
3) Durchleitungsverweigerung nach § 6 Abs. 3 EnWG	100
a) Kartellrechtliche Interessenabwägung unter Berücksichtigung des § 6 Abs. 3 EnWG	101
b) Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EnWG	101
(1) Anlagen	102
(a) Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen	102
(b) Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien	106
(2) Folge der Durchleitung für diese Anlagen	106
(3) Subsidiaritätsklausel	107

VI) Umsetzung des Durchleitungsanspruchs	107
1) Verbändevereinbarungen	108
2) Stadtwerke Münster GmbH ./ RWE Energie AG	109
3) Stellungnahme	110
4) Ausblick	113
2. Kapitel: Die gesetzlichen Regelungen der Durchleitungsverweigerung im Telekommunikationsrecht	115
I) Darstellung der gesetzlichen Normen im TKG	115
1) Allgemeine Definitionen	115
2) Der Netzzugang i.w.S. im Telekommunikationsrecht	116
a) § 33 TKG, Besondere Missbrauchsaufsicht	116
(1) Allgemeines	116
(2) Begriff der marktbeherrschenden Stellung im TKG	117
(3) Wesentlichkeit der Leistung	120
b) § 35 TKG, Gewährung von Netzzugang	123
(1) Allgemeines	123
(2) Allgemeiner und besonderer Netzzugang, Zusammenschaltung	124
c) § 2 NZV, Entbündelungsgebot	125
d) Verhältnis der telekommunikationsrechtlichen Normen untereinander	126
3) Verhältnis der §§ 33 ff. TKG zu den §§ 19, 20 GWB	130
a) Allgemeines	130
b) Anwendungsvorrang	131
c) Konflikte in der Missbrauchsaufsicht und Lösungen	132
II) „Durchleitung“ im Telekommunikationsrecht	133
1) Allgemeines	133
2) Voraussetzungen der Zusammenschaltung nach §§ 33 Abs. 1, 35 TKG i.V.m. § 2 NZV	134
a) Anhörung der Regulierungsbehörde	135
(1) Stellungnahmen zum Begriff des „Telekommunikationsnetzes“	136
(2) Stellungnahmen zum Begriff des „Öffentlichen Telekommunikationsnetzes“	137
b) Stellungnahme der Regulierungsbehörde	138
c) Eigene Stellungnahme	139
III) Möglichkeiten der Netzzugangsverweigerung	143
1) Anforderungen der ONP-Richtlinie	143
a) Sicherheit des Netzbetriebs	144
b) Aufrechterhaltung der Netzintegrität	146
c) Interoperabilität von Diensten	146
d) Datenschutz	147
2) Übereinstimmung mit dem sonstigen EG-Recht	147
3) sonstige Verweigerungsgründe	147

IV) Umfang des Netzzugangs - Reichweite des Entbündelungsgebots	149
V) Zusammenschaltung nach europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht	152
1) Netzzugang nach Artikel 82 EGV	153
a) Generelle Anwendbarkeit der „essential facilities“- Doktrin im Telekommunikationsrecht	153
b) Anwendung der Wettbewerbsregeln der EG auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich	155
(1) Relevante Märkte	155
(2) Beherrschende Stellung	156
(3) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	157
(4) Zugangsverweigerungsgründe	158
2) Netzzugang nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	158
a) Relevanter Markt	159
b) Marktbeherrschende Stellung	160
c) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und Zugangsverweigerung	161
3) Netzzugang nach § 20 GWB	162
a) Normadressaten	162
b) Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	162
c) unbillige Behinderung ohne sachlich gerechtfertigten Grund	164
3. Kapitel: Schlussbetrachtung	165
Literaturverzeichnis	167

Abkürzungsverzeichnis¹

ABl.	Amtsblatt
AG	Die Aktiengesellschaft
BB	Betriebs-Berater
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKartA	Bundeskartellamt
BMPT	Bundesministerium für Post und Telekommunikation
BMW	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
CCA	Carrier Customer Access
CR	Computer und Recht
CN	Corporate Network (Netz einer geschlossenen Benutzergruppe)
DB	Der Betrieb
DTAG	Deutsche Telekom AG
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Elt.	Elektrizität
EltRL	Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG vom 19. Dezember 1996
EnBW	Energiewerke Baden-Württemberg
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung - Energiewirtschaftsgesetz
EnWi-Neuregelungsgesetz	Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EW	Energie-Wirtschaft
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EVU	Energieversorgungsunternehmen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht oder Kreisgericht
Komm.	Kommission

¹ vgl. auch *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 1993.

KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
MMR	Multimedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NTPA	Negotiated Third Party Access
NZV	Verordnung über besondere Netzzugänge - Netzzugangsverordnung
ONP	Open Network Provision
PoI	Points of Interconnection
PTRegG	Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RfE	Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung (Schriftenreihe)
RL	Richtlinie
RTW	Recht - Technik - Wirtschaft (Schriftenreihe)
RWE	Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TPA	Third Party Access
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e. V.
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln
VIK	Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft
VIK-Mitt.	VIK-Mitteilungen
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht