

Der Zugang zu wirtschaftlicher Netzinfrastruktur

Telekommunikation, Schienenverkehr und Energiewirtschaft
im Spannungsfeld staatlicher Interessen und deren Regulierung
durch sektorspezifisches Recht auf einem Wettbewerbsmarkt

Sebastian Braun



**Centaurus Verlag
Herbolzheim 2003**

INHALT

I. ERSTER TEIL: EINFÜHRUNG	21
A. Einleitung	21
B. Gang der Untersuchung	22
II. ZWEITER TEIL: UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND: ZUGANG ZU NETZEN DER WIRTSCHAFTLICHEN INFRASTRUKTUR	25
A. „Wirtschaftliche Infrastruktur“	25
B. „Netze“	26
1. Funktionen von Netzen.....	26
2. Gemeinsamkeiten der Netze	27
3. Definition:.....	27
4. Kombination des Netzbegriffs mit dem der Infrastruktur	27
III. DRITTER TEIL: ENTWICKLUNG DER BEREICHE TELEKOMMUNIKATION, SCHIENENVERKEHR, ENERGIE	29
A. Schienenverkehr	29
1. historische Entwicklung	29
2. Rechtliche Stellung.....	30
a) Verfassungsrechtliche Stellung vor der Bahnreform.....	30
(1) Gegenstand Bundeseisenbahn aus kompetenz- und leistungsrechtlicher Sicht	30
(2) Der Organisationsgehalt des Art. 87 GG a.F.....	31
b) Rechtstellung und Organisation einfachgesetzlicher Natur	33
3. Wirtschaftliche Situation der Bundesbahn vor der Bahnreform als rechtstatsächlicher Hintergrund	33
a) Schlussbilanz DB/DR 1993	33
b) Gründe für die schlechte Finanzsituation	34
(1) Exogene Faktoren.....	34
(2) Endogene Faktoren.....	34
4. Weitere Anlässe für eine Reform des Schienenverkehrs.....	35
5. Ablauf bis zur Bahnreform - Vorarbeiten	36
6. Das Reformpaket – die Bahnreform	36
a) Ziele der Bahnreform.....	36
b) Schwerpunkte im Einzelnen	37
(1) Die Verfassungsänderung vom 20. Dezember 1993	37
(2) Die Notwendigkeit der Verfassungsänderung.....	37
(3) die einfachgesetzliche Ausprägung der Bahnreform.....	38
7. Bewertung der Bahnreform und Kritik.....	40

B. Telekommunikationssektor	41
1. Historische Entwicklung	41
2. Rechtliche Stellung.....	42
a) verfassungsrechtliche Stellung vor der Postreform	42
b) einfachgesetzliche Ausgestaltung.....	43
3. Wirtschaftliche Situation der Telekommunikation vor den Reformen	44
4. Die Reform der deutschen Bundespost	44
a) Postreform I.....	44
b) Postreform II.....	46
(1) Verfassungsänderung	47
(2) einfachgesetzliche Ausgestaltung.....	47
(3) Übergangscharakter	48
c) Postreform III - TKG.....	48
C. Energiesektor	48
1. Historische Entwicklung	49
2. Die rechtliche Stellung der Energieversorger.....	50
a) Die Grundzüge der Struktur der Energieversorgung vor der Energierrechtsnovelle 1998	50
(1) Elektrizität als „Ware“ und die Besonderheit der Handelbarkeit	50
(2) Die Marktstruktur	51
(a) auf Anbieterseite.....	51
(b) Auf Verbraucherseite.....	51
(3) Die Monopolstruktur	52
(a) Konzessionsverträge.....	52
(b) Demarkationsverträge.....	52
b) Folgen.....	53
c) Rechtfertigung	53
3. Fazit.....	54
4. Die Diskussion um die Reform der Energiewirtschaft in Deutschland.....	54
D. Die Entstehung des Gedanken des Netzzugangs als Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung.....	56
1. Allgemeines.....	56
2. Die essential facilities doctrine in den USA.....	57
3. Der Rechtsgedanke der essential facilities doctrine in Europa.....	58
a) Telekommunikationssektor	59
(1) Maßnahmen der EG-Kommission	59
(2) Maßnahmen des Rates	60
b) Energiewirtschaft.....	62
c) Schienenverkehrswesen.....	63
4. Umsetzung der EG – Vorgaben in nationales Recht	64

IV. VIERTER TEIL: NETZGEBUNDENE INFRASTRUKTUR IM SPANNUNGSFELD STAATLICHEN WETTBEWERBS-INTERESSES, GRUNDRECHTE DER NETZBETREIBER UND VOLKSWIRTSCHAFTLICHER BESONDERHEITEN VON NETZINDUSTRIEN	66
A. Sachanalyse Wettbewerb	67
1. Der Wettbewerbsbegriff	67
2. Aufgaben des Wettbewerbs	67
a) Allokationsfunktion des Wettbewerbs	67
b) Prozess- und Produktinnovationsfunktion	68
c) Machtbegrenzungsfunktion	68
d) Leistungsgerechte Einkommensverteilung	68
3. Voraussetzungen des Wettbewerbs	69
a) Existenz eines Marktes	69
(1) Sachlich relevanter Markt	69
(2) Räumlich relevanter Markt	70
(3) Zeitlich relevanter Markt	70
b) Beschaffenheit des Marktes	70
(1) Marktmorphologie	70
(2) Marktzugang und Austritt	72
(a) Allgemeiner Bedeutungsgehalt für echten Wettbewerbsmarkt	72
(b) Vereinfachter Marktzugang und Austritt in Kombination mit intermodalem Wettbewerb als wohlfahrtsökonomisch optimales Modell	73
B. Marktversagen und die Theorie des natürlichen Monopols	74
1. Vollkommene Konkurrenz als wohlfahrtsoptimale Allokation und Grenzmenge der Ausbringung einer Unternehmung	75
2. Das natürliche Monopol als Form des Marktversagens	75
a) Kostenstruktur eines natürlichen Monopols	75
b) Subadditivität der Kosten als Markteintrittsbarriere	76
c) Schlussfolgerung	77
3. Annäherung an pareto-effiziente Organisation durch Regulierung	77
4. Beurteilung des Schienenverkehrswesens, des Telekommunikationssektors und der Energiewirtschaft	79
a) Schienenverkehrswesen	79
b) Telekommunikationswesen	79
c) Energiewirtschaft	80
d) Ergebnis	81
C. Netzzugang als Grundrechtsproblem	81
1. Grundrechtssubjektivität	82
a) Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand	82

b)	Die Grundrechtsberechtigung von juristischen Personen.....	83
(1)	Öffentlich-rechtliche vs. privatrechtliche juristische Personen.....	83
(2)	Meinungsbild des Schrifttums zur Grundrechtssubjektivität gemischt wirtschaftlicher Unternehmen.....	85
(3)	Andere Sichtweise bei 100 %iger Beteiligung der öffentlichen Hand an privatem Unternehmen	87
c)	Kritik an den vorgestellten Ansichten, eigene Stellungnahme und Konsequenzen für die weitere Untersuchung.....	88
(1)	Kritik zu den Ansichten für die gemischt wirtschaftlichen Unternehmen	88
(2)	Kritik zu den Ansichten zu den Unternehmen an denen die öffentliche Hand 100% der Anteile hält.....	89
(3)	Eigene Stellungnahme	90
d)	Öffentliche vs. staatliche Aufgaben als Abgrenzungskategorie.....	93
(1)	Kritik und Gegenkritik	93
(2)	Begriffliche Abgrenzung öffentliche vs. staatliche Aufgaben	94
(a)	Zuordnung der Eisenbahninfrastruktur.....	97
(b)	Zuordnung der Energieversorgung.....	102
(c)	Zuordnung der Telekommunikation.....	105
2.	Ergebnis.....	107
3.	Materielle Rechtfertigung.....	107
a)	Art. 14 Abs. 1 GG.....	108
(1)	Eingriff in den Schutzbereich.....	108
(a)	Verfügungsbefugnis	109
(b)	Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	109
(c)	Vertrauensschutz	110
(d)	Kriterium des „Beruhens auf eigener Leistung“	110
(2)	Art des Eingriffs	111
(a)	Dogmatische Problemlage.....	111
(b)	Abgrenzung	112
(3)	Rechtmäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmungen.....	114
(a)	Allgemeines	114
(b)	Verhältnismäßigkeit	115
(i)	Geeignetheit und Erforderlichkeit	116
(ii)	Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)	116
(a)	Problematik der Diskriminierungsfreiheit	116
(b)	Kriterien der Sozialgebundenheit.....	117
(c)	Schwäche des Wettbewerbskriteriums.....	117
(d)	Weitere diskutierte Kriterien.....	118
(i)	Unbeachtlicher Natur.....	118
(ii)	Beachtlicher Natur	118
(4)	Fazit.....	119
(5)	Alternativmöglichkeit: Eingrenzung des Schutzbereichs.....	120
(6)	Besondere Anforderungen bei der Energiewirtschaft aus dem Vertrauensschutzaspekt.....	122
b)	Art. 12 GG	123

(1) Schutzbereich	123
(2) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	124
(3) Rechtfertigung	124
c) Art. 3 Abs. 1 GG	125
4. Erwägungen zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aus den Petentenrechten	126
5. Ergebnis	127
D. Exkurs: Wettbewerbliches Ordnungsprinzip auch im Schienenverkehrswesen	127
V. FÜNFTER TEIL: GRUNDLEGENDE PROBLEME DER SEKTORSPEZIFISCHEN NETZZUGANGSREGELN	129
A. Die Rechtsnatur der spezialgesetzlichen Netzzugänge.....	129
1. Öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Verhältnisse.....	129
a) Charakter des Wettbewerbsrecht	129
b) Charakter des Netzzugangs	130
(1) Überblick	131
(2) Zivilrechtliche Zuordnung	131
(a) TKG	131
(b) EnWG	132
(c) AEG	132
(3) Öffentlich-rechtliche Zuordnung	133
2. Die genauere zivilrechtliche Ausgestaltung	134
a) Vorschlag: Kontrahierungszwang	134
b) Vorschlag: gesetzliches Schuldverhältnis	135
c) Kritik und Stellungnahme.....	136
3. Schienenverkehrswesen als öffentlich-rechtlicher Sonderbereich	137
a) Darstellung des Lösungsansatzes	138
b) Diskussion und Kritik der öffentlich-rechtlichen Konstruktionsmöglichkeit	139
(1) Voraussetzungen einer solchen Konstruktion	140
(2) Insbesondere: Verfügungsbefugnis	140
(3) Handhabbarkeitsprobleme	141
(4) Beseitigung durch vom Schrifttum vorgeschlagene konkludente Zustimmungserteilung.....	141
(5) Ursache der Qualifikation der Eisenbahnanlagen als öffentliche Sachen	142
(6) Stellungnahme	143
c) Ergebnis	145
B. Zusammenfassender Vergleich:	145
C. Das Verhältnis des sektorspezifischen Rechts zum allgemeinen Kartellrecht aus materiellrechtlicher Sicht.....	146

1.	TKG.....	147
a)	Vollkommen parallele Anwendung von GWB und TKG	149
b)	Spezialitätsverhältnis zu Gunsten des Sonderbereichs.....	149
c)	Abwägung.....	150
2.	EnWG.....	153
3.	AEG.....	154
4.	Abschließende Gesamtbewertung	156
VI.	SECHSTER TEIL: DER NETZZUGANG IM TELEKOMMUNIKATIONSRECHT	157
A.	materieller Gehalt.....	157
1.	Die Systematik der §§ 33 ff. TKG.....	157
a)	Abgrenzung der Begrifflichkeiten Zusammenschaltung, allgemeiner und besonderer Netzzugang	157
b)	Verhältnis von § 33 zu § 35 TKG	158
(1)	Meinungsbild.....	159
(2)	Kritik, Diskussion und eigener Standpunkt.....	160
c)	Bedeutung des § 36 TKG im systematischen Zusammenhang	163
d)	Bedeutung der sonstigen Normen des vierten Teils des TKG.....	164
2.	Der Netzzugang nach § 35 TKG	165
a)	Anspruchsverpflichteter	165
(1)	Betreiber eines Telekommunikationsnetzes	165
(a)	Funktionsherrschaft	165
(b)	Telekommunikationsnetz	166
(2)	Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit	167
(3)	Marktbeherrschende Stellung.....	167
(4)	Relevanter Markt.....	168
b)	Anspruchsberechtigter.....	168
(1)	Anforderungen an Anspruchsberechtigten bei besonderem sonstigen Netzzugang.....	169
(a)	Allgemeine Anforderungen	169
(b)	Persönliche Anforderungen an Kompetenz.....	170
(c)	Prüfung der Kompetenzkriterien	170
(2)	Anforderungen an den Anspruchsberechtigten bei Zusammenschaltungsbegehren.....	171
c)	Leistungsobjekt.....	172
(1)	Des besonderen sonstigen Netzzugangs.....	172
(2)	Der Zusammenschaltung	173
d)	Inhaltliche Qualität der Leistungsgewährung.....	173
3.	Der Zugang zu wesentlichen Leistungen nach § 33 TKG.....	174
a)	Anspruchsverpflichteter	174
(1)	Anbieter	174
(2)	Mit marktbeherrschender Stellung	175

(3)	Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit	175
b)	Anspruchsberechtigter	175
c)	Anspruchsobjekt	175
(1)	Leistung	176
(2)	Wesentlichkeit	176
(3)	Intern genutzt und am Markt angeboten	177
(4)	Verdeutlichung anhand häufig diskutierter Fallbeispiele	177
4.	Telekommunikationsrechtsspezifische Sicherung der Diskriminierungsfreiheit	178
a)	Allgemeines zur Diskriminierungsfreiheit	178
b)	Reichweite und konkrete inhaltliche Anforderungen der Diskriminierungsfreiheit	179
c)	Konkretisierung der Diskriminierungsfreiheit und wichtiger Leistungsgegenstände als spezielle Ausprägung des Diskriminierungsverbotes durch weitere telekommunikationsrechtliche Normen	181
(1)	§ 34 TKG	181
(2)	NZV	182
(a)	Entbündelungsgebot - § 2 NZV	182
(b)	Kollokation	183
(i)	Physische Kollokation	184
(ii)	Virtuelle Kollokation	184
(iii)	Ausschluss und Wahlrecht	185
(c)	Informationspflichten § 4 NZV	186
(d)	Formalia	187
(3)	TKV	188
(a)	§§ 2, 3 TKV	188
(b)	§ 4 TKV – Resale als Fall des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG	188
(i)	Weite der Ermächtigungsgrundlage, Wesentlichkeitsgrundsatz	189
(ii)	Resale-Begünstigte	190
(4)	Entgeltregulierung	192
(a)	Allgemeine Grundsätze im Überblick	193
(b)	Entgeltregulierung für nicht marktbeherrschende Unternehmen	194
d)	Weitere Aspekte von Diskriminierungsrelevanz ohne Konkretisierung in telekommunikationsrechtlichen Normen	196
e)	Rechtfertigung von Diskriminierungen aufgrund sachlicher Erwägungen	197
(1)	Abgrenzung der einzubeziehenden Gründe in die sachliche Rechtfertigung	197
(a)	Für § 33 TKG	197
(b)	Für § 35 TKG	198
(2)	ONP-Kriterien	199
(3)	Sonderproblem: Kapazitätsengpässe	200
(4)	Sonstige zu berücksichtigende sachliche Gründe	201
(5)	Interessenüberprüfung anhand Abwägung	202

B. Aufsicht und Rechtsschutz.....	202
1. Missbrauchsaufsicht gem. § 33 Abs. 2 TKG.....	202
a) Keine besondere Verwerflichkeit des Missbrauchs wegen Verdoppelung des Tatbestandsmerkmals.....	203
b) Weite Handlungsmöglichkeiten der RegTP	203
c) Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten im Fall des § 38 TKG	203
d) Verfahren.....	204
e) Ermessen.....	204
f) Sanktionsmöglichkeit	204
g) Rechtsschutz	204
2. Zusammenschaltungsanordnung gem. § 37 TKG i.V.m § 9 NZV	206
a) Subsidiarität.....	206
b) Verfahren.....	207
(1) Anrufung durch Beteiligte.....	207
(2) Form.....	207
(3) Fristen.....	208
(4) Beiladung.....	208
(5) Veröffentlichung.....	208
c) Entscheidungsmaßstäbe.....	208
d) Anordnungsinhalt	210
e) Umsetzungsfrist.....	211
f) Sanktionsmöglichkeit	211
g) Rechtsschutz	212
3. Schlichtungsverfahren gem. § 8 NZV	212
4. Kooperation und Ausweitung.....	213

VII. SIEBTER TEIL: DER NETZZUGANG IM ENERGIEWIRTSCHAFTS- RECHT NACH §§ 5 FF. ENWG

215

A. Gesetzssystematik, Überblick.....	215
1. Befund	215
2. Mitursächlichkeit technischer Gegebenheiten als Grund für geringere Regelungsintensität	216
B. Das System des verhandelten Netzzugangs gem. § 6 EnWG.....	217
1. Anspruchsverpflichteter	217
2. Anspruchsberechtigter	218
3. Leistungsgegenstand des Netzzugangs.....	219
4. Bedingungen der Leistungsgewährung	221
a) System der Entgeltbemessung im EnWG.....	222
(1) Grundlegender Unterschied zum Telekommunikationssektor	222
(2) Normative Vorgaben	223
(a) Veröffentlichungspflicht von Richtwerten	223
(b) Erfordernis aus § 6 Abs. 1 EnWG.....	224

(i)	Tatsächlich in Rechnung gestellte Kosten.....	224
(ii)	Kalkulatorisch in Rechnung gestellte Kosten.....	224
(iii)	Kostenermittlung	225
b)	Technische und informatorische Anforderungen	226
c)	Selbstbindung durch Verbändevereinbarung	227
5.	System der Verweigerungsmöglichkeiten	228
a)	Absolute Verweigerungsgründe	229
(1)	Reziprozitätsklausel.....	229
(2)	Alleinabnehmersystem	229
(3)	Technische Gründe	230
b)	Relative Verweigerungsgründe	230
(1)	Bedeutung der Unterscheidung zwischen betriebsbedingten und sonstigen Gründen.....	230
(2)	Abwägungskriterien	231
(a)	Einzustellende Kriterien aus § 1 EnWG.....	231
(b)	Einzustellende Kriterien aus § 6 Abs. 3 EnWG	232
(c)	Einzustellende Kriterien aus Art. 4 § 3 NeuordnungsgG	233
(d)	Offenheit der Gesetzesformulierung	233
(e)	Subjektivierung des Abwägungsvorgangs	233
(3)	Überblick über Auswahl einzelner wichtiger Gründe mit Bezügen zu anderen Netzsektoren und deren energierechtliche Behandlung.....	234
(a)	Relative technische Gründe	234
(b)	Personell bedingte Gründe bei dem Durchleitungspetenten	234
(c)	Bereits bestehendes Vertragsverhältnis mit einem Netzbetreiber	235
(d)	Weitere Gründe nicht beachtlicher Natur.....	236
(e)	Sonderproblem: Kapazitätsengpässe	237
(i)	Netzausbauverpflichtung für Energieunternehmen	238
(ii)	Vergabekriterien	239
C.	Exkurs: Alternative - Alleinabnehmersystem § 7 EnWG.....	240
D.	Aufsicht und Rechtsschutz.....	243
1.	Clearingstelle.....	243
2.	Energierechtliche Aufsicht	243
3.	Kartellrechtliche Aufsicht	245
4.	Gerichtlicher Rechtsschutz	246
a)	Zivilrechtlicher Rechtsschutz	246
b)	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz	247
E.	Schlussbetrachtung zu den §§ 5 ff. EnWG.....	247
VIII.	ACHTER TEIL: DER NETZZUGANG IM SCHIENENVERKEHRSRECHT NACH §§ 13 FF. AEG	249
A.	Überblick.....	249

B. Materieller Gehalt	249
1. Anspruchsberechtigter	250
a) Unterscheidung öffentliches, nicht-öffentliches Eisenbahnverkehrsunternehmen	250
b) Präjudiz der Öffentlichkeit für Eisenbahnen des Bundes und Feststellungserfordernis für sonstige Unternehmen	251
c) Genehmigungserfordernis aus § 6 AEG	252
(1) Bedeutung des Genehmigungserfordernisses	253
(2) Genehmigungskriterien	253
d) Erweiterung für ausländische Zugangspetenten	253
e) Händler von Verkehrsdienstleistungen als Zugangsberechtigte und die Konsequenzen für Reselling	254
(1) Rechtslage nach AEG	254
(2) Einschränkung durch EIBV und die Konsequenz daraus	254
f) Schlussbetrachtung zum Kreis der Anspruchsberechtigten	255
2. Anspruchsverpflichteter	256
3. Leistungsgegenstand	257
a) Problematik der Subsumtion von bestimmten Einzelleistungen unter den Infrastrukturbegriff	257
(1) Definitionsschwierigkeiten	257
(2) Systematischer Unterschied zum TKG und wettbewerbspolitische Kritik	258
b) Kerngehalt des Leistungsgegenstandes	260
4. Inhaltliche Qualität und Sicherung der Diskriminierungsfreiheit	260
a) Wirkungsweite des Diskriminierungsverbots	260
b) Konkretisierung des Diskriminierungsverbots durch die EIBV	261
(1) Vergabeverfahren	261
(a) Vergabestelle	262
(b) Formale Voraussetzungen und Entscheidungsgrundsätze	262
(i) Fristgerechte Anmeldung	262
(ii) Vollständigkeit der Antragsunterlagen, Mitwirkungspflicht, Berücksichtigungspflicht	263
(iii) Entscheidungsfrist	263
(iv) Ausnahmeregelung bei noch freien Trassen	263
(a) Regelung durch die EIBV	263
(b) Verhalten der DB Netz AG in der Praxis und Kritik	264
(v) Ausnahmeregelung bei Nichtgebrauchmachung von der Trasse	265
(vi) Verfahren bei konfligierenden Trassenbegehren	266
(a) Regelung durch EIBV	266
(b) Kritik	266
(vii) Auswirkungen des § 14 Abs. 1 S. 3 AEG auf die Vergabeentscheidung	267
(viii) Schlussbemerkungen zu dem Vergabeverfahren	268
(2) Entgeltbemessung	268
(a) Grundlegender Unterschied zu anderen Sektoren	269
(b) Zulässigkeit von Rabatten	269

(c)	Gewinnerzielungsmöglichkeit und Quersubventionsverbot.....	270
(3)	Personelle, technische und informatorische Anforderungen.....	273
(4)	Exkurs: Sicherung vor Stilllegungsabsichten durch § 11 AEG.....	273
(5)	Anschlussrecht aus § 13 AEG	274
C.	Aufsicht und Rechtsschutz.....	274
IX.	ZUSAMMENFASSUNG WESENTLICHER ÜBERGREIFENDER ERGEBNISSE, AUSBLICK UND SCHLUSSWORT	276
	LITERATURVERZEICHNIS	283