

Der Drittschutz  
in der Marktregulierung  
physischer Netze

Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
an der Fakultät für Rechtswissenschaften  
der Universität Hamburg

vorgelegt von

**Christian Baumann**

aus Hamburg

Hamburg, im Januar 2014

Erstgutachter: Prof. Dr. Trute

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hatje

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Oktober 2014





# **Inhaltsverzeichnis**

Inhaltsverzeichnis .....	I
A. Einleitung .....	1
B. Ursachen eines Regulierungsbedürfnisses in den Netzwirtschaften .....	4
I. Physisches Netz als Untersuchungsgegenstand .....	4
1. Netzbegriff .....	4
a) Netzwerkbegriff und Fluss in der Graphentheorie .....	4
b) Wirtschaftswissenschaftliche Fassung des Netzbegriffes .....	5
2. Charakteristika von Netzen .....	6
a) Funktionen von Netzen .....	6
b) Begriffseingrenzung „Physisches Netz“ .....	8
c) Netzebenen.....	8
Physische Netze lassen sich grob in vier Ebenen unterscheiden: .....	8
aa) Netzinfrastuktur .....	9
bb) Netzbetrieb .....	9
cc) Netzdienst.....	10
II. Wettbewerb als Leitbild .....	10
1. Wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen der Wettbewerbsanalyse .....	11
2. Wettbewerbsleitbilder .....	13
a) Klassischer Liberalismus .....	14
b) Vollkommene Konkurrenz und allgemeines Gleichgewicht.....	15
c) Theorie(n) der bestreitbaren / angreifbaren Märkte .....	15
aa) Harvard-Schule .....	16
bb) Chicago-Schule .....	17
Knieps fasst daher die Grundposition der Chicago-Schule wie folgt zusammen: .....	17
III. Marktversagen in den Netzwirtschaften.....	18
1. Marktversagen infolge eines natürlichen Monopols .....	18
a) Subadditivität natürlicher Monopole.....	18
b) Konsequenzen der Subadditivität für den Wettbewerb .....	20
2. Wettbewerbsrelevante Merkmale der Netzwirtschaften .....	21
a) Größenvorteile .....	22
b) Verbundvorteile .....	22
c) Bündelungsvorteile .....	23

d)	Spezifität, Irreversibilität und versunkene Kosten .....	24
e)	Externalitäten .....	25
aa)	Negative Externalitäten .....	26
bb)	Positive Externalitäten .....	26
cc)	Netzwerkexternalitäten .....	26
f)	Standards .....	27
g)	Zeitpfadabhängigkeit, Lock-in-Effekt und kritische Masse .....	28
h)	Strategisches Verhalten .....	29
i)	Weitere wettbewerbsrelevante Merkmale .....	30
3.	Relevanz von Netzwirtschaftsmerkmalen für natürliche Monopole .....	30
IV.	Wirtschaftspolitische Antworten auf Marktversagen .....	32
1.	Rechtfertigung einer Regulierung .....	32
2.	Regulierungsbegriff .....	35
a)	Begriffsklärung .....	35
b)	Abgrenzung von allgemeinem Wettbewerbsrecht zur sektorspezifischen Regulierung .....	36
3.	Ökonomische Regulierung .....	39
a)	Regulierung zur Wettbewerbsetablierung .....	39
b)	Bandbreite des Regulierungsinstrumentariums .....	42
aa)	Zutrittsregulierung .....	42
bb)	Zugangsregulierung .....	43
cc)	Regulierung der Entgelte .....	43
dd)	Exkurs: Entflechtung bzw. unbundling .....	44
4.	Nichtökonomische Regulierung .....	44
C.	Dogmatik des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Drittschutzes .....	46
I.	Stand und Diskussion um das subjektive öffentliche Recht .....	46
1.	Das subjektive öffentliche Recht als Bestandteil des deutschen Verwaltungsrechts .....	46
a)	Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts für das deutsche Verwaltungsrecht .....	46
b)	Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts .....	47
2.	Schutznormlehre .....	49
3.	Kritik am Schutznormkonzept .....	50
a)	Allgemeine Auseinandersetzung .....	50
b)	Brauchbarkeit der Schutznormlehre für den Drittschutz .....	51
II.	Drittschutz nach der Konfliktschlichtungsformel .....	53

1.	Gedanklich Einbettung der Konfliktschlichtungsformel.....	53
2.	Inhalt der Konfliktschlichtungsformel .....	55
3.	Ermittlung der Konfliktschlichtungssubjektivität.....	56
a)	Auslegungsdirektiven.....	57
b)	Sonderfall: Privatrechtsbezogener Verwaltungsakt .....	58
4.	Zwischenergebnis.....	60
III.	Drittschützende Dimension der Grundrechte .....	61
1.	Grundrechtliche Funktionen im Überblick .....	61
2.	Norminterne Wirkung von Grundrechten .....	62
3.	Normexterne Wirkung von Grundrechten.....	64
a)	Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative und deren Grenzen .....	64
b)	Anwendungsvorrang des einfachen Rechts.....	66
c)	Ausnahmen: Fälle einer normexternen Wirkung .....	67
IV.	Europarechtlicher Einfluss auf den Drittschutz .....	68
1.	Unmittelbar wirkendes Europarecht.....	69
2.	Umgesetzte europarechtliche Vorgaben.....	70
a)	Harmonisierung des europäischen und deutschen Klagemöglichkeitenverständnisses.....	71
b)	Maßstäbe zur Umsetzung von Richtlinienvorgaben .....	73
V.	Exkurs: Verwaltungsverfahrenrechtlicher Drittschutz .....	75
D.	Zusammenführung: Drittschutzbedürfnis in der Regulierung der Netzwirtschaften 77	
I.	Drittschutzbedürfnis des Wettbewerbers .....	77
1.	Vorab: Vergewisserung der tatsächlichen Konfliktsituation.....	77
2.	Grundrechtliche Erwägungen.....	79
3.	Europarechtliche Erwägungen .....	80
4.	Drittschutz aus dem Wettbewerbsbegriff.....	81
5.	Drittschutz aus dem Diskriminierungstatbeständen .....	85
II.	Drittschutzbedürfnis des Endkunden .....	86
E.	Drittschutz in der Marktregulierung des TKG .....	89
I.	Voraussetzungen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung .....	89
1.	Grundlagen der Telekommunikationsregulierung .....	89

a)	Tatsächliche Grundlagen der Telekommunikationsregulierung .....	89
b)	Rechtliche Vorprägungen der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung .....	91
aa)	Europarechtlicher Einfluss .....	91
bb)	Verfassungsrechtlicher Einfluss.....	93
c)	Ziele und System des TKG.....	94
2.	Marktregulierungsverfahren nach §§ 9ff. TKG.....	95
a)	Zweck und System des Marktregulierungsverfahrens .....	96
b)	Marktdefinition, § 10 TKG.....	98
aa)	Abgrenzungskriterien.....	99
(1)	Sachliche Marktabgrenzung .....	99
(2)	Räumliche und „zeitliche“ Marktabgrenzung.....	102
bb)	Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes .....	102
(1)	Marktzutrittsschranken .....	103
(2)	Längerfristig kein Wettbewerbstendenz .....	104
(3)	Allgemeines Wettbewerbsrecht unzureichend.....	104
c)	Marktanalyse, § 11 TKG .....	105
aa)	Wirksamer Wettbewerb .....	105
bb)	Beträchtliche Marktmacht.....	106
(1)	Marktstruktur .....	107
(2)	Unternehmensstruktur .....	108
(3)	Marktverhaltensanalyse .....	109
cc)	Sonderfälle der Marktanalyse .....	109
(1)	Gemeinsame Marktbeherrschung .....	109
(2)	Benachbarte Märkte.....	110
d)	Konsultations- und Konsolidierungsverfahren, § 12 TKG .....	111
e)	Die Regulierungsverfügung, § 13 TKG.....	111
f)	Exkurs: Drittschutzbegründung und -konturierung durch die Regulierungsverfügung	112
II.	Zugangsregulierung des TKG .....	114
1.	§ 16 TKG-Verträge über Zusammenschaltungen.....	115
2.	§ 17 TKG – Vertraulichkeit von Informationen.....	117
3.	§ 18 TKG – Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern .....	117
a)	§ 18 Abs. 1 S. 1 TKG – Zusammenschaltungsverpflichtung.....	117
b)	§ 18 Abs. 1 S. 2 TKG – Zugangsverpflichtung .....	119
c)	§ 18 Abs. 2 TKG – Diskriminierungsverbot.....	119
4.	§ 19 TKG – Diskriminierungsverbot.....	120
5.	§ 20 TKG – Transparenzverpflichtung .....	121



6.	§ 21 TKG – Zugangsverpflichtungen.....	122
a)	Drittschutz des Wettbewerbers nach § 21 TKG .....	123
aa)	Drittschutz nach Maßgabe der Schutznormlehre.....	123
	(1) Grammatikalische Auslegung .....	123
	(2) Historische und genetische Auslegung .....	124
	(3) Systematische Auslegung .....	125
	(4) Teleologische Auslegung.....	127
	(5) Europarechtskonforme Auslegung.....	129
bb)	Drittschutz gemäß der Konfliktschlichtungsformel .....	129
b)	Drittschutz für Endnutzer .....	130
7.	§ 22 TKG – Zugangsvereinbarung.....	130
8.	§ 23 TKG –Standardangebot.....	131
9.	§ 24 TKG – Getrennte Rechnungsführung .....	132
10.	§ 25 TKG – Zugangsanordnung.....	132
11.	§ 26 TKG – Veröffentlichung .....	133
12.	Zusammenfassende Betrachtung: TKG-Zugangsregulierung aus Drittschutzperspektive.....	133
III.	Entgeltregulierung des TKG .....	134
1.	§ 27 TKG – Ziel der Entgeltregulierung .....	135
a)	Wortlaut .....	135
b)	Genetische Auslegung.....	135
c)	Teleologie .....	136
d)	Systematische Ausstrahlung auf die TKG-Entgeltregulierung .....	136
e)	Konfliktschlichtungsformel .....	137
2.	§ 28 TKG – Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten.....	138
a)	§ 28 Abs. 1 S. 1 TKG.....	138
aa)	Wortlaut .....	138
bb)	Genetische Auslegung.....	138
cc)	Teleologie.....	138
dd)	Konfliktschlichtungsformel.....	139
b)	§ 28 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2 TKG .....	139
3.	§ 29 TKG – Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung .....	140
4.	§ 30 TKG – Entgeltregulierung.....	141

5.	§ 31 TKG – Entgeltgenehmigung .....	142
6.	Unterabschnitt 2 – Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen.....	142
7.	§ 39 – Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen .....	143
a)	Wortlaut.....	143
b)	Systematisch .....	143
c)	Teleologie.....	145
d)	Konfliktschlichtungsformel .....	145
8.	Zusammenfassende Betrachtung: TKG-Entgeltregulierung aus der Drittscutzperspektive .....	145
IV.	Besondere Missbrauchsaufsicht .....	146
1.	§ 42 TKG – Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht.....	147
a)	Wortlaut.....	147
b)	Historie .....	147
c)	Systematik .....	148
d)	Konfliktschlichtungsformel .....	149
e)	Beispiel- und Vermutungstatbestand, § 42 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 TKG .....	149
2.	§ 43 TKG – Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde .....	150
V.	Zusammenfassende Betrachtung .....	150
F.	Drittscutz in der Marktregulierung des EnWG .....	153
I.	Grundlagen der Energiemarktregulierung.....	153
1.	Tatsächliche Grundlagen der Energiemarktregulierung.....	153
a)	Elektrischer Strom .....	154
b)	Gas.....	155
2.	Rechtlicher Rahmen der Energiemarktregulierung .....	155
a)	Europarecht.....	155
b)	Verfassungsrecht .....	156
c)	Einfachgesetzlicher Rahmen der Energiemarktregulierung.....	157
d)	Rechtsschutzssystem des EnWG .....	159
aa)	Beschwerdebefugnis nach §§ 75 Abs. 2 i.V.m. 66 Abs. 2 EnWG .....	160
bb)	Bürgerlich-rechtliche Entgeltkontrolle nach § 315 BGB .....	161
II.	Anschlussregulierung .....	164
1.	§ 17 EnWG – Netzanschluss .....	165

2.	§ 18 EnWG – Allgemeine Anschlusspflicht .....	165
3.	§§ 19 und 19a EnWG.....	166
III.	Zugangsregulierung.....	166
1.	§ 20 EnWG – Zugang zu den Energieversorgungsnetzen.....	167
a)	Wortlaut .....	167
b)	Systematik.....	167
c)	Teleologie .....	168
2.	§ 20a EnWG – Lieferantenwechsel.....	170
3.	§ 21 EnWG – Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang.....	170
a)	Drittschutzgehalt aus Kriterienkatalog.....	170
aa)	Angemessenheit .....	170
bb)	Diskriminierungsfreiheit .....	171
cc)	Transparenz.....	172
b)	Drittschutz aus Zusammenspiel mit § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG.....	173
4.	§ 21a EnWG – Regulierungsvorgaben für Anreize für eine effiziente Leistungserbringung.....	173
5.	§§ 21b-23 EnWG – Messung und Ausgleichenergie .....	174
6.	§ 23a EnWG – Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang.....	174
a)	Wortlaut .....	175
b)	Genese.....	175
c)	Systematik.....	176
d)	Teleologie .....	176
e)	Konfliktschlichtungsformel .....	177
7.	§§ 24-28a EnWG.....	178
IV.	Besondere Sanktionsmechanismen .....	178
1.	§ 29 EnWG – Verfahren zur Festlegung und Genehmigung .....	179
2.	§ 30 EnWG – Missbräuchliches Verhalten eines Netzbetreibers.....	180
3.	§ 31 EnWG – Besonderes Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde... 181	
4.	§ 32 EnWG – Unterlassungsanspruch, Schadensersatzanspruch .....	181
5.	§ 33 EnWG – Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde .....	181
6.	§ 35 EnWG – Monitoring .....	182
V.	Letztverbraucherversorgung .....	182

1.	§ 36 – Grundversorgungspflicht.....	182
2.	§§ 37–42 EnWG.....	183
VI.	Zusammenfassende Betrachtung.....	183
G.	Drittenschutz in der Marktregulierung des AEG .....	186
I.	Grundlagen.....	186
1.	Tatsächliche Grundlagen.....	186
2.	Rechtlicher Rahmen .....	188
a)	Europarecht.....	189
b)	Verfassungsrecht .....	189
c)	Einfachgesetzlicher Rahmen .....	192
aa)	Verhältnis zum Kartellrecht.....	194
bb)	Unbundling .....	195
II.	Anschlussregulierung.....	195
III.	Zugangsregulierung.....	196
1.	§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG Zugang zur Eisenbahninfrastruktur .....	196
a)	Rechtsnatur des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG .....	197
b)	Inhalt des Zugangsrechts nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG .....	198
aa)	Inhalt nach Schutznormlehre .....	198
(1)	Wortlaut.....	199
(2)	Historie und Genese .....	199
(3)	Systematik .....	201
(4)	Teleologie.....	202
(5)	Verfassungskonforme Auslegung.....	203
(6)	Europarechtskonforme Auslegung .....	203
bb)	Konfliktschlichtungsformel .....	203
c)	Diskriminierungsverbot .....	204
2.	Betreiber von Schienenwegen § 14 Abs. 1 S. 1 und S. 3 AEG.....	204
3.	Zugang zu Serviceeinrichtungen, § 14 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 AEG.....	205
4.	Weitere Zugangsnormen, §§ 14a-14g AEG.....	205
IV.	Entgeltregulierung.....	205
1.	Schienennutzungsentgelte, § 14 Abs. 4 AEG, §§ 21–23 EIBV .....	206
2.	Entgelte für Service- und sonstige Einrichtungen, § 14 Abs. 5 AEG , § 24 EIBV	207

3.	Endkundenentgeltregulierung aus § 12 AEG .....	207
V.	Zusammenfassende Betrachtung .....	208
H.	Vergleichende Perspektive .....	211
I.	Intern: Schnittmengen und Wechselbeziehungen der Regulierungsregime .....	211
1.	Abgleich der Regulierungsinstrumente .....	211
a)	Zugangsregulierung .....	212
b)	Netzentgeltregulierung .....	212
c)	Endkundenentgeltregulierung .....	214
d)	Rechtsschutzsysteme .....	214
e)	Anerkennung der Marktmacht in den Regulierungsregime .....	214
f)	Zusammenfassende Betrachtung .....	216
2.	Zusammenhang von Drittschutzintensität und Wettbewerbsetablierung? .....	217
3.	Wechselbeziehungen der Regulierungsregime .....	219
a)	Brückenbegriff „Wirksamer Wettbewerb“ .....	219
b)	Gesetzlicher Zugangsanspruch als Wesensmerkmal der sektorspezifischen Regulierung? 222	
II.	Extern: Einordnung der Untersuchungsergebnisse .....	224
1.	Analytischer Rahmen: Drittschutz in der Marktregulierung aus der Governanceperspektive .....	224
a)	Governanceperspektive auf rechtliche Fragestellungen .....	225
b)	Bisheriges Wettbewerbsmodell und dessen Modifikation .....	225
c)	Wettbewerber und Endnutzer als multidimensionaler Akteur .....	227
d)	Governanceperspektive auf Wettbewerb und Drittschutz .....	229
2.	Übergreifendes Regulierungsrecht .....	230



## **A. Einleitung**

Seit den 1990er Jahren versucht das Regulierungsrecht marktmäßigen Wettbewerb in den auf ein physisches Netz angewiesenen Wirtschaftssektoren der Telekommunikation, Energieversorgung und Eisenbahn zu implementieren. Der Rahmen des TKG, EnWG und AEG erteilt den Regulierungsinstanzen – vornehmlich der Bundesnetzagentur (BNetzA) – den Auftrag, den Wettbewerb auf- und auszubauen, wie sich aus den Zielbestimmungen dieser Gesetze herleiten lässt.<sup>1</sup> Bei diesem Prozess lassen sich drei Akteure ausmachen:

Die bereits genannte Regulierungsinstanz, die in diesem sektorspezifischen Kartellrecht einen über bloße Marktaufsicht hinausgehenden Auftrag hat.

Der Inhaber des physischen Netzes, welcher sich auf sein Eigentumsrecht berufen und damit das exklusive Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Netzinfrastruktur beanspruchen kann.

Der regelmäßig in wirtschaftlicher Konkurrenz zum Netzinhaber stehende Wettbewerber, der für seine Leistungserbringung auf dessen Netzinfrastruktur angewiesen ist.

Innerhalb der hoheitlich strukturierten Marktregulierung tritt also ein Interessenskonflikt zwischen Netzinhaberschaft und Wettbewerbern auf. Die Durchsetzung eigener Interessen beruht im Rechtsstaat darauf, dass die Rechtsordnung diese Interessen als schutzwürdig anerkennt. Im Verwaltungsprozess stellt § 42 Abs. 2 VwGO hierfür eine Schlüsselnorm dar.

Geht es um Konfliktsituationen zwischen mehreren Beteiligten, wie oben dargestellt, ist die Frage des Drittschutzes im Rahmen der Klagebefugnis von zentraler Bedeutung. Insofern ist Masing zuzustimmen, wenn er zum Drittschutz im Regulierungsverwaltungsrecht ausführt:

„Mit der Frage des Drittschutzes geht es um ein zentrales Element des Grundverständnisses von Regulierung: Soll Regulierung nur im allgemeinen-öffentlichen Interesse die objektiv-rechtliche Funktion des Marktes sichern und damit prinzipiell unabhängig von subjektiv-öffentlichen Rechten der Marktteilnehmer gegenüber der Behörde ausgestaltet werden, oder versteht sich Regulierung zugleich als Ausmitt-

---

<sup>1</sup> § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, § 1 Abs. 2 EnWG, § 1 Abs. 1 S. 1 AEG.

lung der Interessenkonflikte zwischen den Wettbewerbern , so dass die verschiedenen wettbewerblichen Interessen durch korrespondierende Rechte auf Marktchancen unterfangen werden sollten?“<sup>2</sup>

Diesen Problemkomplex will diese Arbeit durchleuchten. Hierfür lässt sich – jenseits der Gliederung der eigentlichen Untersuchung – diese Arbeit in drei Bereiche unterteilen.

Zunächst werden die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Netzregulierung dargestellt. Dass die Netzinfrastrukturen sog. natürliche Monopole darstellen und zugleich in diesen Wirtschaftssektoren ein marktmäßiger Wettbewerb die Leistungserbringung bewirken soll, stellt ein Problem dar. Es gilt herauszuarbeiten, weswegen der Wettbewerb in den Netzwirtschaften nicht aus sich selbst heraus tragfähig ist und welche Maßnahmen den Wettbewerb dort etablieren können. Oder kurz ausgedrückt: Es geht darum, eine Rechtfertigung des Regulierungsrechts aus der wirtschaftlichen Situation der Netzwirtschaften zu skizzieren.

Weiterhin wird die verwaltungsrechtliche Dogmatik des subjektiven öffentlichen Rechts, worauf der Drittschutz beruht, dargestellt. Hierbei geht es um einen den Drittschutz in den Netzwirtschaften interessierenden Fragekomplex. So ist zum einen der Frage nachzugehen, wie die konkurrierenden Ansätze der Schutznormlehre und der sog. Konfliktschlichtungsformel einen Drittschutzgehalt in einer Rechtsnorm herausfiltern und wie sich diese beiden Ansätze zueinander verhalten. Aber auch der Einfluss höherer Rechtsquellen, wie das Grundgesetz und vor allem das das Regulierungsrecht stark prägende Europarecht, auf den Drittschutz sollen hier behandelt werden.

Diese beiden Grundpfeiler sollen schließlich zu einer Skizzierung des Drittschutzbedürfnisses des Wettbewerbers und auch der Endkunden in der Netzregulierung zusammengeführt werden.

Im zweiten Untersuchungsblock sollen die konkreten mit der Marktregulierung befassten Normen des TKG, EnWG und AEG untersucht werden. Die Reihenfolge dieser Gesetze ist dabei nicht zufällig. Das TKG gilt als das am weitesten entwickelte Regulierungsgesetz<sup>3</sup> und nimmt einen entsprechend großen Raum ein.

---

<sup>2</sup> Masing,, Abschnitt D, S. 147.

<sup>3</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 339; Schütz, § 9 TKG, Rn. 9.



Alle Prüfungen der Gesetze folgen einem gewissen Grundaufbau. Nachdem die tatsächlichen wirtschaftlichen und technischen Charakteristika der einzelnen Netzwirtschaften herausgearbeitet worden sind, wird der rechtliche Rahmen aus europa-, verfassungs- und einfachrechtlichen Vorgaben dargestellt. Die konkreten Normen der Marktregulierung lassen sich einteilen nach solchen der Anschluss-, Zugangs-, (Netzzugangs-)Entgeltregulierung und besonderen Missbrauchsaufsicht. Allerdings wird sich im Gang der Untersuchung an der Systematik der einzelnen Gesetze orientiert, so dass durchgängig nur die Zugangsregulierung auftauchen wird. Abschließend folgt zu jedem Regulierungsregime eine zusammenfassende Betrachtung des Entwicklungsstands des Wettbewerbs und des Drittschutzes.

Schließlich soll im letzten Abschnitt dieser Arbeit eine vergleichende Perspektive des regulierungsrechtlichen Drittschutzes geleistet werden. Da im mittleren Block die Untersuchungen der einzelnen Regulierungsgesetze mehr oder weniger parallel nebeneinander her verlaufen, gilt es hier die einzelnen Regulierungsregime gegenüberzustellen und Differenzen sowie Schnittmengen aufzuzeigen. Weil das Regulierungsrecht als relativ junges Rechtsgebiet in den letzten zehn Jahren viel Aufmerksamkeit in der verwaltungsrechtlichen Debatte erfahren hat, soll auch hier zu ausgewählten Fragestellungen Stellung genommen werden.

## **B. Ursachen eines Regulierungsbedürfnisses in den Netzwirtschaften**

### **I. Physisches Netz als Untersuchungsgegenstand**

#### **1. Netzbegriff**

Die Regulierung physischer Netze soll die Produktions- und Allokationsprozesse in den physisch existenten Übertragungssystemen durch hoheitliche Eingriffe beeinflussen.<sup>4</sup> Gerade in der juristischen Praxis erschließt sich der Begriffsinhalt der Regulierung regelmäßig aus dem jeweiligen Regulierungskontext; bei einer derart konkreten Begriffsverwendung treten Unklarheiten kaum auf.<sup>5</sup>

Allerdings ist in den vergangenen Jahren die Bedeutung des Netzbegriffes für die rechtswissenschaftliche Forschung gewachsen. Zunehmend übergreifende Erörterungen setzen sich mit Netzwirtschaften allgemein, losgelöst vom konkreten Regelungsgegenstand, auseinander.<sup>6</sup>

Dieser gewachsenen Bedeutung ist auch in der vorliegenden Untersuchung dadurch Rechnung zu tragen, dass bei dem vorzunehmenden Vergleich der unterschiedlichen Regulierungen physischer Netze auch eine allgemeingültige Beschreibung des Netzbegriffes geleistet werden muss.<sup>7</sup>

#### **a) *Netzwerkbegriff und Fluss in der Graphentheorie***

Die Graphentheorie sucht mit ihren Ansätzen von Netzwerktheorie und Fluss die Eigenschaften von Netzen und der in diesen auftretenden Vorgängen mathematisch zu fassen.<sup>8</sup>

Ein Netzwerk in seiner einfachsten Form besteht dabei aus einem Graph, Kante genannt, der mit seiner „Kantenkapazität“<sup>9</sup> zwei Punkte, die Quelle mit der Senke,

---

<sup>4</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 46.

<sup>5</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 41.

<sup>6</sup> Anstatt vieler: Masing, in: Lüdemann, S. 155.

<sup>7</sup> Vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 41.

<sup>8</sup> Vgl. Korte/Vygen, Kombinatorische Optimierung, S. 183ff.

<sup>9</sup> Kantenkapazität ist eine Funktion, die der Kante eine nichtnegative, reellwertige Kapazität zuweist.

verbindet.<sup>10</sup> Geht dieses Netzwerk über einfache Gitter oder zufällige Kantenanordnungen hinaus, spricht man von nichttrivialen komplexen Netzwerken.<sup>11</sup>

Unter dem Begriff des komplexen Netzwerks werden auch die Telekommunikations-, Energie- und Transportnetze wie das Eisenbahnschienennetz verstanden.<sup>12</sup> So besteht etwa das Telekommunikationsnetz nach Stürmer und Haas aus<sup>13</sup>

- Endeinrichtungen<sup>14</sup> i.S.d. oben beschriebenen Quellen / Senken bzw. als Abschlusseinrichtungen eines Telekommunikationsnetzes
- Netzzugangsschnittstellen, an die Endeinrichtungen angeschlossen sind,
- sowie Verbindungen von Netzzugangsschnittstellen und weiteren Netzknoten, die mit den Graphen / Kanten gleichgesetzt werden können.

Fluss i.S.d. Graphentheorie ist dabei eine Funktion, die den Kanten im Netzwerk einen nichtnegativen reellen Flusswert zuordnet; es lässt sich damit untersuchen, wie viele Einheiten von der Quelle zur Senke durch das Netzwerk befördert werden können.<sup>15</sup> Auch in dem beispielhaften Telekommunikationsnetzwerk lassen sich Vorgänge als Fluss charakterisieren: Die von der Quellen-Endeinrichtung gesendete Information gelangt über die „Kanten“ des Netzwerkes an eine Senke-Endeinrichtung.<sup>16</sup>

#### *b) Wirtschaftswissenschaftliche Fassung des Netzbegriffes*

Diese mathematische Fassung des Netzbegriffes bietet nicht nur naturwissenschaftlichen und technischen Disziplinen eine theoretische Grundlage für weitergehende Untersuchungen von Netzwerken. Auch Wirtschaftswissenschaftler greifen zur Er-

---

<sup>10</sup> Korte/Vygen, Kombinatorische Optimierung, S. 183.

<sup>11</sup> Das bekannteste Beispiel eines komplexen Netzwerks ist das „Königsberger Brückenproblem“, bei dem sieben Brücken vier Ufer verbinden. Jede Brücke soll bei einem Rundweg genau einmal überquert werden, bevor man wieder zu seinem Ausgangspunkt zurückgelangt, vgl. Bondy/Murty, Graph theory, S. 86f.

<sup>12</sup> Bondy/Murty, Graph theory, S. 3; Knieps, Netzökonomie, S. 1.

<sup>13</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 29; Stürmer, Netzzugang und Eigentumsrechte in der Telekommunikation, S. 30.

<sup>14</sup> Aufschlussreich ist insofern auch die Lektüre des § 3 Nr. 20-24, insbesondere Nr. 21 TKG von 1996.

<sup>15</sup> Korte/Vygen, Kombinatorische Optimierung, S. 183. Hierbei wird der maximal mögliche Fluss durch die Kantenkapazität und die sog. Flusserhaltung, also dass aus jedem Netzknoten so viel Kapazität herausfließt wie hineinfließt, begrenzt.

<sup>16</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 29.

klärung von ihnen untersuchter Phänomene auf den graphentheoretischen Netzbe-  
griff zurück.<sup>17</sup>

Dabei werden in den Wirtschaftswissenschaften solche Einrichtungen als Netze ver-  
standen, die ähnliche wirtschaftliche Spezifika aufweisen,<sup>18</sup> vor allem Skalen-, Ver-  
bund- und Dichtevorteile, Netzwerkeffekte und sog. versunkene Kosten.<sup>19</sup>

Von Weizsäcker definiert Netze dabei als „raumübergreifende, komplex verzweigte  
Transport- und Logistiksysteme für Güter, Personen und Information“.<sup>20</sup> Diese Defi-  
nition, so Kühling, berücksichtigt als zentralen Aspekt des Netzbegriffes „den syner-  
getischen, nutzenschaffenden Zusammenhang zwischen den Einzelelementen“ durch  
die Formulierung „komplex verzweigt“.<sup>21</sup>

Gerade dieses Ineinandergreifen wird im wirtschaftswissenschaftlichen Kontext oft  
als ein wesentlicher Aspekt eines Netzes angesehen.<sup>22</sup> Die Komplementarität der  
einzelnen Elemente bewirkt, dass das Netz als Ganzes mehr ist als die Summe seiner  
Teile. Diese Komplementärbeziehungen können dabei auf der funktionalen Ergän-  
zung oder der funktionalen Austauschbarkeit der einzelnen Elemente beruhen.<sup>23</sup>

Da kein rechtswissenschaftlicher Begriff des „Netzes“ existiert,<sup>24</sup> soll im Folgenden  
dessen mathematischem bzw. wirtschaftswissenschaftlichem Verständnis gefolgt  
werden. Dies bietet sich gerade auch deswegen an, weil die Untersuchung von physi-  
schen Netzen stets mit wirtschaftswissenschaftlichen Problemen konfrontiert ist.

## 2. Charakteristika von Netzen

### a) Funktionen von Netzen

Hinsichtlich der Beschreibung von Netzen lassen sich eine Reihe wichtiger funkti-  
onaler Beschreibungen vornehmen; vor allem durch Unterscheidungen.

---

<sup>17</sup> So z.B. Knieps, Netzökonomie, S. 1.

<sup>18</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 41f.

<sup>19</sup> Ausführlicher zu diesen Merkmalen der Netzwirtschaften Abschnitt B.IV.1.

<sup>20</sup> Weizsäcker, in: Frey, S. 1, S. 13; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 42.

<sup>21</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 42.

<sup>22</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 106.

<sup>23</sup> Ebenda.

<sup>24</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 104.

Versteht man mit dem graphentheoretischen und ingenieurwissenschaftlichen Ansatz unter Netzen die Menge von Quellen, Senken, Netzknoten und Kanten, innerhalb deren ein Fluss i.S.v. Übertragung stattfindet, so lässt sich zwischen Verteil- und interaktiven Netzen unterscheiden.<sup>25</sup> Verteilnetze dienen der Belieferung von Abnehmern bestimmter Güter, wie etwa Gas, Wasser, elektrische Energie etc.<sup>26</sup> Sie sind oftmals baumförmig angelegt, d.h. von einem Zulieferer“stamm“ gehen viele Abnehmer“zweige“ ab.<sup>27</sup> Bei interaktiven Netzen geht es um den Austausch von Waren oder Informationen. Typischerweise sind Transport- und Kommunikationsnetze interaktiv.<sup>28</sup> Sie sind häufig sternförmig, ringförmig oder vermascht.<sup>29</sup>

Anknüpfend an das wirtschaftswissenschaftliche Kriterium der funktionalen Komplementarität unterscheidet Scheuffele horizontale und vertikale Netze.<sup>30</sup> Vertikale Netze sind solche Strukturen, die als aufeinander abgestimmte Komponenten funktional und zusammengesetzt ein einheitliches Netzwerk bilden.<sup>31</sup> Demgegenüber stellen horizontale Netzstrukturen Beziehungen unterschiedlicher Elemente einer funktionellen Ebene, so dass eine Austauschbarkeit der Endpunkte gegeben ist.<sup>32</sup>

Netze können auch nach „raumrelevant“ und „raumneutral“ unterschieden werden.<sup>33</sup> Maßstab sind dabei die verschiedenen Eingriffe in grundrechtliche Positionen, insbesondere hinsichtlich der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 und 3 GG.<sup>34</sup> So gehen raumrelevante Netze in ihrem Aufbau oftmals mit eingriffsintensiveren Enteignungen einher, in ihrem Betrieb sind auch oft Fragen des Gesundheitsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG von Bedeutung.<sup>35</sup> Eng im Zusammenhang mit der Raumrelevanz steht, dass sich Netze geografisch differenzieren lassen. Insbesondere für die Abgrenzung von zu regulierenden Märkten kann dies von Belang sein.<sup>36</sup>

---

<sup>25</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 1.

<sup>26</sup> Ebenda.

<sup>27</sup> Vgl. Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 23.

<sup>28</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 1.

<sup>29</sup> Ebenda.

<sup>30</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 106ff.

<sup>31</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 107.

<sup>32</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 108; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 54.

<sup>33</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 54.

<sup>34</sup> Netze können auch zueinander in hierarchischer Abstufung stehen. So sind sog. Netze erster Ordnung oder Primärnetze insoweit autark, als sie in ihrem Bestand und Betrieb von keinem anderen Netz abhängen. Demgegenüber stellen Sekundärnetze solche dar, die von einem Primärnetz abhängig sind; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 54.

<sup>35</sup> Ebenda.

<sup>36</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 56.

### b) Begriffseingrenzung „Physisches Netz“

Katz und Shapiro unterscheiden horizontale Netze nach „physisch“ und „virtuell“.<sup>37</sup> Ein physisches Netz ist raumrelevant, wenn diesem „eine bestimmte, nutzenstiftende räumliche Anordnung der zusammengehörenden Elemente“<sup>38</sup> zugrunde liegt.

Indem verschiedene Elemente trotz Funktionsgleichheit für sich genommen eben noch kein Netz bilden, sondern diese sich zu einem „Mehr“ zusammenfügen müssen, vereinigen materielle Netze notwendig horizontale und vertikale Elemente.<sup>39</sup> Darüber hinaus sind auch ein gemeinsamer Standard und eine physische Zugangsgewährung erforderlich.<sup>40</sup>

### c) Netzebenen

Egal wie sich die einzelnen Netzsektoren konkret funktional zusammensetzen, allen ist gemeinsam, dass die Leistung, die gegenüber dem Endkunden erbracht wird, entlang einer Wertschöpfungskette aufeinander aufbauender Ebenen erbracht wird.<sup>41</sup> Eine solche Unterscheidung ist auch für den weiteren Gang der Untersuchung von zentraler Bedeutung.

Eine Unterscheidung der verschiedenen Netzebenen ermöglicht erst eine Analyse, ob und in welchem Umfang Wettbewerb auf den einzelnen Ebenen überhaupt wünschenswert und sinnvoll ist.<sup>42</sup> Denn nur bei einer solchen Unterscheidung kann die daran anknüpfende Regulierung sachgerecht erfasst werden.<sup>43</sup>

Physische Netze lassen sich grob in vier Ebenen unterscheiden:<sup>44</sup>

- 1) Netzdienstleistungen
- 2) Infrastrukturmanagement bzw. Netzbetrieb
- 3) Netzinfrastuktur
- 4) Öffentliche Ressourcen, auf deren Basis die Netzinfrastuktur aufgebaut wird

---

<sup>37</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 109.

<sup>38</sup> Ebenda.

<sup>39</sup> Ebenda.

<sup>40</sup> Ders., S. 120.

<sup>41</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 3.

<sup>42</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 3; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 51.

<sup>43</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 50.

<sup>44</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 3; Knieps, Netzökonomie, S. 3.

Eine solche Aufspaltung in Ebenen führt auch zu einer „Marktsplattung“ innerhalb der Netzwirtschaft, welche aber unerlässlich ist, um den konkreten Regulierungsbedarf zu ermitteln.<sup>45</sup> Eine sorgfältige Differenzierung zwischen den verschiedenen Netzebenen erleichtert auch die Einordnung von (rechts-)tatsächlichen Konvergenzphänomenen.<sup>46</sup>

#### *aa) Netzinfrastuktur*

Als Netzinfrastuktur begreift man alle tatsächlich im Raum vorhandenen Einrichtungen, die überhaupt erst eine Erbringung der Leistung ermöglichen, wie etwa Verkehrsachsen oder Leitungen. Mit Blick auf die Regulierung des Zugangs zur Netzinfrastuktur findet eine weitere Aufschlüsselung anhand des Begriffs „Netzelement“ bzw. Netzkomponente“ statt.<sup>47</sup>

Ob ein eher infrastruktur- oder dienstleistungsorientierter Wettbewerb stattfinden soll, hängt ganz maßgeblich von der Entscheidung ab, ob die Entwicklung alternativer Infrastrukturen als sinnvoll erachtet wird.<sup>48</sup> Maßgeblich für die Entscheidung dieser Frage ist, ob es sich bei der Netzinfrastuktur um sog. „Flaschenhalse“<sup>49</sup> handelt und welches Gewicht Fragen der Ressourcenschonung und des Landschaftschutzes eingeräumt wird.<sup>50</sup>

Für einen Wettbewerb auf der Infrastrukturebene spricht jedoch, dass dadurch die Entwicklung alternativer Netze gefördert wird.<sup>51</sup>

#### *bb) Netzbetrieb*

Die Regulierung der zweiten Ebene i.S.d. Netztransportdienstes beinhaltet im Kern, dass der Nachfrager die Netzinfrastuktur nutzen kann.<sup>52</sup> Es findet ein Betreiberwettbewerb statt, bei dem um das Recht konkurriert wird, das Netz zu betreiben.<sup>53</sup>

---

<sup>45</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 50ff.

<sup>46</sup> Konvergenzen meint die Fähigkeit verschiedener Netzplattformen, vergleichbare Arten von Dienstleistungen zu erbringen. Unabhängig von den Konvergenzen sind sog. Interdependenzen wie z.B. die vertikale Integration von Netzinhaberschaft und -dienstleistung. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 52f.

<sup>47</sup> Gemeint ist damit, dass ein jeglicher entbündelungsfähiger Bestandteil des Netzes Zugangsobjekt eines Nutzungsanspruchs von Wettbewerber oder Endverbraucher sein kann; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 47.

<sup>48</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 47.

<sup>49</sup> Mehr zur Erörterung eines natürlichen Monopols unter Abschnitt B. IV.1.

<sup>50</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 47f.

<sup>51</sup> Dies senkt zwar die Abhängigkeit vom etablierten Netzbetreiber, ist allerdings sehr kostenintensiv und bei einem natürlichen Monopol ineffizient. Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 47.

Es ist dabei nicht immer klar, wie der Wettbewerb auf dieser Stufe konkret ausgestaltet werden soll. An sich kann nur periodisch geprüft werden, welcher Betreiber das Netz am kostengünstigsten betreibt, so dass es nur zu einem seriellen Wettbewerb kommt;<sup>54</sup> anstelle eines Infrastruktureinrichtungsmonopols wird ein temporäres Infrastrukturbetriebsmonopol gewährt, das regelmäßig in einem Vergabeverfahren zugelassen wird.<sup>55</sup>

### cc) Netzdienst

Auch wenn Netzdienstleistungen und -infrastruktur zueinander komplementär sind, die Dienste sogar als Sekundärnetze gefasst werden können, stellen sie doch voneinander unabhängige Netzebenen dar.<sup>56</sup> Die Erbringung von Netzdienstleistungen greift auf die beiden vorgelagerten Stufen zurück.<sup>57</sup>

Durch Wettbewerb auf der Dienstleistungsebene bleibt das Netz(-infrastruktur-)Monopol unangetastet. Dies setzt aber voraus, dass Dritten das Recht gewährt wird, über das Netz des Netzinhabers ihrerseits Dienstleistungen anbieten zu können;<sup>58</sup> mithin ist eine Regulierung des Netzinhabers notwendig.

Als physisches Netz i.S.d. Untersuchung sind daher solche Strukturen zu verstehen, die raumrelevant und in funktionaler Komplementarität die Leistungserbringung im Bereich Telekommunikation, Energie i.S.v. Gas und Elektrizität und von Transportleistungen auf Schienen bewirkt. Netzwirtschaften und -industrien meint in diesem Kontext jene Unternehmungen, die unabhängig von Rechtsform und Ausmaß des direkten staatlichen Einflusses bei der Entscheidungsfindung Netzleistungen entweder an den Endkunden oder auf einer der vorgelagerten Ebenen erbringen.

## **II. Wettbewerb als Leitbild**

Soll das Regulierungsbedürfnis in den Netzwirtschaften verstanden werden, so sind zunächst der Wettbewerb und dessen wirtschaftswissenschaftliche Analyse zu

---

<sup>52</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 47.

<sup>53</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 47.

<sup>54</sup> Ebenda.

<sup>55</sup> Ebenda.

<sup>56</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 2f.

<sup>57</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 49.

<sup>58</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 47.



skizzieren; insbesondere die wirtschaftstheoretische Modellierung des Wettbewerbs muss vergegenwärtigt werden.<sup>59</sup>

### 1. Wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen der Wettbewerbsanalyse

Will man die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Wettbewerbsanalyse verstehen, muss man sich zunächst einmal vergegenwärtigen, in welchem methodischen Kontext die Überlegungen der Ökonomie stehen.

Grob vereinfacht lassen sich zwei wirtschaftswissenschaftliche Herangehensweisen unterscheiden. Die normative Theorie durchleuchtet Zustände oder (politische) Maßnahmen und sucht mit ihren gewonnenen Ergebnissen Vorschläge zur Verbesserung der Situation der Individuen zu erarbeiten.<sup>60</sup> Demgegenüber will die positive Theorie die Realität modellmäßig erfassen, um hiermit einzelne Zusammenhänge zu beleuchten. Gerade das Fassen der Realität in Modelle erfordert deren Vereinfachung.<sup>61</sup>

Aufgrund der Vereinfachung und der Probleme der Überprüfung der jeweiligen Modelle durch die Empirie existieren hinsichtlich eines Themenkomplexes häufig verschiedene, mitunter sogar widersprüchliche Hypothesen nebeneinander.<sup>62</sup>

Ein zentraler Gegenstand aller wirtschaftstheoretischen Betrachtungen sind sog. Knappheitsprobleme.<sup>63</sup> In Netzinfrastrukturen treten diese regelmäßig als Kapazitätsengpässe und Stauprobleme auf.<sup>64</sup> Diese Knappheiten träten dann nicht auf, wenn die Netzinfrastruktur so dimensioniert wäre, dass in der Nachfrage dieser Netze perfekte Nichtrivalität gegeben wäre.<sup>65</sup> Eine Infrastruktur eines solchen Ausmaßes, also mit perfekter Nichtrivalität, wäre aber sozial ineffizient.<sup>66</sup> Somit ist von einem den Netzindustrien immanenten Knappheitsproblem auszugehen.

---

<sup>59</sup> So wohl auch Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 25.

<sup>60</sup> Leschke, Rn. 7.

<sup>61</sup> Konkret drückt sich das darin aus, dass gemäß der „Ceteris-paribus-Klausel“ alle Einflüsse bis auf die zu untersuchenden Faktoren konstant gesetzt werden; Leschke, Rn. 6.

<sup>62</sup> Leschke, Rn. 6. Wegen der Begrenztheit der Modellannahmen ist also methodologisch einige Vorsicht geboten, wenn man wirtschaftswissenschaftliche Überlegungen zur Grundlage darauf aufbauender rechtswissenschaftlicher Betrachtungen machen will.

<sup>63</sup> Leschke, Rn. 4.

<sup>64</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 4; vgl. negative Netzexternalitäten.

<sup>65</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 4f, 10.

<sup>66</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie. S. 4 sieht den optimalen Infrastruktumfang aus ökonomischer Sicht dann als gegeben an, wenn „die Grenzkosten einer zusätzlichen Investitionseinheit mit der Summe der Grenznutzen sämtlicher Nutzer dieser Infrastruktur übereinstimmen“. Das Ausmaß der Kostendeckung einer Infrastruktur hängt maßgeblich davon ab, ob

Eng mit der Frage der Knappheiten hängt die Frage der effizienten Güterverteilung zusammen, welche unter dem Begriff Allokation diskutiert wird.<sup>67</sup> Hinsichtlich einer effizienten Ressourcenallokation wurden einige Theorien entwickelt. Im Kern orientiert sich noch heute die Wirtschaftswissenschaft am sog. Pareto-Kriterium,<sup>68</sup> dem nur solche Maßnahmen entsprechen, bei denen zumindest ein Akteur besser gestellt wird, ohne dass damit eine Verschlechterung eines anderen Individuums einhergeht.<sup>69</sup> Diese theoretische Grundlage hat sich als praktisch unzulänglich erwiesen, so dass das Pareto-Kriterium einige Modifikationen erfahren hat,<sup>70</sup> die im Kern an eine Wohlfahrtssteigerung anknüpfen.<sup>71</sup>

Bei Betrachtung, welche Allokationsparameter auf die zu verteilenden Güter einwirken, zeigt sich, dass für die Netzwirtschaften die Rivalität hinsichtlich der Ausschlussmöglichkeit von Gebrauch durch Unbefugte maßgebend ist.<sup>72</sup>

Die Abstufung, die nach diesen Parametern vorgenommen werden kann bewegt sich zwischen sog. privaten und öffentlichen Gütern. Private Güter sind durch eine Konsumrivalität und zugleich die Möglichkeit gekennzeichnet, nicht erwünschte bzw. nichtzahlende Nutzer vom Gebrauch auszuschließen.<sup>73</sup>

Im Gegensatz dazu fehlt es den öffentlichen Gütern sowohl an der Konsumrivalität als auch an der Exklusionsmöglichkeit.<sup>74</sup> Da durch Private diese Güter nicht zur Verfügung gestellt werden (können), indem weder eine dem Angebot entsprechende Nachfrage besteht noch die entgeltfreie Nutzung unterbunden werden kann, kommt nur noch eine Bereitstellung dieser Kollektivgüter durch den Staat in Betracht.<sup>75</sup>

Wenn eine Konsumrivalität nicht regelmäßig, selten oder gar nicht auftritt (so z.B. bei Spitzenbelastungen /-zeiten), der Ausschluss nicht zahlender Nutzer aber prob-

---

beim Bau zunehmende Skalenerträge (vgl. Abschnitt B.IV.2.a)) vorliegen; Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 10.

<sup>67</sup> Leschke, Rn. 3f; Dazu betrachtet man die Beteiligten als rational agierende Akteure, denen Präferenzen und Restriktionen zugeordnet sind, die sie in ihrem Handeln bestimmen.

<sup>68</sup> Leschke, Rn. 8; Pareto-optimal oder -superior heißt dabei ein Zustand, der nicht durch weitere Eingriffe entsprechend dem genannten Kriterium verbessert werden kann.

<sup>69</sup> Leschke, Rn. 8.

<sup>70</sup> So etwas das Kaldor-Hicks-Kriterium als Kompensationskriterium oder das sog. Scitovski-Doppelkriterium, eingehend dazu Leschke, Rn. 9f.

<sup>71</sup> Sowohl Leschke, Rn. 10.

<sup>72</sup> Leschke, Rn. 43.

<sup>73</sup> Leschke, Rn. 44.

<sup>74</sup> Ebenda.

<sup>75</sup> Leschke, Rn. 49. Diese Leistungserbringung durch den Staat muss aber dem Subsidiaritätsprinzip, der fiskalischen Äquivalenz und dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz genügen; eingehendere Erörterungen bei Leschke, Rn. 49ff.

lemlos möglich ist, wird von sog. Clubgütern gesprochen.<sup>76</sup> In diesem Fall ist zwar eine Allokation über die Märkte möglich, jedoch unter der Gefahr, dass Marktmacht auf der Anbieterseite besteht.<sup>77</sup>

Quasikollektivgüter oder Allmendegüter sind dadurch gekennzeichnet, dass eine Rivalität i.S.e. wechselseitigen Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des Gutes stattfindet, es ist jedoch keine Exklusion i.S.v. den Knappheitsverhältnissen entsprechenden Entgelten möglich.<sup>78</sup>

Die wettbewerbsmäßige Güterverteilung gilt als die bestmögliche. Die oben dargestellten Arten von Gütern stellen in gewisser Weise Abweichungen von der idealtypischen da wettbewerbsmäßigen Güterallokation dar. Es geht daher auch in den Netzwirtschaften um die Frage, wie die darauf erbrachten Güter wettbewerbsmäßig verteilt werden. Die Leistungserbringung auf den Netzinfrastrukturen scheint dabei eine gewisse Nähe zu den Clubgütern zu haben. Die Spezifika der Netzwirtschaften stehen einer marktmäßigen Güterallokation entgegen und befördern damit eine Marktmachtkonzentration.<sup>79</sup> Leschke hält in solchen Fällen eine staatliche Wettbewerbsregulierung für vertretbar.<sup>80</sup>

Soll eine staatliche Regulierung eines nicht funktionierenden Wettbewerbs stattfinden, dann stellt sich die Frage, woran ein funktionierender Wettbewerb erkannt werden kann.

Die Wirtschaftswissenschaften bedienen sich modellhafter Beschreibungen, die in der regulierungsrechtlichen Debatte unter dem Oberbegriff „Wettbewerbsleitbilder“<sup>81</sup> zusammengefasst werden.

## 2. Wettbewerbsleitbilder

Wettbewerb ist eines, wohl sogar das zentrale Phänomen unserer Wirtschaftsordnung; er gilt als Regelfall der bereits beschriebenen Güterallokation, und ihm wird nachgesagt, dass er diese am besten bewirken könne. Damit wird der Wettbewerb zu

---

<sup>76</sup> Leschke, Rn. 46.

<sup>77</sup> Ebenda.

<sup>78</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 104; Leschke, Rn. 47.

<sup>79</sup> Vgl. Abschnitt B.III.

<sup>80</sup> Leschke, Rn. 46.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 26.

einem zentralen Untersuchungsgegenstand der Wirtschaftswissenschaften und damit auch der Rechtsmaterien, die versuchen, Wettbewerb – wie auch immer – rechtlich zu handhaben.<sup>82</sup>

Beim Wettbewerb handelt es sich dabei um ein dynamisches und komplexes Phänomen. Eine umfassende Beschreibung der Mechanismen und der Wirkungen des Wettbewerbs erscheint daher von vornherein als aussichtslos. Es bleibt den Wirtschaftswissenschaften und den anderen am Wettbewerb interessierten Disziplinen nichts anderes übrig, als sich dem Wettbewerb in Denkmodellen zu nähern,<sup>83</sup> die oftmals axiomatische Festlegungen beinhalten.

Es hat sich in der regulierungsrechtlichen Debatte eingebürgert, die Modellannahmen als „Wettbewerbsleitbilder“ zu bezeichnen.<sup>84</sup> Diese Wettbewerbsleitbilder „plausibilisieren“<sup>85</sup> die Funktionsweise des Wettbewerbs und machen damit den Wettbewerb hinsichtlich einzelner Aspekte untersuchbar.

Im Folgenden soll die Entwicklung der Wettbewerbsleitbilder erfolgen – dies zum einen, um eine Ahnung von den Konturen dieser Modellierungen des Wettbewerbs zu bekommen, und zum anderen, um eine gedankliche Grundlage für eine kritische Auseinandersetzung zu schaffen.<sup>86</sup>

#### a) Klassischer Liberalismus

Adam Smith erkannte den Wettbewerb der Marktakteure als den entscheidenden Koordinationsmechanismus und schuf damit einen Gegenentwurf zum merkantilistischen Wirtschaftsmodell des europäischen Absolutismus.<sup>87</sup> Statt des Fürsten und dessen Beamtenapparat als zentrale Steuerungs- und Planungsinstanz sollte die Handlungs- und Wahlfreiheit privater Unternehmen und Haushalte über Produktion und Konsum entscheiden.<sup>88</sup>

Trotz der Forderung Smiths nach Öffnung der Märkte ordnete er dem Staat neben der Gewährleistung der inneren und äußeren Sicherheit auch die Aufgabe zu, die

---

<sup>82</sup> Zu den Problemen der juristischen Anwendung des Wettbewerbsbegriffs siehe Abschnitt D.I.4.

<sup>83</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 7.

<sup>84</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 7.

<sup>85</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 7.

<sup>86</sup> Vgl. Abschnitt D.I.4. und H.II.1.

<sup>87</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 67.

<sup>88</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 67.

Funktions- und Entwicklungsfähigkeit einer Volkswirtschaft durch die Bereitstellung einer Infrastruktur sicherzustellen, was in neuerer Zeit bestritten wird.<sup>89</sup>

*b) Vollkommene Konkurrenz und allgemeines Gleichgewicht*

In der sog. neoklassischen Theorie der Ökonomik kommt es im Modell des vollkommenen Marktes durch dessen Preissetzungsmechanismen zu einem Marktgleichgewicht, das eine effiziente Allokation i.S.v. pareto-optimal der Ressourcen bewirkt.<sup>90</sup> Dieses Modell der vollständigen Konkurrenz geht von der Annahme aus, dass eine atomistische Marktstruktur i.S.e. nahezu unendlichen Anzahl von Angebots- und Nachfrageakteuren besteht, die für sich nur über einen jeweils geringen Marktanteil verfügen und sich gegenseitig in ihrer Marktmacht begrenzen.<sup>91</sup> Mittels dieser allgemeinen Gleichgewichtstheorie wollte man die exakten Voraussetzungen eines vollkommenen, mithin höchstmöglichen Wohlstand generierenden Wettbewerbs herleiten.<sup>92</sup>

Die allgemeine Gleichgewichtstheorie wird heute als realitätsfern und statisch betrachtet, dennoch sehen einige den Wert dieser Theorie bis heute darin, dass sie die „disziplinierende Wirkung des Wettbewerbs einer großen Anzahl aktiver Marktteilnehmer formalisiert“<sup>93</sup> hat.

*c) Theorie(n) der bestreitbaren / angreifbaren Märkte*

Ein erfolgreicher Marktzutritt eines potenziellen Konkurrenten hängt maßgeblich von dem Verhalten des etablierten Monopolisten ab; je langsamer der Etablierte reagiert, z.B. Preissenkungen oder Angebotsausweitungen vornimmt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Kosten des Markteintritts amortisieren.<sup>94</sup>

Dennoch ist der potenzielle Wettbewerber, der den Monopolisten diszipliniert, der Ausgangspunkt des Konzepts der angreifbaren Märkte.<sup>95</sup> Die Voraussetzungen eines bestreitbaren Marktes lassen sich dabei wie folgt zusammenfassen:<sup>96</sup>

---

<sup>89</sup> M.w.N. Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 67.

<sup>90</sup> Leschke, Rn. 23.

<sup>91</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182.

<sup>92</sup> Die allgemeine Gleichgewichtstheorie geht dabei davon aus, dass sich Angebot und Nachfrage nahezu im Gleichgewicht befinden. Die Marktanbieter sind insofern bloße Mengenanpasser; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 68; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 196.

<sup>93</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 68.

<sup>94</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 208.

<sup>95</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 28f.

- Möglichst späte Reaktion des Etablierten auf den Marktzutritt des Neulings.
- Möglichst freier Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie zur bestmöglichen Technologie.<sup>97</sup>
- Beim Marktaustritt ein möglichst hoher Grad an wieder realisierbaren Investitionen.<sup>98</sup>

Liegen diese Voraussetzungen vor („perfectly contestable“), ist schon dann mit einem Marktzutritt von potenziellen Wettbewerbern zu rechnen, wenn der Preis des etablierten auch nur geringfügig über den Kosten liegt.<sup>99</sup>

Kritik erfährt die Theorie der bestreitbaren Märkte vor allem dadurch, dass durch das Auftreten zusätzlicher Anbieter gesamtwirtschaftlich unnötige Überkapazitäten infolge von Netzduplizierung entstehen und dies die Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs birgt.<sup>100</sup> Dennoch tragen zwei moderne „Wettbewerbsschulen“ die Theorie der bestreitbaren Märkte.

#### aa) Harvard-Schule

Die Harvard-Schule<sup>101</sup> hat das Konzept der „workable competition“ entwickelt, wonach Wettbewerb als ein dynamischer Prozess aufgefasst wird.<sup>102</sup> Wesentlicher Inhalt dieses Konzeptes ist, dass auf Märkten mit hohen Konzentrationen von Marktmacht und hohen Zutrittsschranken, also (nahezu) monopolistischer Situation auch höhere Renditen erzielt werden.<sup>103</sup> Solche Monopole sind, sofern nicht auf dauerhaft institutionalisierten Marktbarrieren beruhend, vertretbar, denn die Hoffnung auf die höhere Monopolrendite trägt zu Effizienz und Innovation bei.<sup>104</sup>

---

<sup>96</sup> Nach Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 209.

<sup>97</sup> Dies meint nicht, dass der Marktzutritt kostenneutral oder leicht vonstattengehen muss, sondern nur, dass der Neuling gegenüber dem etablierten Anbieter keinen Kostennachteilen unterliegt; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 29.

<sup>98</sup> Im Vorliegen von Irreversibilität der Kosten liegen mithin die Voraussetzungen des bestreitbaren Marktes nicht vor.

<sup>99</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 209.

<sup>100</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 213.

<sup>101</sup> Vgl. auch Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

<sup>102</sup> Die Dynamik drückt sich in einem ständigen Wechsel von Vorstoß- und Verfolgungsphasen aus; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

<sup>103</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 74; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

<sup>104</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

Andere Unternehmen werden durch die hohe Rendite animiert, ihrerseits den Markt zu betreten, mithin das Monopol zu bestreiten.<sup>105</sup> Die Existenz dieser potenziellen Wettbewerber rechtfertigt das Bestehen solcher „angreifbaren Monopole“.<sup>106</sup>

*bb) Chicago-Schule*

Die Chicago-Schule<sup>107</sup> ist gegenüber der Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Machtstellung akzeptiert werden kann, weitestgehend indifferent.<sup>108</sup> Charakteristisch für dieses wettbewerbstheoretische Bild ist ein großes Vertrauen in die Selbstheilungskräfte des Marktes, welche sich nur auf lange Sicht entfalten können.<sup>109</sup>

Knieps fasst daher die Grundposition der Chicago-Schule wie folgt zusammen:<sup>110</sup>

- Die Vorgänge im Wettbewerb sollen den Anbietern und den Nachfragern sowie deren wettbewerblichen Kalkülen überlassen werden.
- Auf lange Sicht bilden die Eigenschaften von weitgehend unregulierten Märkten am ehesten diesen zugrunde liegende Effizienzen ab.
- Nur staatliches Eingreifen stabilisiert Monopole auch über längere Zeit hinweg.

Die Regulierung der Netzwirtschaften dient der Etablierung und Simulation von Wettbewerb.<sup>111</sup> Wenn also Regulierung diesen Aufgaben nachkommt, so ist sie an der „Plausibilisierung“ des Marktgeschehens durch die Wettbewerbsleitbilder, allen voran den Theorien der bestreitbaren Märkte,<sup>112</sup> zumindest in der tatsächlichen Dimension zu orientieren.<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> Hier setzt die Theorie der bestreitbaren Märkte ein. Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

<sup>106</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 37.

<sup>107</sup> Vgl. auch Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 39.

<sup>108</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 73; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 39.

<sup>109</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 39f.

<sup>110</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 74.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu Abschnitt. B.IV.

<sup>112</sup> Es wird noch zu zeigen sein, dass bei allen Versuchen, die einzelnen Theorien gegeneinander abzugrenzen, für die rechtspraktische Anwendung viele wesentliche Übereinstimmungen bestehen.

<sup>113</sup> Zur Frage des Wettbewerbs als Regelungsstruktur i.S.d. Governanceansatzes siehe Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 25ff.; Schuppert, Die Verwaltung 2007, S. 463 (483f.); Trute, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 950 (951f.); Trute/Denkhaus/Kühlers, Die Verwaltung 2004, S. 451 (457ff.); Trute/Kühlers/Pilniok, (245ff.).

### **III. Marktversagen in den Netzwirtschaften**

Die Grenzen der modellhaften Näherungsversuche, wie Wettbewerb idealtypisch zu funktionieren habe, lassen sich in der ökonomischen Realität Betrachtung schnell aufzeigen. Es kann dabei zu einem regelrechten Marktversagen kommen. Dies ist dann der Fall, wenn Marktbedingungen einer effizienten Allokation der Ressourcen und Güter entgegenstehen.<sup>114</sup>

Ein praktisch anschauliches Beispiel für Marktversagen ist die Ausbildung eines Monopols, in dem ein Anbieter das gesamte Angebot kontrolliert und daher den Preis durch die Menge steuern kann.<sup>115</sup> Eine besondere Form des Monopols ist das „natürliche Monopol“; ein solches ist in den drei hier untersuchten Netzwirtschaften – Telekommunikation, Energie und Eisenbahn – gegeben.

Im Folgenden sollen dieses natürliche Monopol sowie weitere, das Monopol mit begründende und verstärkende Elemente der Netzwirtschaften beleuchtet werden.

#### **1. Marktversagen infolge eines natürlichen Monopols**

Aber auch das Vorliegen von Unteilbarkeiten kann als Marktversagen gewertet werden, indem sie eine Abweichung von der Annahme des „atomistischen Wettbewerbs“ bedeuten, in dem die Güter bzw. Produktionsfaktoren beliebig teilbar sind.<sup>116</sup> Bei Vorliegen solcher Unteilbarkeiten, auch natürliches Monopol<sup>117</sup> genannt, maximiert der Monopolist seinen Gewinn bei der Angebotsmenge, bei der seine Grenzkosten gleich dem Grenzerlös sind.<sup>118</sup>

##### **a) Subadditivität natürlicher Monopole**

Natürliche Monopole weisen insofern eine sehr spezifische Marktstruktur auf, als es einem einzigen Anbieter möglich ist, am Markt kostengünstiger als mehrere Unternehmer zu produzieren.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Leschke, Rn. 24.

<sup>115</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 196. Bekannt ist auch die Situation eines Nachfragemonopols, welche aber für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung keine Rolle spielt und deswegen nicht weiter verfolgt wird.

<sup>116</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182.

<sup>117</sup> Auch bottleneck, Flaschenhals, essential facility, Unteilbarkeit, wesentliche Einrichtung genannt.

<sup>118</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 197.

<sup>119</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182f., wobei hier angenommen wird, dass es sich bei einem natürlichem Monopol um einen Extremfall handelt und Oligopole weitaus häufiger sind; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 37; Höffler,



Sinkende Durchschnittskosten aufgrund von Bündelungsvorteilen beim Aufbau und Betrieb von Netzen könnten eine Ursache für die Entstehung von natürlichen Monopolen sein.<sup>120</sup> Durch dieses Phänomen wird ein Anbieter in die Lage versetzt, seine Leistung günstiger als die Wettbewerber anzubieten.<sup>121</sup> Eine solche Marktstruktur birgt jenseits des Marktversagens infolge eines Monopols noch ein anderes Problem in sich. Wettbewerb wird aufgrund der spezifischen Situation eines natürlichen Monopols dauerhaft verhindert. Zugleich ist aber eine Durchbrechung wegen der notwendigerweise über den Preisen des Monopolisten liegenden Kosten nicht effizient.<sup>122</sup> Formal-mathematisch wird diese Eigenschaft eines natürlichen Monopols als Subadditivität bezeichnet.<sup>123</sup>

---

in: Lüdemann, S. 3, S. 15; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31f.; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 21, 79; Leschke, Rn. 54.

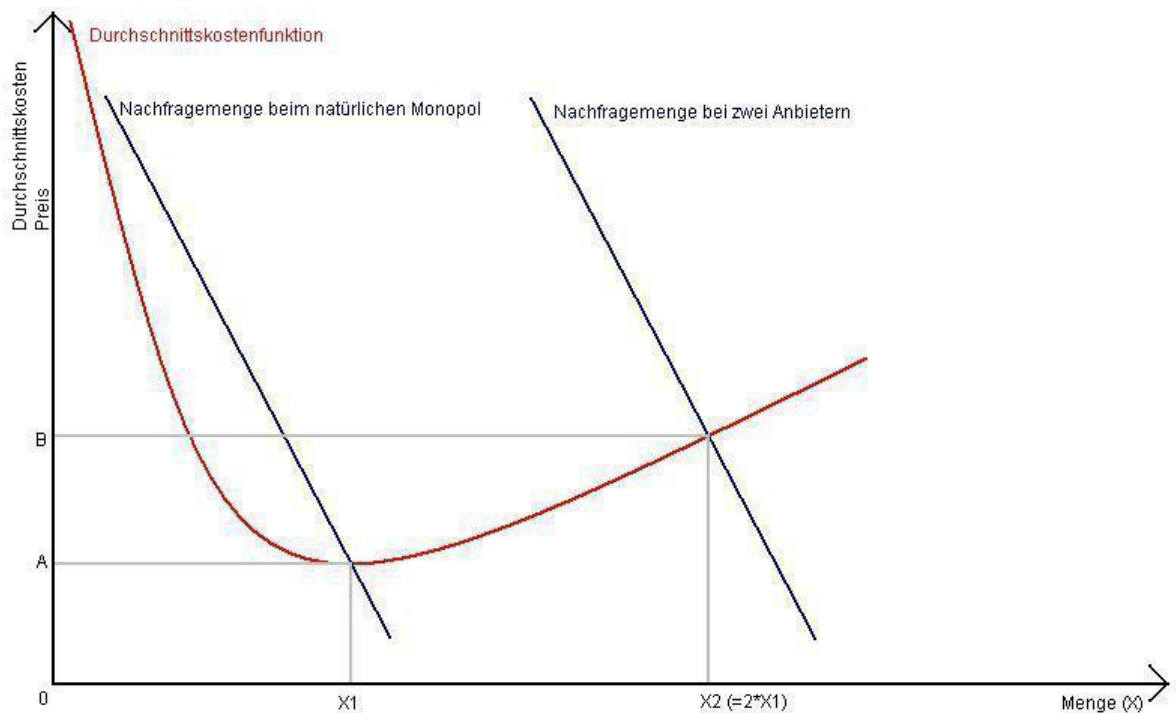
<sup>120</sup> Ausführlicher dazu Abschnitt B.IV.3. Knieps stimmt für den Einproduktfall zu, Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 21.

<sup>121</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 22f.; König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 71; Leschke, Rn. 55.

<sup>122</sup> König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 71.

<sup>123</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 187; Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 15; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 23; Leschke, Rn. 54. Kostenfunktionen sind oftmals durch das Phänomen geprägt, dass die Durchschnittskosten abhängig von der Menge einem Minimum entgegenstreben, jenseits dieser Menge aber wieder ansteigen.

Abbildung 1 (nach Fritsch /Wein / Ewers, Marktversagen, S. 187)



Häufig sind Kostenfunktionen, abhängig von der Menge, dadurch geprägt, dass die Durchschnittskosten einem Minimum (sog. mindestoptimale Größe bzw. Produktionsmenge) entgegenstreben, bei weiterem Anstieg der Menge diese Kosten ebenfalls wieder ansteigen. Will der Anbieter dauerhaft auf dem Markt wettbewerbsfähig sein, dann muss er diese mindestoptimale Menge ( $x_1$ ) erreichen. Gelingt dies nicht, so läuft er stets Gefahr, von einem Konkurrenten, der seinerseits im Durchschnittskostenminimum ( $0-A$ ) produziert, unterboten zu werden.<sup>124</sup>

#### b) Konsequenzen der Subadditivität für den Wettbewerb

Ist ein Monopolist durch solche marktinhärenten Zutrittsschranken vor Konkurrenz geschützt, besteht die Gefahr, dass die Nachfrager durch überhöhte Preise ausgebeutet werden und die Angebotsmenge zur Steuerung des Preises so gering gehalten wird, dass eine Einbuße sozialer Wohlfahrt droht.<sup>125</sup> Aber auch gerade die dynamische Perspektive kann unter solchen natürlichen Monopolen leiden; der Anbieter

<sup>124</sup> Nach Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 187. Dies setzt voraus, dass die Nachfragemenge so gering ist, dass nur ein Anbieter dauerhaft seine Kosten mit dem Erlös überhaupt decken kann.

<sup>125</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 195f., 206; Leschke, Rn. 55f.

hat kaum bis gar keine Anreize, in technische Innovation und deren marktmäßige Umsetzung zu investieren.<sup>126</sup>

Im Rahmen der Preissetzungspolitik besteht noch die Möglichkeit, dass der Monopolist durch Preisdifferenzierungen die Konsumentenrente abzuschöpfen sucht.<sup>127</sup> Eine Preisdifferenzierung ist dann gegeben, wenn für gleiche Leistungen verschiedene Entgelte gefordert werden und diese nicht durch verschiedene Kosten oder anderweitig zu rechtfertigen sind.<sup>128</sup> Ziel dabei ist es, die Zahlungsbereitschaft der Nachfrager individuell durch entsprechende Preise auszuschöpfen.<sup>129</sup>

Aber auch ob der Möglichkeit, einem alternativen Anbieter den Marktzutritt zu gewähren, bestehen Gefahren.<sup>130</sup> Die relativ hohen Monopolgewinne können eingesetzt werden, um auf Märkten, die nicht durch das natürliche Monopol geschützt sind, die dortigen Wettbewerber z.B. mittels Kampfpreisstrategien zu verdrängen oder den Zugang zur essential facility nur in diskriminierender Weise zu gewähren und so vertikal integrierte Unternehmen zu bevorzugen.<sup>131</sup>

## 2. Wettbewerbsrelevante Merkmale der Netzwirtschaften

Gerade die Netzwirtschaften sind durch natürliche Monopole geprägt. Daher ist die Gefahr eines damit einhergehenden Marktversagens in diesen Sektoren besonders hoch. Jedoch ist auch zu fragen, weswegen gerade die Netzwirtschaften derart exemplarisch für natürliche Monopole sind, also welche besonderen Merkmale sie kennzeichnen.

---

<sup>126</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 183, 203.

<sup>127</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 199; Leschke, Rn. 56.

<sup>128</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 199; Leschke, Rn. 56.

<sup>129</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 199. Dabei werden drei Arten von Preisdifferenzierungen unterschieden:

- Preisdifferenzierungen ersten Grades wollen die Abschöpfung der individuellen Konsumentenrente.
- Jene zweiten Grades machen den Preis pro Einheit davon abhängig, wie viel Menge der Nachfrager in der betreffenden Periode abnimmt.
- Bei Preisdifferenzierungen dritten Grades müssen die Nachfragegruppen in ihrer Preiselastizität unterschieden werden; eine Maximierung des Gewinnes wird durch Cournot-Preise erreicht, vgl. Fn. 115.

<sup>130</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 227.

<sup>131</sup> Ebenda.

### a) Größenvorteile

Unter Größenvorteilen<sup>132</sup> versteht man das Phänomen, dass mit einer proportionalen Erhöhung aller Inputfaktoren<sup>133</sup> eine überproportionale Erhöhung aller Outputkomponenten einhergeht.<sup>134</sup>

Größenvorteile können dabei verschiedene Ursachen haben. So kann es zu einer sog. Fixkostendegression kommen. Aufbau und Unterhaltung eines Netzes sind mit hohen Fixkosten verbunden.<sup>135</sup> Es bedarf also einer Mindesteinsatzmenge der Produktionsfaktoren, so dass bei einer höheren Auslastung des Netzes die Kosten für das Netz auf eine größere Menge an Netzgütern bzw. Netzeinheiten verteilt werden können.<sup>136</sup> Die Durchschnittskosten für die Bereitstellung pro Einheit sinken.<sup>137</sup> Als Spezialfall wird der sog. Losgrößenvorteil betrachtet. Wird die Produktion unter erheblichem Aufwand umgestellt, so ist es günstiger, pro Los möglichst viele Gutseinheiten zu produzieren.<sup>138</sup>

Der Lernkurveneffekt beschreibt, dass das Know-how zur Fertigung eines Gutes wesentlich von der bereits produzierten Menge abhängt, so dass über die Gesamtmenge die Stückkosten fallen, je mehr Einheiten produziert werden.<sup>139</sup>

Schließlich tragen auch Bündelungsvorteile, wie die 2/3-Regel, Distanzkostendegression, Nachbarschaftseffekte und stochastische Durchmischungseffekte, zur Begründung von Größenvorteilen bei.<sup>140</sup>

### b) Verbundvorteile

Neben Größenvorteilen können auch Verbundvorteile<sup>141</sup> dazu führen, dass ein Netzinfrastukturanbieter am Markt seine Leistung günstiger anbieten kann als meh-

---

<sup>132</sup> Zunehmende Skalenerträge, auch economies of scales genannt.

<sup>133</sup> Sog. Niveauvariation, Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 188.

<sup>134</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 188; Knieps, Netzökonomie, S. 5; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 24.

<sup>135</sup> Leschke, Rn. 99f.; Fixkosten ggü. Versunkenen Kosten abgrenzen.

<sup>136</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 183f.; Leschke, Rn. 9.

<sup>137</sup> Vgl. Fn. 124.

<sup>138</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 184.

<sup>139</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 184.

<sup>140</sup> Vgl. Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 35.

<sup>141</sup> Kostenkomplementarität, economies of scope.

rere andere Anbieter,<sup>142</sup> und stellen damit einen Spezialfall der Kostensubadditivität dar.<sup>143</sup>

Bei Verbundvorteilen ist es günstiger, wenn ein Unternehmen alle Produkte aus einer Hand herstellt anstatt, dass mehrere Unternehmen sich auf einzelne Produkte spezialisieren.<sup>144</sup> Diese Kostenvorteile sind i.d.R. durch Synergien in der gemeinsamen Produktion oder einer gemeinsamen Verteilung von Produkten bedingt.<sup>145</sup> Darüber hinaus können Kostenkomplementaritäten noch andere Ursachen haben, wie etwa, dass bei der Produktion eines Gutes auch zwangsläufig andere mit entstehen.<sup>146</sup> Ebenso können nicht voll ausgelastete Kapazitäten, die für unterschiedliche Güter herangezogen werden, oder auch die Verteilung von Risiken bei der Markteinführung auf mehrere Produkte Verbundvorteile begünstigen.<sup>147</sup>

### c) *Bündelungsvorteile*

Dichtevorteile<sup>148</sup> sind vor allem für den Aufbau interaktiver Netze von Belang. Je dichter die Nutzer des Netzes beisammen wohnen, umso niedriger werden die Durchschnittskosten pro Anschluss ausfallen.<sup>149</sup>

Bündelungsvorteile können sich aus der sog. 2/3-Regel bzw. -Effekt ergeben. Das Volumen einer Leitung wächst bei einer Vergrößerung des Durchmessers stärker als deren Umfang.<sup>150</sup> Soll z.B. ein neues, bislang nicht in das Netz eingebundenes Areal angeschlossen werden, wird die benötigte Kapazität der Leitung durch die anzuschließenden Abnehmer bzw. Teilnehmer bestimmt; je mehr Abnehmer, desto mehr Kapazität braucht die Zuleitung, das Kabel muss „dicker“ gewählt werden.<sup>151</sup> Die

---

<sup>142</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 5.

<sup>143</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 25.

<sup>144</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 191f.; Knieps, Netzökonomie, S. 5; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 26.

<sup>145</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 5.

<sup>146</sup> Sog. Kuppelproduktion; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 192.

<sup>147</sup> Portfolioeffekt bei Forschung und Entwicklung; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 192.

<sup>148</sup> Nachbarschaftseffekte, economies of density.

<sup>149</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 36.

<sup>150</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 101; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 22. Dabei wird hier eine falsche Beziehung unterstellt. Vordergründig sind nur Umfang und Grundfläche bzw. die Querschnittsfläche vom Durchmesser abhängig. Gerade wenn es um die „Kapazität“ einer Leitung geht (unabhängig davon, was darauf transportiert werden soll), ist diese Querschnittsfläche mit entscheidend (Flächenabhängigkeit des elektrischen Widerstands und des physikalischen Drucks).

<sup>151</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 35; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 22.

2/3-Regel bewirkt nun, dass die Mehrkosten, die von dem Umfang abhängig sind (z.B. Ausmaße des Leitungsschachtes), nur 2/3 des Mehrnutzens einer leistungsfähigeren Leitung sind, an die mehr Abnehmer bzw. Teilnehmer angeschlossen werden können; durch Bündelung zu größeren Leitungen werden niedrigere Kosten pro Anschluss erzeugt.<sup>152</sup>

Ein weiterer Bündelungsvorteil sind sog. Distanzkostenvorteile (Distanzkostendegression, Agglomerationsvorteil). Gemeint ist damit, dass durch die Vernetzung verschiedener Strecken in der Fläche ein Trade-off i.S.e. wechselseitigen Abhängigkeit zwischen den Bündelungsvorteilen auf den Teilstrecken und den erforderlichen Leitungsumwegen entsteht.<sup>153</sup> Diese Vorteile sind jedoch nicht mit der 2/3-Regel und Nachbarschaftseffekten zu verwechseln.

In vielen Netzindustrien bestehen über die Zeit systematische Nachfrageschwankungen; da die Netzgüter i.d.R. nicht speicherbar sind, führt das zu einer Spitzenlastproblematik.<sup>154</sup>

Mit zunehmender Nutzerzahl erhöht sich die stochastische Verteilung solcher Spitzenbelastungen, welche sich im Gesamtnetz zunehmend ausgleichen.<sup>155</sup> Durch diese stochastische Durchmischung (stochastische Grundersparnis) von Nachfragespitzen und -tiefs sinkt die erforderliche Netzkapazität hinsichtlich der mit Spitzenzeiten einhergehenden Netzblockaden für jeden Nachfrager.<sup>156</sup>

#### *d) Spezifität, Irreversibilität und versunkene Kosten*

Märkte, die zur Leistungserbringung eine Infrastruktur erfordern, sind mit hohen Anfangs-investitionen verbunden.<sup>157</sup> Hinzu kommt, dass diese Investitionen eine hohe Spezifität aufweisen. Die Spezifität einer Investition drückt den Grad aus, in dem die getätigten Investitionen alternativ zum eigentlichen Zweck genutzt werden

---

<sup>152</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 35f.

<sup>153</sup> Z.B. ist es kostengünstiger, statt mehrerer Einzelleitungen eine Sammelleitung zu einem Verteiler zu führen, von dem aus dann die einzelnen Gebiete bzw. Abnehmer beliefert werden; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 22; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 122.

<sup>154</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 8.

<sup>155</sup> Mit Wachsen des Netzes und damit der „Berechnungsbasis“ werden Abweichungen vom Durchschnittswert immer unwahrscheinlicher. Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 184; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 36; Knieps, Netzökonomie, S. 22; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 122

<sup>156</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 36.

<sup>157</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 122.

können, ohne dass damit ein Wertverlust einhergeht.<sup>158</sup> Im Extremfall sind die Investitionen irreversibel. Unter Irreversibilität versteht man, dass die Kosten der Investition beim Austritt aus den Markt nicht wieder herausgenommen werden können;<sup>159</sup> es wird in diesem Zusammenhang auch von versunkenen Kosten (sunk cost) gesprochen.<sup>160</sup>

Der wesentliche Effekt, den Irreversibilität für den Wettbewerb in den Netzwirtschaften hat, ist, dass etablierte und potenziell neue Marktakteure ganz unterschiedliche Kalküle anstellen.<sup>161</sup> Die versunkenen Kosten sind für den Etablierten in dessen Entscheidungsfindung nicht mehr relevant, da die Aufwendungen bereits getätigt wurden, für den potenziellen Wettbewerber, der diese erst tätigen müsste, hingegen schon.<sup>162</sup> Vor allem würde dem eingesessenen Unternehmen ein Spielraum für strategisches Verhalten eröffnet,<sup>163</sup> z.B. durch schnelle Reaktion auf den Marktzutritt eines Marktneulings mit Preissenkungen, was bei diesem zu einem ruinösen, also nicht kostendeckenden Wettbewerb führen würde.<sup>164</sup>

#### e) Externalitäten

Im idealen Markt trägt jeder Akteur die Konsequenzen seines Handelns selber; für die von ihm verursachten Kosten kommt er selber auf, und für die von anderen herbeigeführten Vorteile erhält er ein Entgelt.<sup>165</sup>

In der Realität treten allerdings sog. Externalitäten oder auch externe Effekte auf. Gemeint sind damit alle positiven oder negativen Einflüsse auf andere Marktteilnehmer, die vom Handeln eines Akteurs ausgehen, ohne dass diese Effekte im Kosten-Nutzen-Kalkül Berücksichtigung finden.<sup>166</sup> Dabei wird auch gefordert, der Staat

---

<sup>158</sup> Die Möglichkeit alternativer Nutzungen sinkt in dem Maß, in dem die Spezifität ansteigt; damit einher geht aber ein Anstieg der Gefahr, dass im Fall der Einstellung der Produktion ein Wertverlust (lost of productive value) eintritt; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 37, aber auch Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 207.

<sup>159</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 207; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 37; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 122; dabei dürfen versunkene Kosten, die nicht wieder „flüssig“ gemacht werden können, nicht mit den Fixkosten, die von der Produktionsgröße unabhängig sind, verwechselt werden.

<sup>160</sup> Dieselben ebenda.

<sup>161</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 32.

<sup>162</sup> Ebenda.

<sup>163</sup> Ebenda.

<sup>164</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 208.

<sup>165</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 90; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31.

<sup>166</sup> Die Vernachlässigung dieser Effekte hat seinen Grund darin, dass sie jenseits der Eigentumsrechte und damit jenseits des Marktes liegen; Leschke, Rn. 25. Coase sieht demgegenüber in

solle Maßnahmen ergreifen, um die externen Effekte zu „internalisieren“,<sup>167</sup> wobei es i.d.R. nicht optimal ist, negative Externalitäten vollständig zu beseitigen bzw. positive unbeschränkt zu produzieren, es muss vielmehr ein möglichst effektives Maß gefunden werden.<sup>168</sup>

#### *aa) Negative Externalitäten*

Beispiele für negative physische Externalitäten sind Staus, die nicht über Marktpreise internalisiert werden. Dabei sind streckenbezogene (lokale) Stauexternalitäten und systembedingte Stauexternalitäten (z.B. loop flow) zu unterscheiden.<sup>169</sup> Systemexternalitäten lassen sich nicht auf einzelne Netzelemente eingrenzen, da sie aus Interaktionen innerhalb des Systems als Ganzes resultieren.<sup>170</sup>

#### *bb) Positive Externalitäten*

Positive externe Effekte weisen typischerweise die Probleme auf, dass ihr Gebrauch nicht exkludierbar ist.<sup>171</sup> Dadurch lassen sich positive externe Effekte häufig als Allmendegüter qualifizieren. Die Nutzung von positiven Externalitäten wird in diesem Zusammenhang auch als „Trittbrettfahren“ bezeichnet.<sup>172</sup>

#### *cc) Netzwerkexternalitäten*

Ein Sonderfall von positiven Externalitäten sind sog. Netzwerkeffekte.<sup>173</sup> Gemeint ist damit das Phänomen, dass der persönliche Nutzen eines Netzes mit der Anzahl anderer das Netzwerk nutzender Individuen steigt.<sup>174</sup> Dabei lassen sich zwei Ursachen für Netzexternalitäten ausmachen. In interaktiven Netzen wirkt vor allem der Reziprozitätseffekt: Jede (neue) Vermittlungsoption bringt in diesen Netzen einen größeren positiven Nutzen mit sich.<sup>175</sup> In Verteilernetzen besteht ein Zusammenhang

---

Externalitäten Anspruchsrivalitäten hinsichtlich knapper Ressourcen; es müsse ermittelt werden, was volkswirtschaftlich günstiger sei: die Verursachung von Externalitäten einzudämmen oder der Externalität auszuweichen; Leschke, Rn. 32f.

<sup>167</sup> Ausgangspunkt sind sog. Pigou-Steuern bzw. -Subventionen. Im Falle negativer externer Effekte soll der Verursacher besteuert werden, bei positiven Externalitäten bekommt er eine aus allgemeinen Steuern finanzierte Subvention; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 122; Leschke, Rn. 28ff.

<sup>168</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 112.

<sup>169</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 6f.

<sup>170</sup> Ebenda.

<sup>171</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 101.

<sup>172</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 102.

<sup>173</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31.

<sup>174</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 45; Knieps, Netzökonomie, S. 5; Leschke, Rn. 65; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 110.

<sup>175</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 45.



zwischen Größenvorteilen und Netzexternalitäten. Durch den Beitritt eines zusätzlichen Netznutzers können die Unterhaltungskosten auf mehr Nutzer verteilt werden.<sup>176</sup>

Obwohl die Netzeffekte eine potenziell große praktische Bedeutung haben können, waren sie bislang nur in sehr geringem Umfang Gegenstand regulativer Interventionen.<sup>177</sup> Dabei begründen Netzwerkexternalitäten oftmals sog. Zeitpfadabhängigkeiten.<sup>178</sup>

### *f) Standards*

Konsumexternalitäten i.S.v. Netzeffekten spielen bei der Beurteilung von Kompatibilitätsstandards eine wichtige Rolle.<sup>179</sup> Sind zwei Netze durch gemeinsame Standards miteinander kompatibel, so wird der Grad der Netzexternalität auch durch die Summe der Nutzer beider Netze bestimmt.<sup>180</sup> Netzexternalitäten legen mithin die Verwendung gemeinsamer Standards nahe.<sup>181</sup>

Standards können dabei öffentliche, private oder Clubgüter sein. Dies hängt ganz maßgeblich vom Zusammenspiel von Netzeffekt und sog. Technologieeffekt ab, also dem Nutzen, der aus einer bestimmten Technologie gezogen wird.<sup>182</sup>

Allgemeinverbindliche Standards wie etwa Maße stellen öffentliche Güter dar.<sup>183</sup> Unbestreitbar ist, dass alle Marktakteure von gleichen Maßen profitieren, also positive Netzexternalitäten gegeben sind. Allerdings sind die Wirtschaftssubjekte relativ indifferent gegenüber den konkreten Festsetzungen von Maßen, so dass ein relativ geringer Technologieeffekt anzunehmen ist.<sup>184</sup> Indem die Marktakteure versuchen,

---

<sup>176</sup> Ebenda.

<sup>177</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 15. Dies mag u.U. auch daran liegen, dass Netzeffekte bei funktionierendem Wettbewerb Anreize zur Schaffung von Übergängen und Kompatibilitäten schaffen, damit die Größe des Gesamtnetzes ausgenutzt werden kann; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 47.

<sup>178</sup> Leschke, Rn. 32f. Unter Zeitpfadabhängigkeiten sind Abhängigkeiten von bestimmten älteren Verfahren und Technologien zu verstehen, die einer Innovation wegen der tiefen Integration in erworbene Fertigkeiten und Abläufe entgegenstehen.

<sup>179</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 117.

<sup>180</sup> Knieps, Netzökonomie S. 118.

<sup>181</sup> Ders., S. 121; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 117.

<sup>182</sup> Ders., S. 118.

<sup>183</sup> Ders., S. 119.

<sup>184</sup> Ebenda.

die Kosten der Maßfestlegung zu vermeiden, tritt hier ein Trittbrettfahrerphänomen<sup>185</sup> auf.<sup>186</sup>

Stark ausgeprägt ist der gleichzeitige Gebrauch verschiedener Technologien. Ursache hierfür ist, dass der Technologieeffekt den Netzeffekt überwiegt. In diesem Fall ist eher von einem privaten Gut „Standard“ auszugehen.<sup>187</sup> Es kann daher zur Ausbildung sog. Netzinseln kommen, welche den unterschiedlichen Bedürfnissen entgegenkommen, wobei die Netzexternalität bewusst zugunsten der (Netz-)Vielfalt aufgegeben wird.<sup>188</sup>

Im Falle einer privaten Standardsetzung durch allgemein anerkannte Standardisierungsinstanzen liegen Clubgüter vor; Trittbrettfahrer werden somit von vornherein ausgeschlossen.<sup>189</sup>

#### *g) Zeitpfadabhängigkeit, Lock-in-Effekt und kritische Masse<sup>190</sup>*

Ebenfalls eng mit Netzexternalitäten und Standards verknüpft sind sog. Lock-in-Effekte. Nicht die Überlegenheit der Konkurrenzprodukte bzw. -technologien, sondern die Verbreitung des Standards und des damit einhergehenden Netzeffektes sorgt für dessen Überlegenheit.<sup>191</sup> Unterlassen die Nutzer eines Netzes den Wechsel aufgrund solcher Verbreitungsüberlegenheit, wird von „excess inertia“ gesprochen, welcher eine handfeste Zutrittsschranke für potenzielle Wettbewerber für den relevanten Markt darstellt.<sup>192</sup>

Als wesentliche Ursache werden hierbei Informationsmängel über das Wechselverhalten anderer Individuen angesehen.<sup>193</sup> Diese Unsicherheit führt dazu, dass im alten Standard verharrt wird, obwohl der Nutzen der neuen Technologie über-

---

<sup>185</sup> Vgl. Fn. 172.

<sup>186</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 119.

<sup>187</sup> Ebenda; Köndgen definiert Standards als rein privatgesetztes Recht, vor allem hinsichtlich technischer Normung; Köndgen, Archiv für die civilistische Praxis, S. 477 (483ff).

<sup>188</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 119.

<sup>189</sup> So etwa Köndgen, Archiv für die civilistische Praxis, S. 477 (483ff.); Knieps, Netzökonomie, S. 119 sieht hierin Kollektivgüter, übersieht aber, dass der Erwerb der umfassenden technischen Standardisierung i.d.R. nur gegen Entgelt erfolgt.

<sup>190</sup> Fritsch/Wein/Ewers fassen diese Einflüsse unter dem Oberbegriff der psychologischen Externalität zusammen; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 91f.

<sup>191</sup> Leschke, Rn. 66; es überwiegt also der Netzeffekt gegenüber den Technologieeffekt, vgl. Fn. 182

<sup>192</sup> Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 124.

<sup>193</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 125. Im Fall von interaktiven Vermittlungsnetzen, die vom Grundgedanken der „any to any connectivity“ geprägt sind, ist ein Wechsel nur dann zu erwarten, wenn neben den Teilnehmern des neuen, auch jene des alten Netzes erreicht werden können; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 47.

wiegt.<sup>194</sup> Dieses Verharren in veralteten Technologien ist wohlfahrtstheoretisch schädlich.<sup>195</sup> Ob es unter realen Bedingungen zu einem Lock-in kommen kann, ist nicht gänzlich geklärt, die Erfahrung zeigt jedoch, dass temporäre technologische Lock-in-Effekte möglich erscheinen.<sup>196</sup>

Ein Technologieeffekt alleine genügt nicht; es muss auch ein Mindestmaß an Netzexternalität vorhanden sein, damit von den Individuen ein Systemwechsel vollzogen wird. Dies setzt allerdings eine Mindestgröße des Netzes voraus. In diesem Zusammenhang spricht man von der „kritischen Masse“ als einer Mindestanzahl an Teilnehmern / Nutzern, die das Netz als sich selbst tragend machen.<sup>197</sup> Wird diese kritische Masse nicht erreicht, stellt dies wiederum ein Eintrittshindernis dar.<sup>198</sup>

Schließlich können Zeitpfadabhängigkeiten, also stärkere Prägungen früherer Ereignisse als jüngere, auch in einer Netzwirtschaft Einfluss ausüben.<sup>199</sup>

#### *h) Strategisches Verhalten*

Unter strategischem Verhalten werden im Rahmen dieser Untersuchung solche Verhaltensweisen zusammenfassend verstanden, die marktmächtige Unternehmen zeigen um „Märkte zum eigenen Vorteil strategisch zu blockieren“.<sup>200</sup> Ausgenutzt werden hierbei meist Informationsasymmetrien<sup>201</sup> und andere in den Netzwirtschaften auftretende Strukturelemente<sup>202</sup>.

---

<sup>194</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 125. Es wird insofern vom Pinguineffekt gesprochen. Pinguine, die zur Futtersuche ins Wasser gehen müssen, warten dennoch zunächst am Ufer ab. Grund hierfür sind Räuber, die möglicherweise im Wasser sind und den bzw. die ersten Pinguine schlagen, der ins Wasser springt. Erst wenn die ersten Pinguine unbeschadet ins Wasser gesprungen sind, folgt die ganze Gruppe nach.

<sup>195</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 46.

<sup>196</sup> Ebenda.

<sup>197</sup> Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 46; Knieps, Netzökonomie, S. 124f.; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 114.

<sup>198</sup> Lock-in und kritische Masse stellen insofern einen Fall des „Egg-Chicken-Paradox“ dar. So lange nicht genug Individuen sich für den Wechsel entscheiden, wird die Mindestanzahl, um das Netzwerk infolge der Netzeffekte als attraktiv wirken zu lassen, nicht erreicht, was wiederum eben die Hinderung des Eintritts der Individuen in das Netz begründet; Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 114.

<sup>199</sup> Leschke, Rn. 66; das üblicherweise hierfür angeführte Beispiel ist die Anordnung der Buchstaben auf der sog. „QWERTY“-Tastatur; es existieren angeblich Anordnungen, die ein schnelleres und sichereres Tippen ermöglichen. Da aber die Neigung, eine neue Tastatur zu erlernen, nur sehr gering ist, bleibt die – vermeintlich – langsamere „QWERTY“-Tastatur im Gebrauch.

<sup>200</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 1.

<sup>201</sup> Ebenda.

<sup>202</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 32, ders., Fallstudien, S. 13 sieht die irreversiblen Kosten als Anknüpfungspunkt für strategisches Verhalten, weil der Insasse die Markteintrittskosten nicht mehr mit ins Kalkül zu nehmen braucht. So wohl auch Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 34.

### i) Weitere wettbewerbsrelevante Merkmale

Informationsdefizite, allen voran asymmetrische Informationen, können Marktprozesse spürbar und in einem unerwünschten Ausmaß beeinträchtigen.<sup>203</sup> Deswegen werden Informationsdefizite als eine Legitimation für staatliche Eingriffe angesehen, wogegen vorgebracht wird,<sup>204</sup> dass die Marktakteure etwaige Informationsdefizite aus eigenem Antrieb beheben können.<sup>205</sup>

Als opportunistisches Verhalten qualifiziert man ein Gebaren eines Marktteilnehmers, bei dem dieser seine Interessen mit „List“ verfolgt, indem er z.B. seine wahren Präferenzen und andere relevante Informationen verschweigt und dadurch das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gefährdet.<sup>206</sup>

Interne Subventionen liegen dann vor, wenn Verluste eines Unternehmensbereichs durch die Gewinne anderer, erfolgreicher Sparten kompensiert werden.<sup>207</sup> X-Ineffizienzen treten bei Monopolisten häufig darin auf, dass die interne Ressourcenallokation vom Optimum abweicht, z.B. weil keine Anreize zur Kostensenkung bestehen, was wiederum eine (relativ) geringe Effizienz der Leistungserbringung zur Folge hat.<sup>208</sup>

### 3. Relevanz von Netzwirtschaftsmerkmalen für natürliche Monopole

Stark diskutiert wird innerhalb von wirtschafts- aber auch innerhalb der Rechtswissenschaft, anhand welcher oben beschriebenen Merkmale der Netzwirtschaften sich natürliche Monopole identifizieren lassen.

Früher wurden die Netzindustrien in ihrer Gesamtheit als natürliche Monopole betrachtet.<sup>209</sup> Diese Bewertung schloss ausdrücklich alle Ebenen ein<sup>210</sup>. In der Untersuchung dieser Teilbereiche wird gefragt, ob diese für den Wettbewerb geöffnet wer-

---

<sup>203</sup> Leschke, Rn. 61.

<sup>204</sup> Ebenda.

<sup>205</sup> Ders., Rn. 62. So können Informationen auch gegen Entgelt beschafft werden (screening), oder es werden seitens desjenigen, der über den Informationsvorsprung verfügt, bewusst diese zur Verfügung gestellt, um sich positiv abzuheben (signaling).

<sup>206</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 33. Eng verbunden mit opportunistischem Verhalten sind die Fragen der Transaktionskosten, also der rechtlichen Aspekte der Verträge zwischen den Marktteilnehmern; in den Netzindustrien mit ihrem (technischen) Koordinierungsaufwand, der Irreversibilität der Investitionen resultiert daraus oftmals opportunistisches und strategisches Verhalten.

<sup>207</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 36.

<sup>208</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 203; Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 11.

<sup>209</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 11.

<sup>210</sup> Vgl. B.I.2.c)

den können.<sup>211</sup> Dies gilt auch für das Ausmaß, in dem Wettbewerb auf den einzelnen Ebenen stattfinden soll. Die Netzinfrastruktur wird dabei oftmals als der einzige Teil erachtet, der ein natürliches Monopol bildet;<sup>212</sup> in diesem Zusammenhang wird auch von einer „essential facility“ oder einem „Flaschenhals“ bzw. „monopolistischen Bottleneck“ gesprochen. Ein Marktversagen wird daher höchstens in diesen Bereichen angenommen. Die Diskussion hat sich daher auf die Frage verlegt, ob Größen- und Verbundvorteile notwendige Voraussetzungen eines natürlichen Monopols im Netzinfrastrukturbereich sind.

Die Unteilbarkeiten resultieren i.d.R. daraus, dass die Variation von Ressourcenkapazitäten in Netzindustrien nur in großen Sprüngen erfolgt.<sup>213</sup> Ebenso wird ein wesentlicher Zusammenhang zwischen Größenvorteil und natürlichem Monopol darin gesehen, dass in beiden Konzepten Fixkosten eine wesentliche Rolle spielen.<sup>214</sup> Im Einproduktfall werden auch von Skeptikern Größenvorteile als hinreichendes Merkmal für natürliche Monopole anerkannt.<sup>215</sup>

Jedoch gerade hinsichtlich der Fixkosten gilt es genau zu unterscheiden. Richtig ist, dass die Fixkosten eine wesentliche Ursache für Größenvorteile in den Netzen sind.<sup>216</sup> Jedoch spielt gerade in den Netzindustrien neben Größenvorteilen noch ein anderes wesentliches Merkmal mit hinein: Oftmals sind Fixkosten irreversibel.<sup>217</sup> Sind die versunkenen Kosten so hoch, dass zwei nebeneinander existierende Netzinfrastrukturen nicht durch die zu erwartenden Erlöse gedeckt werden,<sup>218</sup> ist ein Wettbewerb schon von vornherein ausgeschlossen. Hinzutreten kann strategisches Verhalten seitens des etablierten Monopolisten.<sup>219</sup> Daher sind nach Knieps nur irreversible Kosten als konstitutiv für Bottleneck anerkannt.<sup>220</sup> Ein Zusammenhang zwi-

---

<sup>211</sup> Ebenda.

<sup>212</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 226.

<sup>213</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182; Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 11.

<sup>214</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 222; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31f.; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 37; vgl. dazu auch Fn. 120 und Fn. 135.

<sup>215</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 21, vgl. Fn. 120.

<sup>216</sup> Vgl. Abschnitt B.III.2.a).

<sup>217</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 14; Knieps, Netzökonomie, S. 155; Leschke, Rn. 55; 99.

<sup>218</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 15; Haas hält dagegen mit der Argumentation, dass durch steigende Nachfrage und die Ungewissheit, ob die Größen- und Verbundvorteile tatsächlich ausgeschöpft werden, die höheren Kosten der Mehrfachverlegung gedeckt werden könnten; Haas, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze, S. 39.

<sup>219</sup> Vgl. Abschnitt B.III.2.h).

<sup>220</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 12f.; Leschke, Rn. 100.

schen natürlichen Monopolen und Größen- und Verbundvorteilen wird als nicht begründet von ihm zurückgewiesen.<sup>221</sup>

Wenngleich natürliche Monopole nicht aus Größenvorteilen resultieren, können – müssen aber nicht – beide Phänomene gemeinsam auftreten. Sog. starke natürliche Monopole weisen nach dieser Wertung Größenvorteile auf, schwache hingegen nicht.<sup>222</sup> Gerade deswegen müssen wettbewerbstheoretische Erwägungen in den Netzwirtschaften Größen- und Verbundvorteile in den Modellanalysen zulassen, da diese Phänomene vielleicht nicht für ein natürliches Monopol konstitutiv sind, dennoch eine zentrale Rolle in den Netzindustrien spielen,<sup>223</sup> zumal diese Phänomene für sich schon eine gravierende Abweichung vom Modell des vollständigen Wettbewerbs bedeuten,<sup>224</sup> mithin einen eigenständigen Marktversagensgrund darstellen.<sup>225</sup>

Die Merkmale der Netzwirtschaften, insbesondere aber die damit einhergehenden natürlichen Monopole im Netzinfrastrukturbereich, stellen eine Abweichung vom gewünschten Idealbild eines funktionsfähigen Wettbewerbs in diesen Bereichen dar.

#### **IV. Wirtschaftspolitische Antworten auf Marktversagen**

Wie dargelegt, liegt ein natürliches Monopol aufgrund spezifischer Merkmale der Netzinfrastrukturen typischerweise kaum bis gar nicht bestreitbar vor. Es gilt nun, zum einen die Ausweitung des Monopols auf andere Netzebenen zu verhindern und zum anderen so gut es geht auf den bottleneck Wettbewerb zu etablieren, zumindest aber dessen Funktionen mittels Regulierung nachzubilden.

##### **1. Rechtfertigung einer Regulierung**

Staatliche Maßnahmen zur Beeinflussung des Marktgeschehens berühren unmittelbar die Wohlfahrt der beteiligten Marktakteure und damit der Volkswirtschaft insgesamt.<sup>226</sup>

Die durch die Marktprozesse herausgebildeten Preise bilden den ökonomischen Wert von Gütern am besten ab.<sup>227</sup> Daher ist i.d.R. davon auszugehen, dass ein staatli-

---

<sup>221</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 12f.; Knieps, Netzökonomie, S. 154; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 26.

<sup>222</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 83.

<sup>223</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 154.

<sup>224</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 68.

<sup>225</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 32f.

<sup>226</sup> Leschke, Rn. 1.

ches Eingreifen jenseits der Gewährleistung und Sicherung von Freiheits- und Eigentumsrechten nicht zielführend ist.<sup>228</sup> Nicht jede Marktunvollkommenheit oder -unvollständigkeit ist daher geeignet, ein staatliches Handeln zu begründen.<sup>229</sup>

Dennoch fand – wie bereits skizziert – früher eine recht eingehende Wirtschaftspolitik im Bereich der Netzindustrien statt.<sup>230</sup> Aber gerade hier, mit den zentralen Fragen nach dem Verhältnis von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb, wird die Möglichkeit zum Aufbau eines alternativen Konkurrenznetzes massiv von regulatorischen Entscheidungen beeinflusst.<sup>231</sup> Eine Regulierung ergibt also nur dann Sinn, wenn es sich um einen wettbewerbspolitischen Ausnahmebereich handelt.<sup>232</sup> Solche Ausnahmebereiche stellen, wie bereits i.R.d. Untersuchung festgestellt, natürliche Monopole dar.<sup>233</sup> Es ist daher in der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion die Auffassung im Vordringen begriffen, dass natürliche Monopole, nur wenn und soweit sie bottlenecks darstellen, reguliert werden sollen.<sup>234</sup> Gründe hierfür sind nach Höffler:<sup>235</sup>

- Die Informationsanforderung an die Regulierungsbehörde sind geringer,
- es wird der Zutritt effizienterer Unternehmen ermöglicht,
- partieller Wettbewerb ist eine effizientere Endkundenpreiskontrolle als eine solche durch Regulierung.

Hinzu tritt, dass sektorspezifische Regulierungseingriffe mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung einer besonders fundierten Rechtfertigung bedürfen, welche nur bei Vorliegen netzspezifischer Marktmacht in Form von bottlenecks gegeben sei.<sup>236</sup>

Dem stehen Auffassungen entgegen, nach denen neben natürlichen Monopolen auch externe Effekte und konkurrierender Ge- und Verbrauch aus Effizienzerwägung

---

<sup>227</sup> So wohl Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 17, der marktmäßig erzielten Preisen gegenüber administrativ festgelegten den Vorzug gibt.

<sup>228</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 29f.

<sup>229</sup> König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 70.

<sup>230</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 79.

<sup>231</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 17.

<sup>232</sup> König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 70.

<sup>233</sup> Vgl. Abschnitt B.IV.1.

<sup>234</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 225; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 37f., knüpft an die Bestreitbarkeit des Marktes an.

<sup>235</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 21.

<sup>236</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 153.

gen zu regulieren seien.<sup>237</sup> Gerade in diesem Kontext wird erörtert, ob externe Effekte einen jenseits der natürlichen Monopole liegenden Marktversagensgrund in den Netzwirtschaften darstellen, mithin eine Regulierungsrechtfertigung für sich auslösen.<sup>238</sup> Der Zusammenhang von Standards und Netzeffekten mache dies notwendig.<sup>239</sup> Jedoch bestreitet Knieps auch hier, dass es z.B. aufgrund von Netzeffekten einer sektorspezifischen Regulierung bedarf,<sup>240</sup> sieht jedoch auch, dass ein geeignetes Konzept zur „Disziplinierung von Marktmacht“ in den netzwirtschaftlichen bottlenecks auch Phänomene wie Größen- und Verbundvorteile sowie Netzexternalitäten berücksichtigen muss.<sup>241</sup>

Jenseits der Diskussion, welche Merkmale der Netzwirtschaften ein Regulierungsbedürfnis grundsätzlich auslösen können, bleibt doch die Kernfrage, wie welcher Umfang der Regulierung monopolistischer bottlenecks geleistet werden kann. Wer vor allem mit einem auf der Chicago-Schule basierenden Wettbewerbsbild argumentiert,<sup>242</sup> also in einer langfristigen Perspektive ein Aufbrechen der Monopole erwartet, verkennt, dass für die Frage, wann der Staat Entwicklungen gegensteuern muss, nicht bloß wirtschaftstheoretische Modelle, sondern auch andere grundsätzliche Erwägungen von Bedeutung sind. Es ist den Rechtssubjekten im Hier und Jetzt nicht zu zumuten, dass – irgendwann – das beschriebene Marktversagen durch marktmäßige Prozesse überwunden wird. Der demokratische und soziale Rechtsstaatsgedanke des Grundgesetzes fordert auch für die Menschen im Hier und Jetzt die Möglichkeit, ihre Freiheitssphäre so gut es geht entwickeln zu können. Oder anders formuliert: Die Smith'sche „unsichtbare Hand“ ist nicht geeignet, die verfassungsrechtliche Anspruchshaltung in der Gegenwart stets auf einem ausreichenden Niveau sicherzustellen. Die wirtschaftliche Freiheit zur Bildung von Monopolen mit den damit einhergehenden Konsequenzen<sup>243</sup> liegt jenseits ihrer verfassungsimmanenten Schranke aus

---

<sup>237</sup> Grund hierfür seien wesentliche Abweichungen von den Voraussetzungen eines idealen Wettbewerbs und der damit einhergehenden gesamtwirtschaftliche Ineffizienz; König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 70f.

<sup>238</sup> So Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 32f.

<sup>239</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 39.

<sup>240</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 156; er hält Verhandlungslösungen bei Abwesenheit von Marktmacht für ausreichend. Offen bleibt die Frage, ob Netzeffekte bei Marktmacht einen erweiterten Regulierungsbedarf begründen.

<sup>241</sup> Es ist jedoch strikt zwischen den konstitutiven Merkmalen Marktmacht in Netzwirtschaften und solchen Fragestellungen zu unterscheiden. Knieps, Netzökonomie, S. 153.

<sup>242</sup> Wettbewerb im Stigler'schen Sinne, Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 29.

<sup>243</sup> Vgl. Abschnitts B.IV.1.b).



den besagten Staatstrukturprinzipien und den entgegenstehenden Freiheitsrechten der Nutzer.

Deswegen schließen sich nur oberflächlich eine marktmäßige Wirtschaftsordnung und deren staatliche Regulierung aus<sup>244</sup> – zumal diese Regulierung ganz maßgeblich mit dem Zweck installiert wurde, den Wettbewerb auf Märkten zu simulieren und zu etablieren, in denen er nicht selbsttragend ist.<sup>245</sup>

## 2. Regulierungsbegriff

### a) Begriffsklärung

Eine allzu vielschichtige Begriffsverwendung bewirkt i.d.R. dessen Unschärfe;<sup>246</sup> dies gilt auch für die juristische Verwendung des Regulierungsbegriffes. Es existiert ein weiter von sozialwissenschaftlichen Einflüssen<sup>247</sup> geprägter und ein engerer, an die Wirtschaftswissenschaften angelehnter Gebrauch des Regulierungsbegriffs.<sup>248</sup>

Aus der wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive werden regelmäßig nur solche Maßnahmen betrachtet, die für die Wirtschaft relevant sind, also Eingriffe in die marktmäßigen Produktions- und Allokationsprozesse.<sup>249</sup> Die weitergehende Komponente der sozialen Dimension umfasst hingegen auch Fragen, die mit den Marktprozessen zusammenhängen, ohne diesen inhärent zu sein, wie z.B. Arbeitnehmer-, Umwelt- und Verbraucherschutz und selbst ein darüber noch hinausgehendes Verständnis.<sup>250</sup> Allerdings ist damit nicht gesagt, dass beide Interpretationen des Regulierungsbegriffs nicht doch nebeneinander her existieren können. So wird bei der Untersuchung jener Marktbereiche, die dem ökonomischen Regulierungsbegriff unterliegen, schon nach ökonomischer und „nichtökonomischer“ Regulierung differenziert.<sup>251</sup> Es liegt daher nahe, dass die bisherigen rechtlichen Vorschriften mit Leschke

---

<sup>244</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 30.

<sup>245</sup> Dies setzt aber voraus, dass ein Marktversagen vorliegt, zumindest hinreichend absehbar ist; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 31.

<sup>246</sup> Kühling, S. 11.

<sup>247</sup> So wohl Hörnicke, Product Stewardships als Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung?, S. 5ff.

<sup>248</sup> Statt vieler: Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 11f.; Schuppert, Staatswissenschaft, S. 445ff, 588ff.

<sup>249</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 14.

<sup>250</sup> Ebenda.

<sup>251</sup> Kühling leitet dies aus der Klassifizierung der Zielsetzungen im TKG nach den Gesichtspunkten Herstellung und Förderung des Wettbewerbs, Sicherung der Bereitstellung bestimmter Netzwirtschaftsleistungen und Gefahrenabwehr für letzteren Aspekt ab; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 16.

so zu verstehen sind, dass (ökonomische) Regulierung „alle hoheitlichen Eingriffe in die Gewerbe- und Vertragsfreiheit, die nicht allein der Festlegung und Durchsetzung allgemein (universell) gültiger Spielregeln der Marktwirtschaft dienen“,<sup>252</sup> umfasst.

So verstanden muss aber beim ökonomischen Regulierungsbegriff unterschieden werden, zwischen<sup>253</sup>

- der Wettbewerbsregulierung zur Sicherung und Etablierung eines in sich funktionsfähigen Marktes und
- der sonstigen ökonomischen Regulierung, welche alle weiteren sektorspezifischen Regelungen und Instrumente, die keine Entsprechung im allgemeinen Wettbewerbsrecht finden, umfasst.<sup>254</sup>

Auch wenn dem Wettbewerb immer noch der Vorrang bei der Allokation von Ressourcen eingeräumt wird,<sup>255</sup> so sollen regulierende Marktinterventionen – am Maßstab des sozialen Überschusses orientiert – dessen Ergebnisse verbessern.<sup>256</sup> Gerade die Netzwirtschaften weisen Merkmale auf, die unbefriedigende Marktergebnisse wahrscheinlich machen und durch regulatorische Intervention des Staates abgewendet werden sollen.<sup>257</sup>

#### b) Abgrenzung von allgemeinem Wettbewerbsrecht zur sektorspezifischen Regulierung

In der Regel wird es als notwendige und zugleich hinreichende Aufgabe der staatlichen Wettbewerbspolitik angesehen, ein System von Regeln bereitzustellen, dass der Ermöglichung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb dient.<sup>258</sup> Eine effiziente Allokation mittels marktmäßigen Wettbewerbs soll durch die freiheitssichernde und -schützende Funktion des Staates gewährleistet bleiben.<sup>259</sup> In diesem Verständnis

---

<sup>252</sup> Leschke, Rn. 18.

<sup>253</sup> Vgl. Scheuffele, Die Essential-Facilities-Doktrin, S. 117.

<sup>254</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 29; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 19ff.

<sup>255</sup> König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 69.

<sup>256</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 9f.; Sozialer Überschuss meint dabei die Summe von Konsumenten- und Produzentenrente.

<sup>257</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 3.

<sup>258</sup> König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 67.

<sup>259</sup> Dieselben, S. 69.

geht es also gerade nicht um die Lenkung des Wirtschaftsprozesses, wohl aber um die Ausgestaltung der Wirtschaft durch einen staatlichen Ordnungsrahmen.<sup>260</sup>

Es bedarf insofern ganz grundsätzlicher Unterscheidungen hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung dessen, wie man diesen Ordnungsrahmen hinsichtlich der Netzwirtschaften rechtlich ausgestaltet. Dieses Problem lässt sich nach zwei Unterscheidungskriterien durchleuchten.

Zunächst einmal kann mit Kühling nach horizontaler und vertikaler Regulierung unterschieden werden. Vertikal ist eine Regulierung dann, wenn sie ein auf die Besonderheiten eines Wirtschaftssektors angepasstes Regulierungsmodell entwickelt, sog. sektorspezifische Regulierung. Dem steht gegenüber eine allgemeine, von den spezifischen Umständen der Sektoren losgelöste Regulierung.<sup>261</sup>

Auch kann hinsichtlich des zeitlichen Ansatzes der Regulierung unterschieden werden. Bei der Ex-post-Regulierung werden die Marktentwicklungen zunächst zugelassen und beobachtet, im Falle von unerwünschten Ergebnissen wird im Nachhinein repressiv korrigiert. Die Ex-ante-Regulierung sucht dagegen präventiv durch hoheitliche Verfahren Marktprozesse so zu steuern, dass unerwünschte Ergebnisse nach Möglichkeit vermieden werden; indem hier die Wirtschaftssubjekte nur im Rahmen der Regulierungsvorgaben ihrer Marktstätigkeit nachgehen können und nicht im Nachgang sanktioniert werden, ist diese Form der Regulierung intensiver.<sup>262</sup>

Die wirtschaftspolitische Gesetzgebung kennt zwei verschiedene Grundkonzepte, welche sich auch nach beschriebenen Kriterien unterscheiden. Seit geraumer Zeit besteht ein allgemeines Wettbewerbsrecht, welches wesentlich durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geprägt ist und für alle Wirtschaftsbereiche eine Ex-post-Regulierung bei Wettbewerbsverstößen vorsieht. Für die Netzwirtschaften wurden aber die verschiedenen zu untersuchenden Sektoren Telekommunikation, Energie und Eisenbahn jeweils durch gesonderte Gesetze (TKG, EnWG und EEG, AEG) reguliert und weisen dabei oftmals präventive Regulierungsinstrumente auf.

---

<sup>260</sup> Dieselben, S. 67f.

<sup>261</sup> Dieselben, S. 21f.

<sup>262</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 23.

Zumindest denklogisch ist damit einer Regulierung<sup>263</sup> die Frage vorgelagert, ob nicht das allgemeine Wettbewerbsrecht mit seinen Instrumenten ausreicht, die Marktergebnisse im Rahmen dessen zu halten, was vertretbar ist.<sup>264</sup> Vor allem aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive wird zumindest eine Neudefinition des Verhältnisses der Regelungsreichweite von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht diskutiert.<sup>265</sup>

Dem widerspricht Höppner ganz massiv.<sup>266</sup> Die spezifische Situation der Netzindustrien weckt berechtigte Zweifel, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht hier effektiv unerwünschten Entwicklungen gegensteuern könnte;<sup>267</sup> die Gründe des permanenten Marktversagens sind derart eng mit den Eigenschaften von Netz(-infrastruktur-)wirtschaften verknüpft, dass selbst Ansichten, die an sich dem Markt das Wort sprechen, hier einen spezifischen Regelungskanon fordern.<sup>268</sup> Will man jedoch Wettbewerb in den Netzsektoren etablieren, ist es unerlässlich, dass der Zugang zum bottleneck gewährleistet wird. Eine Ex-post-Kontrolle eröffnet unnötig Spielraum für Verfahrensverzögerungen, so dass hier mittels einer Ex-ante-Kontrolle diese Frage im Vorfeld sachgerecht gelöst wird.<sup>269</sup>

Schließlich gilt es in den Netzwirtschaften nicht bloß Fragen der ökonomischen Regulierung, sondern auch andere Aspekte zu überwachen und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen. Es sind gerade in den Netzsektoren auch die technischen Standards sowohl i.S.v. Qualitätsstandards als auch der Koordination und Interkonnektivität der Netzbestandteile aufrechtzuerhalten.<sup>270</sup> Schließlich bewegt sich das Recht hinsichtlich der Netzindustrien in einem gänzlich anderen Rechtsrahmen als das allgemeine Wettbewerbsrecht.<sup>271</sup> Das allgemeine Wettbewerbsrecht gibt keinerlei Ansätze her, den konkurrierenden und komplementären Aufgaben von Wettbewerbssi-

---

<sup>263</sup> Auch hierin liegt eine begriffliche Abgrenzung der Regulierung, indem die Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsregeln nicht als Regulierung i.e.S. verstanden werden soll.

<sup>264</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 41.

<sup>265</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 155.

<sup>266</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 41ff.

<sup>267</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 43; Leschke, Rn. 18.

<sup>268</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 12.

<sup>269</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 41ff.

<sup>270</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 42.

<sup>271</sup> Mehr dazu unter Abschnitt B.V.3.

mulation bzw. -etablierung und Gemeinwohlsicherung gleichermaßen gerecht zu werden.<sup>272</sup>

### 3. Ökonomische Regulierung

#### a) Regulierung zur Wettbewerbsetablierung

Ziel der Regulierung ist ganz vordergründig die Etablierung von Wettbewerb. Vor dem Hintergrund des Liberalisierungsgrades der Netzwirtschaften und unter Berücksichtigung der spezifischen Merkmale dieser Sektoren muss oftmals versucht werden, die Verfestigung marktmäßiger Wettbewerbsprozesse dadurch zu induzieren, dass man in dem kritischen bottleneck-Bereichen den Wettbewerb mittels Regulierung in dessen Ergebnissen zu simulieren sucht, um somit eine Annäherung an diese Mechanismen für die komplementären Märkte zu erreichen.

Ein anschauliches Beispiel für die auf Wettbewerbsetablierung gerichtete ökonomische Regulierung ist der sog. Investitionsleiteransatz.<sup>273</sup> Danach beginnt der Neuling als bloßer Diensteanbieter auf der „untersten Sprosse“ des Wettbewerbs und steigt dank zunehmender Investitionen in die Infrastruktur schließlich zum Mitbewerber im Netz selber auf und beseitigt damit die bottleneck-Situation.

Für den Fall, dass ein Marktversagen konstatiert wird, gilt es zu klären, unter welchen Bedingungen die Marktmechanismen am ehesten etabliert und am besten simuliert werden können. Gerade indem man Marktmechanismen aus- bzw. nachbilden will, ist hier wieder ein starker wirtschaftswissenschaftlicher Einfluss bei der Frage zu konstatieren, wie das gelingen soll.

Die normative Theorie der Regulierung hat ihren Ausgangspunkt in der Annahme von Marktversagen bzw. Marktunvollkommenheiten, die es durch staatliche Eingriffe zu regulieren gilt. Dabei sollen vor allem Kriterien entwickelt werden, wie zu regulieren ist. Dies beinhaltet die Frage danach, welche Netzbereiche (sog. Regulierungsbasis) mit welchen Instrumenten (Regulierungsinstrumente) reguliert werden sollen.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 41.

<sup>273</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 21; vor allem auf den Telekommunikationssektor bezogen Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 342ff.

<sup>274</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 155.

Demgegenüber sucht die positive Theorie der Regulierung die Entstehung, Veränderung und Beendigung sowie die institutionelle Umsetzung sektorspezifischer Regulierung zu ergründen. Im Zentrum dieses Ansatzes steht die Frage, wie tatsächlich reguliert wird.<sup>275</sup> Ein wichtiger Teil der Betrachtungen besteht darin, die Motivation für die Regulierung zu ergründen.<sup>276</sup> Im Rahmen der positiven Theorie der Regulierung werden im Wesentlichen zwei Ansätze gegenübergestellt.

Der sog. Public-Interest-Theorie liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Marktversagen regulierende Instanzen ausschließlich dem Gemeinwohl entsprechend handeln und auch in der Lage sind, das Marktversagen vollständig zu korrigieren.<sup>277</sup> Die Public-Interest-Theorie bedient sich dabei der sog. „rate-of-return“-Regulation, indem Unternehmen eine Gewinnbeschränkung auf das eingesetzte Kapital auferlegt wurde.<sup>278</sup> Dieser Ansatz beeinflusste lange Zeit die Gesetzgebung der sektorspezifischen Regulierung.<sup>279</sup> Mit der Entdeckung des Averch-Johnson-Effektes wurden jedoch unerwünschte Nebenfolgen dieses Regulierungsansatzes sichtbar.<sup>280</sup>

Eine andere Perspektive der positiven Theorie der Regulierung ist die sog. Capture-Theorie.<sup>281</sup> Diese Theorie setzt zwei Überlegungen voraus. Zunächst einmal haben Regulierungsinstanzen, einmal ins Leben gerufen, ein starkes Interesse daran, erfolgreich zu arbeiten und darüber ihren Fortbestand zu sichern. Die Unternehmen als Adressaten der Regulierung sind wiederum daran interessiert, dass sich die Regulierung zu ihren Gunsten auswirkt. Dieses Ziel suchen die Unternehmen durch Zusammenarbeit zu erreichen. Aus diesen beiden Voraussetzungen zieht die Capture-Theorie die Schlussfolgerung, dass sich die Regulierungsinstanzen mit der Zeit die Interessen ihrer Regulierungsadressaten zu eigen machen.<sup>282</sup>

---

<sup>275</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 181f.

<sup>276</sup> Ebenda.

<sup>277</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 80; dies geschieht wesentlich dadurch, dass die Monopolrente durch Grenzkostenpreise (Ramsey-Boiteux-Preise, vgl. Abschnitt: B.V.2.a)cc)) abgeschöpft wird.

<sup>278</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 81, 87.

<sup>279</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 80.

<sup>280</sup> Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 81, 87; der Averch-Johnson-Effekt zeigt auf, dass eine Anreizverzerrung für das regulierte Unternehmen dahingehend besteht, ineffizient viel Kapital in die Produktion zu investieren, die von der sog. Minimalkostenkombination abweicht.

<sup>281</sup> Leschke, Rn. 79; diese Theorie geht maßgeblich auf die Chicago-Schule zurück.

<sup>282</sup> Leschke, Rn. 80; dabei werden steigende Gewinne der regulierten Unternehmen / Branche als Erfolg angesehen.

Schließlich vertritt Knieps in neuerer Zeit den sog. disaggregierten Regulierungsansatz.<sup>283</sup> Zuvörderst sind hierbei jene Bereiche einer Netzindustrie zu unterscheiden, in denen stabile Marktmacht besteht, und jene, die durch aktive oder potenzielle Wettbewerber bestreitbar sind.<sup>284</sup> Stabile Marktmacht liegt dabei dann vor, wenn in einer wesentlichen Einrichtung ein natürliches Monopolvorliegt. Dies ist gegeben, wenn<sup>285</sup>

- sie unabdingbar ist, um die Abnehmer zu erreichen; d.h., es gibt keine andere solche Einrichtung i.S.e. aktiven Substituts,
- eine vergleichbare Einrichtung auch mit angemessenen wirtschaftlichen Mitteln nicht neu geschaffen werden kann, also kein potenzielles Substitut existiert.

Solche Marktmacht tritt ausschließlich im Bereich von Netzinfrastrukturen auf.<sup>286</sup> Will man diese netzspezifische Marktmacht disziplinieren, so ist ein symmetrischer Zugang zu den bottleneck-Einrichtungen für sämtliche aktive und potenzielle Wettbewerber zu gewährleisten;<sup>287</sup> dies nicht zuletzt auch deswegen, weil netzspezifische Marktmacht auch strategisches Verhalten oder durch positive Externalitäten der Zugang erschwert werden kann.<sup>288</sup>

Zusammenfassen lässt sich die Grundkonzeption des disaggregierten Regulierungsansatzes in folgende Thesen:<sup>289</sup>

- Beschränkung der Regulierung auf netzspezifische Marktmacht.
- Beendigung der Regulierung bei Wegfall dieser Voraussetzung.
- Anreizregulierung im Bereich monopolistischer bottlenecks.

---

<sup>283</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 14ff.; Knieps, Netzökonomie, S. 162ff.; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 96ff.

<sup>284</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 162; vgl. auch Abschnitt B.III.2.c).

<sup>285</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 165; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 103f.; insofern liegt eine Deckungsgleichheit mit der aus dem US-amerikanischen Antitrustrecht stammenden „essential facilities-doctrine“ vor. Jedoch wird versucht, ein dynamischeres Verständnis herzustellen, um Anreize für Innovation und Investition zu schaffen; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 104.

<sup>286</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 164.

<sup>287</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 165, wobei der Begriff „symmetrisch“ wohl als juristisch „diskriminierungsfrei“ zu verstehen ist.

<sup>288</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 156.

<sup>289</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 191; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 96f.

## *b) Bandbreite des Regulierungsinstrumentariums*

Gerade in der ökonomischen Regulierung sind unter dem Oberbegriff „Regulierungsinstrumente“ all jene Eingriffsmaßnahmen zu fassen, die den Regulierungsinstanzen die Berechtigung einräumen, in die Marktprozesse zu intervenieren.<sup>290</sup>

### *aa) Zutrittsregulierung*

Gerade im Zusammenhang mit der Liberalisierung der Netzwirtschaften war die Marktöffnung i.S.v. Rückbau von Marktzutrittsbarrieren ein zentrales Anliegen. Dabei wurden durch oder aufgrund Gesetzes Eintrittsschranken aufgebaut, die bestimmte Unternehmen vom Wettbewerb bestimmter Märkte ausschlossen.<sup>291</sup>

Diese rechtlich begründeten Monopole stellen die gravierendste Form einer Zutrittschranke dar. Indem eine exklusive Bedienung eines Marktes auf einen Anbieter beschränkt wird, wird zwangsläufig die wirtschaftliche Freiheit der privaten Individuen eingeschränkt.<sup>292</sup>

Eine weitaus mildere Zutrittsregulierung zum Markt ist die Genehmigung.<sup>293</sup> Die Kontrollgenehmigung stellt dabei ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar.<sup>294</sup> Die Kontingentgenehmigung hat dabei einen über die bloße Wiederherstellung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit hinausgehenden Aspekt. Im Fall einer Kontingentierung wird ein knappes Gut durch die Behörde in einem Verfahren unter den Bewerbern verteilt; in der Genehmigung liegt mithin auch ein besonderes Recht zum Gebrauch des Guts.<sup>295</sup>

Schließlich kann die bloße Anzeige von wettbewerbsrelevanten Tatsachen als die mildeste Form hinsichtlich des Zutritts zu regulierten Märkten gelten.<sup>296</sup>

---

<sup>290</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 16.

<sup>291</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 164.

<sup>292</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 164ff. Die Gewährung der ausschließlichen Leistungserbringung kann durch die öffentliche Hand selbst (staatliches bzw. kommunales Monopol, Bundespost, Deutsche Bundesbahn) oder einen privaten Anbieter (Monopolkonzession, -lizenz, Deutsche Post, Deutsche Bahn) eingeräumt werden. Weiterhin unterscheidet man zwischen echten rechtlichen Monopolen, die ausdrücklich eine Leistungserbringung für nur ein Wirtschaftssubjekt reservieren, unechten rechtlichen Monopolen, welche aus einem gesetzlichen Anschluss- und Benutzungszwang resultieren, und quasi-rechtlichen (faktischen) Monopolen, indem Rechtssätze bestimmte Tätigkeiten nur bestimmten Institutionen gewähren, ohne damit einen Marktausschluss zu bezwecken.

<sup>293</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 168.

<sup>294</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 168ff.

<sup>295</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 171ff.

<sup>296</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 180.



### bb) Zugangsregulierung

Die Zugangsregulierung stellt das „Herzstück der Regulierung der Netzwirtschaften“<sup>297</sup> dar und ist in seiner Notwendigkeit zur Etablierung und Simulation wettbewerbsmäßiger Marktmechanismen auch weitestgehend unbestritten.<sup>298</sup>

Die Zugangsregulierung hat die Möglichkeiten und Voraussetzungen der Wettbewerber zum Gegenstand, auf die Netzinfrastruktur anderer – meistens des bottlenecks-Inhabers – zurückzugreifen, um eigene Produkte am Endkundenmarkt anzubieten.<sup>299</sup>

Es gilt also die Bereiche, die sich als natürliche Monopole darstellen, als unerlässliche Zugangsobjekte zu identifizieren und für alle Marktakteure zu gleichen Konditionen nutzbar zu machen, um so diese Engpassbereiche als Wettbewerbsfaktor auszuschalten.<sup>300</sup> Es besteht mithin die Notwendigkeit, die Entgelte für die Zugangsgewährung so zu regulieren, dass einem Ausbeutungsmisbrauch oder einer Verdrängungsintention vorgebeugt wird.<sup>301</sup>

### cc) Regulierung der Entgelte

Bei der Regulierung der Entgelte lässt sich unterscheiden zwischen den Entgelten für den Netzzugang und der Regulierung auf den nachgelagerten (Endkunden-)Märkten

Wie die Netzzugangspreise optimalerweise ermittelt werden, ist einer der meistersörterten Fragen der Netzökonomie.<sup>302</sup> Bei der Regulierung der Zugangsentgelte besteht weitestgehende Einigkeit dahingehend, dass sich diese als notwendige Folge des Zugangs darstellt.<sup>303</sup>

Die Entgeltregulierung bezüglich der Endkunden wird aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht als nicht mehr gerechtfertigter staatlicher Eingriff in die Marktprozesse angesehen.<sup>304</sup>

---

<sup>297</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 182.

<sup>298</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 48.

<sup>299</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 182.

<sup>300</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 49.

<sup>301</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 20.

<sup>302</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 23.

<sup>303</sup> So etwa Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 16f.

<sup>304</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 168; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 37.

*dd) Exkurs: Entflechtung bzw. unbundling*

Eine Grundsatzentscheidung betrifft dabei die Frage, ob dem bottleneck-Monopolisten gestattet werden soll, sich auch auf anderen, insbesondere aber den komplementären nachgelagerten Märkten wirtschaftlich zu betätigen.<sup>305</sup> Dem Hauptargument für ein sog. ownership unbundling i.S.e. einer Trennung von Netz und Betrieb,<sup>306</sup> der Gefahr der Eigennutzung und diskriminierender Preisgestaltung gegenüber Wettbewerbern<sup>307</sup> werden dabei die Ersparnis von Transaktionskosten einer Schnittstelle, der Verlust von Verbundvorteilen und weniger Anreize des Betreibers, das Netz zu pflegen und auf einem technisch aktuellen Stand zu halten, entgegengehalten.<sup>308</sup> Kernproblem eines unbundlings in der Praxis ist aber, die subadditiven Bereiche trennscharf einzugrenzen.<sup>309</sup> So wird die These vertreten, dass ein Mangel an Entflechtung von Netzinhaberschaft und Netznutzung innerhalb eines Konzerns einen erhöhten Aufwand in der Zugangs- und Zugangsentgeltregulierung mit sich bringt.<sup>310</sup>

#### 4. Nichtökonomische Regulierung

Selbst wenn Märkte einen in sich funktionsfähigen Wettbewerb haben bzw. hätten, heißt das nicht, dass damit allen gesellschaftlichen Bedürfnissen nach der Güterallokation Rechnung getragen wird.<sup>311</sup> Regulierung kann also auch auf gemeinwohlrelevante Ziele verpflichtet sein, die von einer wohlstandstheoretischen pareto-optimalen Ressourcenverteilung abweicht.<sup>312</sup>

Indem die Netzwirtschaften Güter erwirtschaften, die für die Sicherung des Daseins in einem angemessenen Rahmen und zur Funktionsfähigkeit der Wirtschaft insgesamt unerlässlich sind, ist eine ausgeglichene Mindestversorgung der Bevölkerung mit diesen Gütern zu sichern.<sup>313</sup> Diesem Grundbedürfnis ist der Verfassungsgeber nachgekommen, indem er diese Mindestversorgung in den Art. 87e Abs. 4 und Art. 87f Abs. 1 GG verankerte.

---

<sup>305</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 228f.; Leschke, Rn. 104.

<sup>306</sup> Leschke, Rn. 104.

<sup>307</sup> Ebenda.

<sup>308</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 229; Leschke, Rn. 104.

<sup>309</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 229.

<sup>310</sup> Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (583f.).

<sup>311</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 36.

<sup>312</sup> Ebenda.

<sup>313</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 36 .

Zwar mag der Staat sich von der Leistungserbringung distanziert haben, durch diese Anbindung bleibt er aber in einer Gewährleistungs-, Infrastruktur- und Reguliervantwortung zur Sicherung dieser Mindestversorgung.<sup>314</sup> Solche wettbewerbsneutrale Sicherung des Minimums an Netzleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge wird als „Universaldienste“ begrifflich gefasst und ist ebenfalls Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung.<sup>315</sup>

Diese Grundrechte müssen oftmals mit anderen Grundrechten und Verfassungsgütern in Einklang gebracht werden. Der Schutz von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG steht einer einseitigen Marktverwirklichung ebenso entgegen wie etwa die Staatszielbestimmung des Umweltschutzes aus Art. 20a GG. Solche Zielkonflikte<sup>316</sup> prägen das sektorspezifische Regulierungsrecht nachhaltig und können die ökonomischen Erwägungen der Regulierung auch überwiegen.

---

<sup>314</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 37; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 541f.; Schuppert, Staatswissenschaft, S. 585ff.

<sup>315</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 353f.

<sup>316</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 36.

## **C. Dogmatik des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Drittschutzes**

### **I. Stand und Diskussion um das subjektive öffentliche Recht**

Das subjektive öffentliche Recht ist für den Rechtsschutz im deutschen Verwaltungsrecht Dreh- und Angelpunkt, zugleich aber auch eines der am heftigsten umstrittenen Institute dieses Rechtsbereiches. Dabei wird nicht bloß um die Ermittlung des subjektiven öffentlichen Recht vor allem in den sog. Drittschutzfällen gestritten, sondern auch darum, ob und, wenn ja, wie Grundrechte und europarechtliche Normen und Vorgaben geeignet seien, in der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik drittschützende Wirkung zu entfalten.

#### **1. Das subjektive öffentliche Recht als Bestandteil des deutschen Verwaltungsrechts**

##### **a) Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts für das deutsche Verwaltungsrecht**

Begründet wurde die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht durch Ottmar Bühler<sup>317</sup>; seine Begriffsbestimmung prägt dieses Rechtsinstitut bis heute.<sup>318</sup> So überdauerte diese Lehre auch den Wechsel in das öffentlich-rechtliche Rechtssystem, das mit Art. 19 Abs. 4 GG in der Bundesrepublik etabliert wurde. Im Wesentlichen erschloss Otto Bachof<sup>319</sup> diese Lehre den neuen Umständen; die wesentliche Transformationsleistung lag in dem „Etikettentausch“<sup>320</sup> des spätkonstitutionellen Verständnisses des durch ein subjektives öffentliches Recht berechtigten Objektes „Untertan“ hin zum „Bürger“ des Grundgesetzes. Mit dem subjektiven öffentlichen Recht verwirklicht sich die Grundhaltung des Bürgers als Rechtssubjekt, dem auch gegenüber dem Staat die Möglichkeit eingeräumt wird, sich auf „sein Recht“ zu berufen.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, S. 21, 224.

<sup>318</sup> So wohl auch Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 382.

<sup>319</sup> Subjektives öffentliches Recht als gesicherte Rechts- oder Willensmacht, Bachof, in: Otto Bachof., S. 292.

<sup>320</sup> Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 134.

<sup>321</sup> Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 383; Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 118.

Indem Art. 19 Abs. 4 GG eine Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt einfordert, entscheidet sich das GG in verwaltungsprozessualer Hinsicht für einen Individualrechtsschutz. Individualrechte in diesem Verständnis sind subjektive öffentliche Rechte, die nun das öffentlich-rechtliche Rechtsschutzsystem ganz maßgeblich prägen.<sup>322</sup> Daher ist die Frage nach dem Rechtsschutz gegen Akte der Verwaltung eng verknüpft mit der Frage danach, ob und in welchem Umfang subjektive öffentliche Rechte dem Bürger zugestanden wurden. Nur wenn und soweit der Tatbestand eines subjektiven öffentlichen Rechts erfüllt ist, kann sich der Bürger auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG berufen.<sup>323</sup>

Durch diese Verzahnung wird eine der wichtigsten materiell-rechtlichen Fragen des Verwaltungsrechts ausschlaggebend für den Rechtsschutz, welche in der Diskussion daher im Wesentlichen unter der prozessualen Zulässigkeitsvoraussetzung der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO erörtert wird.<sup>324</sup> In der Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO manifestiert sich die Anforderung einer materiellen Rechtsposition als prozessuale Voraussetzung. Darin erschöpft sich allerdings nicht die Wirkung des subjektiven öffentlichen Rechts auf das deutsche Verwaltungsprozessrecht. Aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO geht hervor, dass nur „soweit [...] der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“, das Gericht dem klägerischen Begehren entspricht. Das subjektive öffentliche Recht ist damit nicht bloß Voraussetzung, sondern auch ein wichtiger Maßstab für den Umfang einer gerichtlichen Kontrolle von Akten der öffentlichen Gewalt.<sup>325</sup>

#### *b) Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts*

Auch hinsichtlich der Voraussetzungen eines subjektiven öffentlichen Rechts bilden Ottmar Bühlers Ausführungen nach wie vor den zentralen Ausgangspunkt. Nach seiner Überlegung ist ein subjektives öffentliches Recht dann gegeben, wenn<sup>326</sup>

- ein Rechtssatz,
- der zwingenden Charakter habe,

---

<sup>322</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 117.

<sup>323</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 146.

<sup>324</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 43.

<sup>325</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 116.

<sup>326</sup> Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, S. 21.

- einer Befriedigung der Individualinteressen von bestimmten Personen bzw. Personenkreise und nicht bloß Allgemeininteressen diene
- und im Interesse dieser Personen dazu erlassen wurde, dass diese sich darauf berufen können.

Die normative Anbindung des subjektiven öffentlichen Rechts als Voraussetzung wird nach wie vor eingefordert.<sup>327</sup> Was die Frage des zwingenden Charakters angeht, so wird heute nicht mehr mit Bühler ein subjektives öffentliches Recht ob dieses Erfordernisses ausgeschlossen, weil der Behörde Ermessen eingeräumt wurde.<sup>328</sup> Was die Rechtsmacht angeht, also die Möglichkeit der Geltendmachung gegenüber der verpflichteten Behörde<sup>329</sup>, so begründet Art. 19 Abs. 4 GG eine Vermutung für das Bestehen eines subjektiv öffentlichen Rechts.<sup>330</sup>

Einzig die Interessenfeststellung bleibt auch in heutiger Zeit ein schwieriges Unterfangen. Bachof sieht hier eine wichtige Aufgabe in der Abgrenzung von geschützten Rechtspositionen gegenüber sog. Rechtsreflexen.<sup>331</sup> Rechtsreflexe seien dabei „solche Wirkungen einer Rechtsnorm [...] die eine Person faktisch begünstigen oder belasten, ohne ihren Bestand an Rechten und Pflichten unmittelbar zu verändern“.<sup>332</sup> Solche bloßen faktischen Begünstigungen seien nun gegenüber den durch die Rechtsnorm bezweckten abzugrenzen; die Grenze zwischen beiden Konsequenzen eines Normbefehls sei dabei, ob ein dem Einzelnen zuordenbares geschütztes Interesse die Begünstigung bewirke.<sup>333</sup>

Nicht weniger schwierig ist die Abgrenzung von Individual- und Gemeininteressen. Indem beide sich nicht zwingend antinomisch gegenüberstehen, sondern vielfach kongruent sind, lässt sich eine allgemeine Regel zur Abgrenzung nicht aufstellen, so dass der jeweilige Rechtssatz auf den Individualinteressengehalt untersucht werden muss.<sup>334</sup>

<sup>327</sup> So Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 118f.

<sup>328</sup> Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, S. 21; das Recht auf fehlerfreie Ermessenausübung beinhaltet ein subjektives öffentliches Recht, Bachof, in: Otto Bachof., S. 295.

<sup>329</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 46.

<sup>330</sup> Bachof, in: Otto Bachof., S. 301ff.

<sup>331</sup> Bachof, in: Otto Bachof., S. 288.

<sup>332</sup> Bachof, in: Otto Bachof., S. 288.

<sup>333</sup> Ders., S. 291ff.

<sup>334</sup> Ders., S. 296f.

Die Ermittlung dieser Individualschutzgehalte erfolgt heute nach der herrschenden Schutznormlehre.

## 2. Schutznormlehre

Betrachtet man die Diskussion um das subjektive öffentliche Recht voraussetzungsorientiert, hat sich die Debatte auf den Individualschutz zugespitzt.<sup>335</sup> Sowohl die Abgrenzung der Individualinteressen gegenüber den Rechtsreflexen als auch gegenüber den Allgemeininteressen hängt dabei von der Schutznormlehre ab.<sup>336</sup> Daher hat sich in der modernen Verwaltungsrechtsdogmatik das Problem um das subjektive öffentliche Recht auf die Schutznormtheorie und deren Anwendung eingeeignet.<sup>337</sup>

Kernaussage der Schutznormlehre ist dabei, dass eine Norm dann ein subjektives öffentliches Recht enthält wenn sie nicht ausschließlich allgemeinen, sondern auch Individuellen Interessen zu dienen bestimmt ist.<sup>338</sup> Insofern geht auch hier die Schutznormlehre auf die Bühler'schen Kriterien für ein subjektives öffentliches Recht zurück.<sup>339</sup>

Kernproblem der Schutznormlehre ist, dass nur wenige Rechtssätze den Schutz eines Individualinteressen offen aufzeigen,<sup>340</sup> so dass die Schutznormlehre „nach heutigem Verständnis eine Sammelbezeichnung für einen Kanon von Methoden und Regel darstellt, nach denen der subjektiv-rechtliche Gehalt eines Rechtssatzes erschlossen“ werden solle.<sup>341</sup> Ein wichtiges Indiz für einen durch den Rechtssatz bezweckten Individualschutz ist dabei, ob durch individualisierende Tatbestandsmerkmale ein abgegrenzter bzw. abgrenzbarer Begünstigtenkreis herausgearbeitet werden kann.<sup>342</sup>

Hinsichtlich der Auslegung wird der Savigny'sche Auslegungskanon entsprechend der gültigen Methodenlehre angewandt.<sup>343</sup> Lässt sich dem Wortlaut eindeutig ein subjektives öffentliches Recht entnehmen bzw. wird ein solches durch den Wortlaut

---

<sup>335</sup> Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 138, 140.

<sup>336</sup> Zu den alternativen Bezeichnungen sei auf Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S. 583, dort die Fußnote 1, verwiesen.

<sup>337</sup> Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 133.

<sup>338</sup> BVerwGE 94, 151 (158); 92, 313 (317); 82, 344; 81, 334; Kopp/Schenke/Schenke/Kopp-Schenke., § 42 Rn 71.

<sup>339</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 136.

<sup>340</sup> Bachof, in: Otto Bachof., S. 294.

<sup>341</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 128.

<sup>342</sup> Blankenagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(19f.); Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 139; Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 386.

<sup>343</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 137ff; Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 391.

ausgeschlossen, so ist dieser Wertung Folge zu leisten. War bei Bühler noch die historisch-genetische Auslegung für die Ermittlung subjektiv öffentlicher Rechte zentral,<sup>344</sup> so wird heute auf den objektiven Normzweck, der sich aus der teleologischen Auslegung ergibt, abgestellt.<sup>345</sup>

Nicht zwingend erforderlich ist es, dass sich eine bejahende Auslegung auf die gesamte Norm bezieht. Möglich ist, dass eine subjektiv-rechtliche Ausgestaltung nur auf bestimmte Anordnungen zutrifft, so dass dann nur eine teilweise Subjektivierung anzunehmen ist.<sup>346</sup>

### 3. Kritik am Schutznormkonzept

#### a) Allgemeine Auseinandersetzung

Hartmut Bauer ist es zu verdanken, dass die zur Schutznormlehre kritischen gestimmten Ansichten zusammengefasst dargestellt und um seine Auffassung bereichert wurden.<sup>347</sup> Vorliegend soll daher erst gar nicht erst der Versuch unternommen werden, diese unerreichte Übersicht verbessern zu wollen. Die breitgefächerte Kritik beinhaltet drei größere Blöcke, die auch von deren Befürwortern im Kern als Problem anerkannt werden.

Zunächst wird dem Schutznormkonzept vorgeworfen, dass die Ermittlungsergebnisse, die unter Anwendung der Schutznormlehre zustande kommen, sehr zufällig seien, so dass sich eine kaum noch zu überblickende, geschweige denn nachzuvollziehende Kasuistik entwickelt habe;<sup>348</sup> Kardinalbeweis hierfür sei der „Dünnsäurefall“ des Altenwerder Kutterfischers.<sup>349</sup> Tiefere Ursache dieser Unsicherheiten in der Anwendung sei, dass es keinen Grundkonsens, keine bzw. zu wenig dogmatische Schnittmenge gebe, so dass jeder, der sich mit dem Schutznormkonzept auseinandersetzt, „nach Neigung, wissenschaftlichem, politischem und historischem Standpunkt diejenigen Fragen herausgreift, die ihm besonders interessant und für die zukünftige

---

<sup>344</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 113.

<sup>345</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 139.

<sup>346</sup> Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, 258.

<sup>347</sup> Negativbezeichnungen in Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S. 604f.; der problematischen Divergenz in den Ausgangspunkten zum Verständnis der Schutznormtheorie, der Berücksichtigung der praxisrelevanten Probleme sowie der sich mit der Schutznormlehre befassenden Querschnittsdisziplinen, Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 155f.

<sup>348</sup> Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 142.

<sup>349</sup> BVerwGE 66, 307 (308); OVG Hamburg, JZ 1981, 701f.; Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 149ff.



Entwicklung des subjektiven Rechts wegweisend erscheinen“.<sup>350</sup> Schließlich sei die Unbestimmtheit des Interessensbegriffes zu nennen; vielfache Versuche, den Interessensbegriff zu konturieren<sup>351</sup> oder durch andere, vermeintlich fassbarere Terminologien zu ersetzen, haben nicht verfangen. Versuche, dabei die Schutznormlehre durch die sog. Rechtsverhältnislehre zu ersetzen,<sup>352</sup> erscheinen dabei weniger als ernstzunehmende Alternative als eher eine Anreicherung des methodischen Schwerpunkts bei der Schutznormermittlung durch die systematische Auslegung.

Dennoch halten gewichtige Stimmen an der Schutznormlehre fest, sogar von den entschiedenen Gegnern des Schutznormkonzepts wird deren Vorzug, ihre Flexibilität auch in Verschiedenen Rechtsgebieten in verschiedenen Zeiten brauchbare Ergebnisse zu liefern, konzediert.<sup>353</sup>

#### *b) Brauchbarkeit der Schutznormlehre für den Drittschutz*

In der Konsequenz des Elfes-Urteils<sup>354</sup> haben sich wesentliche Veränderungen der verwaltungsprozessualen Anforderungen an die Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts ergeben. Gemäß der Adressatentheorie ist ein Adressat einer belastenden Verwaltungsmaßnahme stets zumindest aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG klagebefugt. Im Falle der Rechtswidrigkeit der Maßnahme entspringt aus dem status negativus des Art. 2 Abs. 1 GG ein subjektives öffentliches Recht auf Wiederherstellung der zu Unrecht verkürzten Freiheitssphäre.<sup>355</sup> Für solche Konstellationen erübrigt sich also eine nähere Ergründung einer einfachrechtlichen Gewährleistung eines subjektiven öffentlichen Rechts sowohl in prozessualer als auch materieller Hinsicht.

Damit fallen alle zweiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnisse aus einer ernsthaften Erörterung der Schutznormlehre heraus. Somit verengt sich die dogmatische Diskussion hinsichtlich subjektiv öffentlicher Rechte noch weiter auf die Anwendung der

---

<sup>350</sup> Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 160.

<sup>351</sup> Krüper, Gemeinwohl im Prozess, S. 131ff.

<sup>352</sup> Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S. 611ff.

<sup>353</sup> „Die Schwäche der Schutznormtheorie ist zugleich ihre Stärke!“, Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S. 607.

<sup>354</sup> BVerfGE 6, 32.

<sup>355</sup> König, Drittschutz spricht von der Subjektivierung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns durch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG; S. 34f.; Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 94f.

Schutznormlehre auf nur mehrseitige Verwaltungsrechtsverhältnisse, was in der Verwaltungsrechtswissenschaft unter dem Begriff „Drittschutz“ diskutiert wird.<sup>356</sup>

Ob allerdings die Schutznormlehre mit ihrer Gegenüberstellung von Individual- und Gemeininteressen geeignet ist, mehrseitige Drittschutzkonstellationen sachgerecht zu erfassen und aufzulösen, wird in der Literatur bezweifelt. Beim Drittschutz kollidieren vielmehr einander gegenüberstehende Individualinteressen; hier muss bedacht werden, dass eine Berechtigung des einen zugleich mit einer Belastung des anderen Privaten einhergeht.<sup>357</sup> So verbietet sich also auch eine weite, rechtsschutzfreundliche Auslegung, die an sich in einem Abwehr- bzw. Begehrfall zwischen Bürger und Verwaltung ob des Art. 19 Abs. 4 GG vorzuziehen sei.<sup>358</sup> Die Vermutungsthese, wie sie Bachof – wohl mit den bipolaren Konflikten zwischen Bürger und Staat vor Augen – formuliert hat, hebt sich in mehrseitigen Konflikten selber aus;<sup>359</sup> soll sie für beide Individualinteressen gleichermaßen Wirkung entfalten, hebt sie sich selber auf, wirkt sie nur zu Gunsten eines Interesses, muss dies wiederum begründet festgestellt werden. Vielmehr müssten hier Wege gefunden werden, die sich widerstreitenden Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen.<sup>360</sup>

Zugleich steht die Grundfrage der Schutznormlehre bei mehrseitigen Konflikten in Zweifel. Der Schutz, den der Staat einer bestimmten bzw. bestimmbaren Personengruppe für deren Einzelinteresse hat zukommen lassen, lässt noch keine Aussage darüber zu, ob er auch hat bezwecken wollen, ob diese Individualinteressen sich gegenüber entgegengesetzten anderweitigen Individualinteressen durchsetzen soll.<sup>361</sup>

Die Schutznormlehre baut gedanklich auf einem zweiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis auf, indem durch die Grundrechtsbindung der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ob des Art. 19 Abs. 4 GG eine im Zweifel weite Auslegung zu Gunsten der Gewährung eines subjektiven öffentlichen Rechts zu wählen ist. Das

---

<sup>356</sup> Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, S. 144, 146f.; Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, S. 120; König, *Drittschutz*, 35; Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, S. 101; Wahl, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1996, S. 641 (641).

<sup>357</sup> Preu, *Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, S. 258.

<sup>358</sup> Kein „in dubio pro cive“, Schmidt-Aßmann, *Art. 19 Abs. 4*, Rn. 22.

<sup>359</sup> Schmidt-Aßmann, *Art. 19 Abs. 4*, Rn. 3, 124; Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, S. 205ff.

<sup>360</sup> Petersen, *Der Drittschutz in der Baunutzungsverordnung durch die Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung*, S. 40.

<sup>361</sup> Petersen, *Der Drittschutz in der Baunutzungsverordnung durch die Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung*, S. 35.

Ausgleichsproblem konfligierender Privatinteressen in einem mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis stellt die Frage, ob die Schutznormlehre in ihrer bisherigen Konzeptionierung überhaupt noch eine adäquate Lösung von Drittschutzkonstellationen ermögliche.<sup>362</sup>

## **II. Drittschutz nach der Konfliktschlichtungsformel**

Die Konfliktschlichtungsformel geht auf Schmidt-Preuß zurück und versucht den im Gesetz enthaltenen Ausgleich des Interessenkonflikts Privater fassbar zu machen.

### **1. Gedanklich Einbettung der Konfliktschlichtungsformel**

Die Konfliktschlichtungsformel setzt in vielerlei Hinsicht einen Paradigmenwechsel in der Bewertung von Drittschutzkonstellationen voraus. Die bisherige, auf die Bipolarität Staat–Bürger ausgerichtete Schutznormdogmatik muss in einigen zentralen Aspekten überdacht und an die tatsächlichen Gegebenheiten der mehrseitigen Konflikte angepasst werden.

Dabei sollte sich zunächst der Terminologie zugewandt werden. Die geläufige „Zählweise“ in mehrseitigen Konfliktlagen ist, dass der Adressat einer Verwaltungsmaßnahme „der Erste“, die erlassende Verwaltung „der Zweite“ und der betroffenen Nichtadressat „der Dritte“ ist.<sup>363</sup> Zwar ergibt sich aus dieser Reihenfolge kein impliziter Vorrang des Adressaten in dessen Schutzwürdigkeit gegenüber „dem Dritten“,<sup>364</sup> dennoch muss hier festgestellt werden, dass die Dogmatik aus ihrem historischen Herkommen und in der Folge auch die Gesetze sich vorwiegend mit dem Adressaten befassen.<sup>365</sup> Aus dem spätkonstitutionellen Verständnis des subjektiven öffentlichen Rechte, wie es bei Bühler zum Ausdruck kam, war die Fallgestaltung, dass der „Untertan“ gegen den Staat vorgeht, eine Ausnahmeerscheinung, der Fall, dass der Bürger gegen den Staat einen privaten Interessenskonflikt im Verwaltungsrecht

---

<sup>362</sup> Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1 vergleicht die Übertragung der Schutznormlehre auf Drittschutzfälle mit der „Verwechslung eines Dietrichs mit einem Schlüssel“, Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(7); ebenso wird von einer weder sachgerechten noch zeitgemäßen Lösung durch die Schutznormlehre ausgegangen von Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 22; Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 44. Damit verbleibt die Frage, inwiefern eine Existenzberechtigung der Schutznormlehre noch besteht, wenn ihr verbleibendes Anwendungsgebiet der Drittschutzproblematik von ihr nicht adäquat aufgelöst werden kann, welche Wahl im Kern als bloß terminologische Auseinandersetzung begreift, Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 97.

<sup>363</sup> Kunig, Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens / Peter Selmer (Hrsg.), S. 599 (599); Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 67.

<sup>364</sup> Wahl sieht eine „interessenverzerrende Wirkung“, die auch in der gegenwärtigen Anwendung „falsche Assoziationen“ wecke; Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 70.

<sup>365</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 68.

austrägt, nicht vorgesehen; nach damals gängiger Diktion waren Streitigkeiten unter Privaten Sache der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit.

Wenngleich das subjektive öffentliche Recht unter der Geltung des Grundgesetzes viele Modernisierungen erfahren hat, so blieb die Anerkennung und Entwicklung des Drittschutzes lange Zeit hinter dem übrigen Tempo zurück,<sup>366</sup> wohl auch gerade wegen der ungeklärten Fragen und nur sehr bedingten Übertragbarkeit des Schutznormkonzepts auf Drittschutzkonstellationen. Zentraler Ausdruck dieses Problems ist dabei, dass die Rechtsnormen nach wie vor auf die bipolaren Vertikalbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger abstellen. Anerkannt werden muss allerdings, dass es ohne einen handelnden bzw. adressierten „Ersten“ keine Konfliktsituation geben kann, in der ein „Dritter“ beteiligt ist. Daher ist hier eine Akzessorietät des Dritten vom Verhalten des Adressaten gegeben.<sup>367</sup>

Aber in der Veranschaulichung von Drittschutzkonstellationen begeht man einen zentralen Fehler dadurch, wenn man diese alternativ als Dreiecksfälle bezeichnet. Dies erweckt den Eindruck, dass alle drei Eckpunkte (Adressat, Verwaltung, Nichtadressat) in einer rechtlich relevanten Beziehung zueinander stünden,<sup>368</sup> was aber gerade nach der der Schutznormlehre zugrunde liegenden Dogmatik nicht der Fall ist. Durch die bipolare Ausrichtung der Konstruktion subjektiver öffentlicher Rechte werden nur vertikale Beziehungen jeweils zwischen der Verwaltung und einem der konträren Individualinteressen hergestellt;<sup>369</sup> es besteht keine Dreiecks-, sondern eine  $\Lambda$ - bzw. Lambdakonstellation. Insofern fällt hier die bisher nicht zutreffende Terminologie der „Dreiecksbeziehungen“ mit der Notwendigkeit, sich mit den kollidierenden Individualinteressen zu befassen, zusammen. Dieses Horizontalverhältnis gibt dabei nicht nur dem Dreieck seine Basis, sondern ist zugleich die Beziehung, in der nach dem subjektiven öffentlichen Recht gesucht werden muss.<sup>370</sup> Damit wird eine neue Perspektive für die Wechselbeziehung und Interaktion der in der Marktregulierung tätigen Akteure eröffnet.<sup>371</sup>

---

<sup>366</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 69.

<sup>367</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 70.

<sup>368</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 18f.

<sup>369</sup> Dies wird von Schmidt-Preuß als „Separations-Doktrin“ bezeichnet, die das Leitbild der auf bipolaren Vertikalverhältnissen beruhenden Drittschutzrechtsprechung sei, Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 84ff.

<sup>370</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 24; Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 72.

<sup>371</sup> Vgl. Abschnitt H.II.1.c).

Schließlich muss auch festgehalten werden, dass es den Drittschutzfall nicht gibt, sondern dass sich hinter diesem Begriff eine Bandbreite unterschiedlicher Kollisionen von Individualinteressen verbergen. Zwei Grundfälle sind hierbei zu unterscheiden: die der kehrseitigen und der wechselbezüglichen Konflikte.

Kehrseitige Konflikte sind solche, wenn sich (aktive) Gestaltungsinteressen und (passive) Verschonungsinteressen gegenüberstehen. Die heterogenen Interessen von Gestaltung und Verschonen sind dabei durch die „Stoffgleichheit zwischen Begünstigung und Belastung“ verbunden.<sup>372</sup>

Wechselbezüglichkeit ist dann gegeben, wenn Zugangsinteressen im Rahmen staatlicher Auswahl- und Verteilungsentscheidungen, vor allem vor dem Hintergrund knapper Kapazitäten, miteinander konkurrieren. Es gibt homogene Interessen auf Erlangung der staatlich verteilten Ressourcen, die sich jedoch gegenseitig begrenzen oder sogar ausschließen.<sup>373</sup>

## 2. Inhalt der Konfliktschlichtungsformel

Wenn eine drittschützende Norm eine Beeinträchtigung der Rechtsposition eines Privaten bedeutet, so besteht eine Notwendigkeit zum normativen Interessenausgleich unter den Privaten. Nur wenn die gegenläufigen Interessen die Drittschutzvoraussetzungen und -inhalte Berücksichtigung finden, kann eine sachgerechte Lösung des mehrseitigen Konflikts stattfinden.<sup>374</sup> Es kommt also darauf an, wie die konkrete Norm den Interessenausgleich zwischen den Privaten regelt, ob dabei zu erkennen ist, dass dem Nichtadressat die Möglichkeit zum Rechtsschutz deswegen zugestanden werden muss, da ansonsten die Interessen und Belange des Dritten in unverhältnismäßiger Weise der Verwirklichung der Interessen des Adressaten geopfert würden.

---

<sup>372</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 31ff. Verstanden werden hierunter Fälle, in denen 1. durch Drittabwehr ein Verschonungsinteresse gewahrt werden soll, 2. die Behörde durch die Drittavnahme das Verschonungsinteresse schützen soll, 3. mittels der Gestaltungsvernahme eine das Verschonungsinteresse berücksichtigende Versagung erzwungen werden soll und 4. die Gestaltungsabwehr eine dem Verschonungsinteresse entsprechende Auflage / Einwendung aufgehoben werden soll, Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 9f.

<sup>373</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 34f.

<sup>374</sup> Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, S. 251.

Schmidt-Preuß sucht dieses Abwägungs- und Ausgleichserfordernis zur Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts nun durch seine Konfliktschlichtungsformel fassbar zu machen:

„Notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis ist, dass eine Ordnungsnorm die kollidierenden Privatinteressen in ihrer Gegensätzlichkeit und Verflochtenheit wertet, begrenzt, untereinander gewichtet und derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, dass die Verwirklichung der Interessen des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.“<sup>375</sup>

Ordnungsnorm kann hierbei – wie bereits im Bühler'schen Konzept der subjektiven öffentlichen Rechte – jede Gesetznorm im materiellen Sinne sein.<sup>376</sup> Während Schmidt-Preuß den Anwendungsbereich für die Konfliktschlichtungsformel vor allem in typisierenden abstrakt-generellen Rechtssätzen sieht,<sup>377</sup> sieht Wahl auch die Möglichkeit sog. „Schutznormen unter Situationsvorbehalt“, die ihr Konfliktschlichtungspotenzial nur in der konkreten Streitsituation offenbaren.<sup>378</sup> Letzterer Auffassung liegt die Annahme zugrunde, dass private Interessen nicht grundsätzlich miteinander konfliktieren, sondern dies von den tatsächlichen Umständen abhängen kann. Das bedeutet, dass sich das Konfliktschlichtungspotenzial der einschlägigen Rechtsätze nur dann manifestiert, wenn Tatsachen hier eine Konfrontation der Interessen bewirken.

### 3. Ermittlung der Konfliktschlichtungssubjektivität

„Um rationale und gerechte Entscheidungen über subjektive Drittrechte zu ermöglichen, müssen über den Einzelfall hinaus gültige Beurteilungsgesichtspunkte bzw. Kriterien für oder gegen eine Berechtigungswirkung objektiven Rechts entwickelt werden.“<sup>379</sup> Dieser Maßstab hat auch für die Ermittlung von drittschützenden subjektiven öffentlichen Rechten Geltung.

Die Konfliktschlichtungsformel versucht dabei die gesetzgeberische Ausgleichs- und Abwägungsentscheidung hinsichtlich der Vermittlung der kollidierenden Indivi-

---

<sup>375</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 24.

<sup>376</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 213ff.

<sup>377</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 251.

<sup>378</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 114, 106.

<sup>379</sup> Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, S. 255.

dualinteressen nachzuvollziehen. Auch bei der Anwendung der Konfliktschlichtungsformel bleibt eine aus dem Normwortlaut klare Aussage zum Drittschutz oftmals aus, so dass die Subjektivierung einer Norm mittels Auslegung festgestellt werden muss.<sup>380</sup> Diese Auslegung erfolgt – so wie schon bei der Schutznormlehre passiert – grundsätzlich entlang des anerkannten Auslegungskanons. Allerdings betont Schmidt-Preuß in diesem Zusammenhang, dass hierbei das „normative Umfeld“ besondere Berücksichtigung verdient. Sieht man hierbei zunächst von der Rolle der Grundrechte bei der Ermittlung der konfliktschlichtenden Drittschutzgehalte ab,<sup>381</sup> dann stellt sich diese Auslegung vor allem als eine systematische dar.<sup>382</sup>

a) Auslegungsdirektiven

Im Rahmen dieser systematischen Ermittlung des Drittschutzes sind einige Korsettstangen besonders zu berücksichtigen.<sup>383</sup>

Legislatorische Leitlinien sollen solche „Zielpostulate“ des multipolar-normativen Umfelds sein, die sich mit dem Schutz bestimmter Rechtsgüter auseinandersetzen.<sup>384</sup> Eine selbstständige Begründung von subjektivem öffentlichem Recht können diese legislatorischen Leitlinien nicht begründen, da sie keine ausreichende Aussage zum subjektivierenden Interessensausgleich machen.<sup>385</sup> Dass legislatorische Leitlinien keine notwendige Voraussetzung eines subjektive öffentliche Rechts sind, sondern bloß inzidentielle Wirkung haben, ist auch aus dem Umstand abzulesen, dass Drittschutz auch gewährt werden kann, wenn diese fehlen.<sup>386</sup>

Der Gegenseite zustehende Rechtspositionen sind ebenfalls in das normative Umfeld zu rechnen und wirken sich im Rahmen der Auslegung als die Subjektivierung zurückdrängende Entscheidung aus.<sup>387</sup>

Schließlich zählt Schmidt-Preuß auch die Grundrechte in deren norminternen und -externen Wirkung in das normative Umfeld der Konfliktschlichtung.<sup>388</sup>

---

<sup>380</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 165, 248.

<sup>381</sup> Dazu mehr im Abschnitt C. III.I.

<sup>382</sup> Damit greift Schmidt-Preuß den Ansatz Bauers auf, eine auf die Normsystematik orientierte Drittschutzeromittlung stärker in den Fokus zu rücken.

<sup>383</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 165ff.

<sup>384</sup> Ders., S. 165f.

<sup>385</sup> Ders., S. 166.

<sup>386</sup> Ders., S. 167.

<sup>387</sup> Ders., S. 168.

<sup>388</sup> Hierzu gesondert unter Abschnitt C.III.

Ein legislatorisches Indiz soll – ähnlich dem Indiz des begrenzten bzw. begrenzbaren Personenkreises bei der Schutznormtheorie<sup>389</sup> – dann vorliegen, wenn der Wortlaut der Ordnungsnorm solche Merkmale beschreibt, die „typischerweise auf die Erfassung von Privatinteressen hindeuten“;<sup>390</sup> in diesem sei jedoch nicht zwingend ein Drittschutz enthalten.

Sog. Allgemeinwohlklauseln stellen weniger eine Auslegungsdirektive als ein eigenständiges Auslegungsproblem dar.<sup>391</sup> Zwar besteht keine zwingende Antinomie zwischen den Allgemeininteressen und denen Dritter, allerdings wirft die Abgrenzung wiederum jene Fragen auf, die bereits aus der Schutznormlehre bekannt sind.<sup>392</sup>

Keine Indizien für die Gewährung eines Drittschutzes bieten verfahrensrechtliche Positionen<sup>393</sup> sowie eine „dritte Ebene“ i.S.d. (baurechtlichen) Rücksichtnahmegebotes<sup>394</sup>.

Auch müssen nicht alle Normen vollumfänglich ein subjektives öffentliches Recht begründen. Es kann zu einem „partiellen Drittschutz“ dergestalt kommen, dass das objektiv-rechtliche Normgefüge weiter reicht als das durch die Konfliktschlichtungsformel ermittelte subjektive öffentliche Recht.<sup>395</sup>

#### *b) Sonderfall: Privatrechtsbezogener Verwaltungsakt*

Das regulierungsverwaltungsrechtliche Handeln der Regulierungsinstanzen geht regelmäßig als Verwaltungsakte vorstatten. Diese Verwaltungsakte wirken, wie die eben zum Horizontalverhältnis getroffenen Aussagen aufzeigen, auf die Beziehung zwischen Netzinhaber und Zugangspetenten bzw. Endkunden ein. Das Verhältnis zwischen Netzinhaber einerseits und Zugangspetenten bzw. Endkunde andererseits wird regelmäßig (auch) durch zivilrechtliche Vertragsbeziehungen gestaltet.

---

<sup>389</sup> Vgl. Abschnitt C.I.2.

<sup>390</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 170.

<sup>391</sup> So wohl Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, wenn er davon spricht, dass die Ermittlung des Individualinteresses in solchen Formulierungen seinerseits vom normativen Konfliktschlichtungsprogramm abhängt, S. 174.

<sup>392</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 171ff.

<sup>393</sup> Dazu mehr im Abschnitt C.V.

<sup>394</sup> Ders., S. 176f.

<sup>395</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 180f, 250.



Daher wird oft in der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Literatur von sog. „privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten“ gesprochen.<sup>396</sup> Mit dieser Formulierung einher geht die Implikation, dass ein privatrechtliches Rechtsverhältnis unmittelbar durch Verwaltungsakt umgestaltet, im Extremfall sogar aufgehoben wird.<sup>397</sup> In einer solchen Situation ist wegen der Verletzung der Privatautonomie beider Vertragspartner stets die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts anzunehmen.

Bei der Wettbewerbsetablierung in den Netzwirtschaften lassen sich verschiedene Regulierungsebenen unterscheiden. Neben dem „Ob“ des Zugangs geht es auch um das „Wie“.<sup>398</sup> Die Frage des „Ob“ des Zugangs ist durch gesetzliche Zugangsansprüche geregelt, das Zugangsrechtsverhältnis wird also durch die entsprechenden Normen begründet.<sup>399</sup>

Bei der konkreten Ausgestaltung des „Wie“ bzw. „Wie teuer“ kommt eigenständigen vertraglichen Beziehungen wieder eine Bedeutung zu. Hierauf beziehen sich die Akte der Regulierungsinstanzen maßgeblich, indem diese einen Rahmen für die Ausgestaltung des privatrechtlich organisierten Zugangsverhältnisses abstecken,<sup>400</sup> ohne in dieses einzugreifen. In einem solchen Fall wird von einem privatrechtsbezogenen Verwaltungsakt gesprochen.<sup>401</sup> Bislang ist in solchen Fällen des privatrechtsbezogenen Verwaltungsakts die Anerkennung drittschützender Positionen damit abgelehnt worden, dass die das Privatrechtsverhältnis regelnde Genehmigung die zivilrechtlichen Vertragspositionen nur mittelbar beeinträchtigt.<sup>402</sup>

Eine solche Sichtweise setzt allerdings eine zivilrechtliche (Vertrags-)Beziehung mit dem Horizontalverhältnis aus der Konfliktschlichtungsformel gleich. Diese Sichtweise hatte in der durch die Schutznormtheorie geprägten Lambdakonstellation

---

<sup>396</sup> So wohl Stelkens, § 35 VwVfG, § 35 VwVfG, Rn. 210 und 217, der jedenfalls unter diesem Begriff die Verwaltungsakte mit privatrechtlicher Wirkung zusammenfasst; differenzierter Ehlers, § 40 VwGO, Rn. 303.

<sup>397</sup> So auch Groß, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 52 (52).

<sup>398</sup> Theobald/Kafka in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 14, die die Zugangsentgeltregulierung zusätzlich als „Wie teuer“ sehen. Besonders deutlich wird dieses Stufungsverhältnis im § 20 EnWG, wo Abs. 1 den Zugangsanspruch einräumt und Abs. 1a und Abs. 1b die vertragliche Ausgestaltung des Zugangs zum Gegenstand haben, vgl. hierzu auch Abschnitt. F.III.1.

<sup>399</sup> Vgl. § 21 Abs. 1 TKG (Abschnitt E.II.6), § 20 Abs. 1 EnWG (Abschnitt F.III.1.), § 14 Abs. 1 S. 1 AEG (G.III.1.).

<sup>400</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 108f, Groß, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 52 (53).

<sup>401</sup> Groß, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 52 (52).

<sup>402</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. bezeichnet dies als die Mittelbarkeits-Doktrin, S. 102.

ihre Berechtigung, da keine Beziehung zwischen Adressaten und dem Dritten jenseits der privatrechtlichen anerkannt wurde.

Die Fortsetzung dieser Sichtweise entspricht nicht dem Ausgleichs- und Abwägungserfordernis eines Drittschutzes.<sup>403</sup> Bei der Ausgestaltung der Zugangsverhältnisse mag der vertraglichen Vereinbarung ein größeres Gewicht zukommen, vielleicht sogar ein Vorrang gegenüber den gesetzlichen Eingriffsvorschriften,<sup>404</sup> die Konditionen- und Entgeltregulierungsnormen beanspruchen jedoch ebenso Gültigkeit; vielfach greifen beide Regelungslogiken sehr fruchtbar ineinander.<sup>405</sup> Die für die Konfliktschlichtung relevante Horizontalbeziehung liegt nicht in dem privatrechtlichen Vertrag, mithin beurteilt sich die Schutzbedürftigkeit auch nicht nach zivilrechtlichen Normen.<sup>406</sup> Vielmehr muss hier die öffentlich-rechtliche Norm, die die Eingriffsgrundlage der Behörde bzw. der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt darstellt, Ausgangspunkt der Betrachtung sein und hierin das Konfliktschlichtungsprogramm gesucht werden.<sup>407</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Für den Drittschutz wurde das Schutznormkonzept durch die Konfliktschlichtungsformel wenigstens ergänzt. Der Blick vom klassischen Über-Unterordnung-Lambdaverhältnis, indem im Kern immer noch nach dem Schutz gegen den Staat gefragt wurde, wurde durch ein echtes Dreiecksverhältnis ersetzt, in dem das horizontale Verhältnis des Adressaten und des Dritten als der eigentliche Konflikt handhabbar gemacht wurde. Damit ist die Konfliktschlichtungsformel die sachgerechtere Lösung, da sie die eigentliche Auseinandersetzung in den Blick nimmt. Damit schließt die Konfliktschlichtungsformel Rechtsschutzlücken im öffentlichen Recht und verhilft der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG zu einer besseren Geltung.

Gleichwohl soll in der folgenden Untersuchung, der gegenwärtigen Rechtspraxis geschuldet, nicht auf eine Untersuchung des in den einzelnen Regulierungsnormen steckenden Drittschutzes mit Hilfe des Schutznormkonzeptes verzichtet werden.

---

<sup>403</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 101f.

<sup>404</sup> So etwa zum Regelungsgefüge im TKG Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 385.

<sup>405</sup> Vgl. hierzu Abschnitt F.III.6, H.II.1.

<sup>406</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 372f.; anders Groß, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 52 (53).

<sup>407</sup> Wobei das Privatrechtsverhältnis sehr wohl Tatbestandsvoraussetzung des Eingriffs sein kann, Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 373f.

### **III. Drittschützende Dimension der Grundrechte**

Gegenpositionen des Schutznormkonzeptes arbeiten unter anderem die Grundrechte als eine mögliche bzw. bestimmende Quelle für einen verwaltungsgerichtlichen Drittschutz heraus.<sup>408</sup> Hierbei werden verwaltungs- und verfassungsrechtliche Fragestellungen miteinander vermengt. Dies mag in der Rechtspraxis darin seine Berechtigung finden, dass für Verwaltung und Verwaltungsgerichte die Grundrechte ob des Art. 1 Abs. 3 GG Beachtung finden. Eine Diskussion um die Begründung subjektiver öffentlicher Rechte tut gut daran zu beachten, dass die Grundrechte und das Verwaltungsrecht zwei verschiedene Rechtskreise sind, denen auch unterschiedliche Dogmatiken zugrunde liegen;<sup>409</sup> dies gilt besonders für die Frage der Herleitung subjektiver öffentlicher Rechte und der Begründung von Drittschutz. Wegen des Vorrangs der Verfassung aus Art. 20 Abs. 3 GG kann sich die drittschützende Dimension der Grundrechte allein aus verfassungsrechtlichen Kriterien ergeben. Eine dogmatisch saubere Untersuchung erfordert eine von verwaltungs(-prozess-)rechtlichen Erwägungen losgelöste Erörterung.

Allerdings muss auch in diesem Kontext festgestellt werden, dass die Bedeutung der Grundrechte in ihrer direkten und indirekten Drittwirkung als ungeklärt gilt.<sup>410</sup>

#### **1. Grundrechtliche Funktionen im Überblick**

Die Bedeutung der Grundrechte in ihrer dogmatischen Aufbereitung kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Durch die Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte aus Art. 1 Abs. 3 GG haben die Grundrechte eine „wertverdeutlichende, systematisierende Rolle“.<sup>411</sup>

Zunächst einmal ist eine Kernbedeutung der Grundrechte festzuhalten: Grundrechte stellen subjektive öffentliche Rechte dar, sogar subjektive öffentliche Rechte „par excellence“.<sup>412</sup> Als subjektive öffentliche Rechte kommen Grundrechte nach Jellinek im „status negativus“ i.S.v. Abwehrrechten, als „status positivus“ als Leistungs- und

---

<sup>408</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S 278. ; Zuleeg, Deutsches Verwaltungsblatt 1976, S. 509 (514f.).

<sup>409</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 53.

<sup>410</sup> Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S. 591; König, Drittschutz, S. 46.

<sup>411</sup> Bauer, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 582, S.590.

<sup>412</sup> Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 383; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 37.

Teilhaberecht und als „status activus“ als politische (Mit-)Gestaltungsrechte vor.<sup>413</sup> Vorrangige Funktion der Grundrechte ist dabei deren abwehrrechtliche Bedeutung.<sup>414</sup> In dieser Form schützen die Grundrechte gegen staatliche Eingriffe in den garantierten Freiheitsbereich und begründen damit zumeist einen subjektiv-rechtlichen Unterlassungs- und/oder Beseitigungsanspruch, der sich gegen die öffentliche Gewalt richtet.<sup>415</sup> Der „status positivus“ ist dabei heterogener und kann als Oberbegriff solcher Rechte beschrieben werden, die sich aus den Grundrechten dergestalt ergeben, dass hier eine Freiheitsausübung ohne den Staat nicht möglich wäre.<sup>416</sup>

Die Funktion der Grundrechte erschöpft sich jedoch nicht in diesen subjektiv-rechtlichen Funktionen. Neben diesen Ansprüchen für den Bürger stellen die Grundrechte eine objektive Wertordnung dar.<sup>417</sup> Die staatliche Gewalt ist an die Entscheidungen, die durch die Grundrechte getroffen werden, auch über die Verbürgungen an die Bürger hinaus gebunden.<sup>418</sup> Auch ohne dass dies von irgendjemandem eingefordert werden könne, muss sich staatliches Handeln bestimmten inhaltlichen Anforderungen, die sich an den Grundrechten ablesen lassen, orientieren. Für Drittschutzkonstellationen sind Schutzpflichten von herausragender Bedeutung.<sup>419</sup> Solche Schutzpflichten ergeben sich dann aus den Grundrechten, wenn die Interessen verschiedener Privater dergestalt kollidieren, dass ein Abwarten der Beeinträchtigung des Bürgers zu irreparablen Schäden führt, die begründeten Gefahren nicht mehr beherrschbar sind oder sich nicht mehr zwischen den Privaten regulieren lassen.<sup>420</sup>

## 2. Norminterne Wirkung von Grundrechten

Weitestgehende Einigkeit besteht darin, dass die Grundrechte bei der Auslegung einfachrechtlicher Normen, also indirekt, drittschützende Wirkung entfalten können. Wie schon ausgeführt, gehören die Grundrechte zum normativen Umfeld, in dem der Drittschutzgehalt einer konfliktschlichtenden Rechtsnorm ermittelt wird.<sup>421</sup> Dieser

---

<sup>413</sup> Vgl. hierzu Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87, 94ff.; letztere Kategorie ist jedoch im Rahmen vorliegender Untersuchung zu vernachlässigen.

<sup>414</sup> Kloepfer, Verfassungsrecht, S. 29; Sachs, in: Badura/Merten/Papier, S. 655, S. 657.

<sup>415</sup> Isensee, S. 143.; S. 181; Sachs, in: Badura/Merten/Papier, S. 655, S. 670ff.

<sup>416</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 22. Insbesondere ist hier die Anerkennung originärer Leistungsrechte umstritten, Kloepfer, Verfassungsrecht, S. 31f.

<sup>417</sup> BVerfGE 7, S. 198 (205); 35 79 (114).

<sup>418</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 25.

<sup>419</sup> BVerfGE 46, 160 (164); 49, 89 (140ff.); Kloepfer, Verfassungsrecht, S. 40; Sachs, in: Badura/Merten/Papier, S. 655, S. 964ff.

<sup>420</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 31.

<sup>421</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 169.

Ansatz wird vor allem auch dadurch gestärkt, da eine sehr große Zahl an Gesetzen und Normbefehlen grundrechtsrelevant ist.<sup>422</sup>

Es muss also bei der Ermittlung des Drittschutzgehalts eine Gesamtbetrachtung der einschlägigen verwaltungs-, aber auch verfassungsrechtlichen Normen vorgenommen werden, so dass die Grundrechte bei der Interpretation einfachen Rechts wirken.<sup>423</sup> Grundrechte wirken dabei dergestalt auf die Auslegung ein, dass sie den Drittschutzgehalt einer durch einfaches kollisionslösendes<sup>424</sup> Recht vorgeprägten Konfliktschlichtung dadurch verdeutlichen, dass in dem Bereich der thematischen Schnittmenge zwischen Grundrecht und einfachen Gesetzesrecht der Normgehalt aktualisiert wird.<sup>425</sup>

Ob des Ausgleichserfordernisses zwischen privaten Interessen in Drittschutzfällen haben Grundrechte im Wege der norminternen Wirkung allerdings nicht zwingend eine Verstärkung subjektiver Positionen zur Folge. Dieses Ausgleichserfordernis der praktischen Konkordanz der sich gegenüberstehenden Interessen kann dazu führen, dass Grundrechten ein vermeintliches subjektives öffentliches Recht nicht zuerkannt wird.<sup>426</sup>

Eine weitere Einschränkung erfährt die norminterne Auswirkung darin, dass sie die durch den Rechtssetzer vorgegebenen Wertungen respektieren muss; auch die norminterne Auslegung muss den Wortlaut als Grenze beachten.<sup>427</sup>

Der Vorrang der Entscheidung des Rechtssetzers kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass eine verfassungskonforme Auslegung<sup>428</sup> erst dann vorzunehmen ist, wenn die Auslegung der Norm keine klare Wertung ergibt.<sup>429</sup> Dabei ist stets die Aus-

---

<sup>422</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 201f.

<sup>423</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 121ff.

<sup>424</sup> Zur Terminologie, Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 196ff.

<sup>425</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 123.

<sup>426</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 198, 216; Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 124.

<sup>427</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 123; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 41, 45f.; Wiegand, Bayerische Verwaltungsblätter 1994, S. 608 / 647, S. 610.

<sup>428</sup> Nicht klar ist, worin Schmidt-Preuß den Unterschied von normimmanenter Wirkung der Grundrechte und der verfassungskonformen Auslegung insgesamt sieht, siehe S. 44. Vielmehr ist die norminterne Wirkung als Unterfall der verfassungskonformen Interpretation zu betrachten, so wohl auch Stern, in: Stern, S. 37, S. 927.

<sup>429</sup> Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 394.

legungsvariante zu wählen, die die verfassungsrechtlichen Vorgaben bestmöglich zur Geltung bringt.<sup>430</sup>

### 3. Normexterne Wirkung von Grundrechten

Die Frage, ob auch außerhalb des einfachgesetzlichen Rechts die Grundrechte unmittelbar dem Bürger subjektive öffentliche Rechte i.S.e. Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO verleihen können, gilt in der Verwaltungsrechtswissenschaft als stark umstritten.<sup>431</sup> Auch dieser Streit weist jedoch in der Methodik und Form viele Merkmale der Auseinandersetzung um die Gewährung einfachrechtlicher subjektiver öffentlicher Rechte bzw. zur Schutznormtheorie auf: Der vermeintlich strittige Bereich ist sehr viel enger, als die Gegensätzlichkeit der gedanklichen Ausgangspunkte und das Engagement der Argumentation vermuten lassen. Festgestellt sei an dieser Stelle, dass die Frage nach der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte keinerlei Innovation in der Grundrechtsdogmatik und ihrer Wirkung auf einfaches Recht bedürfen, sondern sich sehr gut mit den gängigen Konstruktionen dieser Rechtsmaterie beantworten lassen.<sup>432</sup>

Werden die Konstellationen, in denen beide Ansichten durch mitunter dieselbe Begründung zu sehr ähnlichen Ergebnissen kommen, genauer beleuchtet, verbleiben einige Fälle, die eine Entscheidung für die eine oder andere Seite dogmatisch erforderlich machen, ohne dass damit eine entsprechende praktische Relevanz einhergeht.

#### *a) Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative und deren Grenzen*

Der Spielraum, der dem Gesetzgeber eingeräumt ist, speist sich aus zwei fundamentalen Überlegungen.

Zunächst einmal steht dem Gestaltungsspielraum das Rechtsstaatsprinzip mit seinem Gewaltenteilungsgrundsatz zur Seite. Es ist der Legislative vorbehalten, im Rahmen der Verfassung die Rechtswirklichkeit auszugestalten.<sup>433</sup> Zugleich handelt es sich beim Gesetzgeber im Falle des Parlaments auch um das einzige unmittelbar

---

<sup>430</sup> Kloepfer, Verfassungsrecht, S. 37; Kunig, Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens / Peter Selmer (Hrsg.), S. 599 (618); Wiegand, Bayerische Verwaltungsblätter 1994, S. 608 / 647, S. 648.

<sup>431</sup> Als wesentliche Argumentation für die Frage der normexternen Wirkung von Grundrechten wird dabei die Habilitationsschrift von Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht der von Schmidt-Preuß gegenübergestellt; so Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 99; Wahl, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 641(641).

<sup>432</sup> So wohl auch Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 53.

<sup>433</sup> Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(11); Calliess, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 1 (5).

durch das Wahlvolk legitimierte Staatsorgan, das den Wählerwillen in besonderem Maße repräsentiert,<sup>434</sup> was ein besonderes „Mandat zur Sozialgestaltung“<sup>435</sup> beinhaltet. Also aus rechtsstaatlichen und demokratietheoretischen Erwägungen kommt dem Gesetzgeber eine weite Gestaltungssphäre in der Rechtsetzung zu.

Besondere Bedeutung kommt dabei diesem Spielraum in solchen Fällen zu, in denen kollidierende Interessen, vor allem aber grundrechtliche Verbürgungen miteinander kollidieren. Der Ausgleich solcher mehrpoligen Konflikte kann primär nur durch eine legislatorische Entscheidung, also in Form von einfachem Recht erfolgen.<sup>436</sup> Auch die Befürworter einer unmittelbaren Herleitung von subjektiven öffentlichen Rechten aus den Grundrechten erkennen diese Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers an.<sup>437</sup>

Dieses Mandat zur Konfliktschlichtung kann auch durch die demokratische Legislative nicht willkürlich geschehen. Art. 1 Abs. 3 GG zieht insofern auch hier mit den Grundrechten Korsettstangen in die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit ein. Gerade beim Ausgleich einander gegenüberstehender Individualpositionen kann die Gestaltungsprärogative nur „in denkendem Gehorsam gegenüber den Grundrechten“<sup>438</sup> ausgeübt werden.<sup>439</sup> Dabei hängt der Spielraum von dem erforderlichen Maß objektiver Abwägungsentscheidungen ab. Diese sind umso mehr gegeben, je weniger die einzelnen einschlägigen grundrechtlichen Verbürgungen die Ergebnisse vorzeichnen.<sup>440</sup> Ebenso muss in die Abwägung die Rechtsweegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einfließen.<sup>441</sup>

Ob sich allerdings mit Wahl ein Subjektivierungsauftrag<sup>442</sup> aus den Grundrechten ableiten lässt, ist kritisch zu beurteilen. Die Grundrechte dürfen in ihrer steuernden Wirkung beim Ausgleich von Konflikten zwischen Einzelinteressen nicht überschätzt werden. Es gibt keinen subjektiv-rechtlichen „status aequatius“ der Grund-

---

<sup>434</sup> Stern, in: Stern, S. 37, S. 40.

<sup>435</sup> Wahl, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 641 (645).

<sup>436</sup> So schon Bachof, in: Otto Bachof., S. 296; Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(10); Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (378); Krüper, Gemeinwohl im Prozess, spricht insofern von einer „Konfliktschlichtungsprärogative“, S. 151; Remmert, Die Verwaltung 1996, S. 465 (484); Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 392.

<sup>437</sup> So Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 114, 284, 291.

<sup>438</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 78.

<sup>439</sup> Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, S. 258.

<sup>440</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 77.

<sup>441</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 293ff.

<sup>442</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 54.

rechte, sie zeichnen insofern keinen – wie auch immer ausgestalteten – Ausgleich der Einzelinteressen vor. In ihrer Wirkung als objektive Wertordnung fordern sie dies im Sinne einer ausgleichenden Verwirklichung der gegenüberstehenden Position. Allerdings geben sie, da sie hier insgesamt als Wertordnung Geltung<sup>443</sup> beanspruchen, keine Vorgaben zum Ausgleich untereinander.

Für die im Rahmen dieser Untersuchung bedeutsamen Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 kommt hinzu, dass diese in erheblichem Maße auf eine einfachrechtliche Ausgestaltung angewiesen sind.<sup>444</sup> Daher darf nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Grundrechte einen optimalen Schutz einfachrechtlicher Positionen – schon gar nicht als Automatismus zu einem subjektiven öffentlichen Recht – bewirken.<sup>445</sup> Daher ist die Gewährung und Ausgestaltung vorrangige Aufgabe des Rechtssetzers, aus dem Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip heraus sowie aus einer mangelnden Vorsteuerung durch die Grundrechte im konkreten Einzelfall; Wahl spricht insofern von einer „Ebene der lapidaren Formeln und des prinzipienhaften Charakters der Grundrechte“.<sup>446</sup>

#### *b) Anwendungsvorrang des einfachen Rechts*

Eine angemessene Konfliktschlichtung braucht klare Aussagen und Leitlinien, welche die Grundrechte in der Regel nicht geben. In einer Hinsicht greift das einfache Recht weiter, als es die Grundrechte könnten: „Wo Grundrechte nur dem Grunde nach eine Berechtigung“ verbürgen können, da legt das einfache Recht „konkrete, inhaltlich scharf konturierte und damit handhabbare, Rechtsansprüche auf Abwehr oder Leistung“ fest.<sup>447</sup> Die einfachgesetzlich ausgestaltete Konfliktschlichtung ist also Ausdruck einer abgestuften Rechtswirklichkeit und -verwirklichung. Hierin liegt ein wichtiger Aspekt zum Verständnis der einfachrechtlichen subjektiven öffentlichen Rechte. Es besteht eine „doppelte Abhängigkeit“ i.S.e. Grundrechts- und zugleich Rechtsatzabhängigkeit einer Konfliktschlichtung.<sup>448</sup> Da „Rechtsbeschränkung

---

<sup>443</sup> Es wird insofern vom „Grundrechtsabschnitt“ gesprochen; BVerfGE 7, 198 (205); Jarass, in: Badura/Merten/Papier, S. 625, S. 627; Kloepfer, Verfassungsrecht, S. 35.

<sup>444</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 159.

<sup>445</sup> Preu, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, S. 258.

<sup>446</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 76.

<sup>447</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 50.

<sup>448</sup> „Beides ineinander und miteinander zu denken, ist die entscheidende Herausforderung der gegenwärtigen Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht“, so Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 76.



und Rechtsbegründung im einfachen Recht auflösbar verwoben<sup>449</sup> sind und als wechselseitiger Ausgleich der Konkretisierung zum Ausdruck kommen, besteht ein Anwendungsvorrang seitens des einfachen, unterverfassungsrechtlichen Rechts.<sup>450</sup> Dieser Anwendungsvorrang beeinträchtigt dabei nicht den Geltungsanspruch der Grundrechte, da diese in, mit und durch das einfache Recht verwirklicht werden, mitunter erst so überhaupt die Sphäre zur Freiheitsausübung geschaffen wird.

Diese Haltung wird auch von Huber im Kern getragen. Ein unmittelbarer und isolierter Rückgriff auf die Grundrechte scheidet gegenüber der konkreten Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im einfachen Recht aus.<sup>451</sup> Subjektive öffentliche Rechte sind auch deswegen primär im einfachen Recht zu suchen, da der Rede vom „einfachen Recht als der *lex specialis* zu den Grundrechten“ zuzustimmen sei.<sup>452</sup>

### *c) Ausnahmen: Fälle einer normexternen Wirkung*

Fälle, in denen der Gesetzgeber verfassungskonform seinen Gestaltungsspielraum ausgeübt hat, hindern einen Rückgriff zur Begründung eines verwaltungsgerichtlichen Drittschutzes ob des Anwendungsvorrangs des erlassenen einfachen Rechts. Konfliktschlichtende Normen, die selbst bei einer auf Normerhaltung gerichteten verfassungskonformen Auslegung, z.B. im Sinne der Erfüllung subjektiv-rechtlicher Mindeststandards durch die Grundrechte, nicht mehr mit der Verfassung zu vereinbaren sind, sind dem BVerfG zur Prüfung gemäß Art. 100 GG vorzulegen.<sup>453</sup>

Fälle, in denen nach dem oben Ausgeführten eine unmittelbare Drittwirkung aus den Grundrechten hergeleitet werden kann, werden vielfach als Ausnahmen charakterisiert.<sup>454</sup>

Einigkeit zwischen den Positionen besteht dahingehend, dass eine normexterne Wirkung der Grundrechte dann anzunehmen ist, wenn der Gesetzgeber seinem Sub-

---

<sup>449</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 121.

<sup>450</sup> Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 388f.

<sup>451</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 206.

<sup>452</sup> Ders., S. 202.

<sup>453</sup> So auch Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(11); Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 50f.

<sup>454</sup> Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 394; Wiegand, Bayerische Verwaltungsblätter 1994, S. 608 / 647, S. 65. Wahl geht dabei so weit, diese Ausnahmen dadurch als einfaches Recht zu etikettieren, dass es mittels der richterlichen Entscheidung zur Ausbildung von Richterrecht käme, so Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 80ff. Dabei sei dies keine Differenz in der Sache, sondern bloß in der Konstruktion und Begründung, Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 84.

jektivierungsauftrag nicht genügt hat,<sup>455</sup> also ein einfachrechtlicher Interessenausgleich überhaupt nicht vorgenommen wird und das legislatorische Unterlassen den Dritten belastet.<sup>456</sup>

Nur oberflächlich strittig sind jene Fälle, die entsprechend der sog. „schwer-und-unerträglich“-Formel gelöst werden sollen.<sup>457</sup> Schmidt-Preuß bringt gegen den Rückgriff auf diese Formel vor, dass der einfachrechtliche lückenlose Schutz ausreiche und eine praktische Relevanz sich daher erübrige.<sup>458</sup> Zu bedenken ist hier aber, dass sich Schmidt-Preuß damit auf von dem Rechtsstoff und der wissenschaftlichen Durchdringung sehr weit ausdifferenzierte Rechtsmaterien bezieht.<sup>459</sup> Ein – wenigstens theoretischer – Anwendungsbereich für diese Formel kann daher nicht per se für solche Rechtsgebiete abgesprochen werden, die relativ neu sind und die sich der Rechtsetzung und Dogmatik erst erschließen müssen.

#### **IV. Europarechtlicher Einfluss auf den Drittschutz**

Eines der Kernprobleme im Verhältnis von nationalem bzw. deutschem Recht und den europarechtlichen Vorgaben ist, inwieweit der subjektivierte Schutz von Gemeinschaftsrechten als Bestandteil des Gemeinschaftsverwaltungsrechts eine systemrelevante Vorgabe für den mitgliedersstaatlichen Rechtsstaat prädestiniert.<sup>460</sup> Die Herausforderung, der sich die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik ausgesetzt sieht, besteht darin, den europäischen Einfluss auf die Initiativberechtigung in ein tragfähiges System zu bringen.<sup>461</sup> Insofern geht es um die Konsequenzen der europäischen Vorgaben ob des Individualrechtsschutzes in den nationalen Rechtsordnungen.<sup>462</sup>

Eine subjektive Berechtigung für einen Drittschutz kann dabei aus dem gegenüber dem Bürger unmittelbar wirkenden Europarecht und durch die von den Mitgliedsstaaten umgesetzten Vorgaben stattfinden.

---

<sup>455</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 80.

<sup>456</sup> Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(10); Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 284; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 50; Wahl, Deutsches Verwaltungsblatt 1996, S. 641 (647).

<sup>457</sup> Bejahend: BVerwGE 32, 173 (178); 52 122 (125); Blankennagel, Die Verwaltung 1993, S. 1(10); Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 284; Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 398.

<sup>458</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 54.

<sup>459</sup> Der baurechtliche Nachbarschutz und das Wasserrecht auf S. 54.

<sup>460</sup> So Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (481).

<sup>461</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 128.

<sup>462</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 127.

## 1. Unmittelbar wirkendes Europarecht

Normen des europäischen Rechts können ihrerseits subjektive öffentliche Rechte begründen.<sup>463</sup>

Dabei besteht Klärungsbedarf, unter welchen Voraussetzungen es zu einer unmittelbaren Anwendung kommen kann.<sup>464</sup> Infolge der vom EuGH entschiedenen Fälle „van Gend & Loos“ und „Becker“ haben sich unterschiedliche Bewertungen der Frage ergeben, unter welchen Voraussetzungen von einer unmittelbaren Anwendbarkeit gesprochen werden kann und ab wann eine solch unmittelbar anwendbare Norm auch eine subjektive Rechtsposition verleiht.<sup>465</sup>

Heute wird eine unmittelbare Anwendung von Europarecht dann angenommen, wenn die betreffende Norm aus sich heraus so klar, bestimmt und unbedingt ist, dass es keines nationalstaatlichen Umsetzungsaktes bedarf, um hieraus eine Normanordnung herzuleiten.<sup>466</sup> Aus dieser unmittelbaren Anwendung kann sich dann eine eigenständige und klagbare Rechtsposition des Bürgers ergeben; im europarechtlichen Kontext wird insoweit von „Rechten Einzelner“ gesprochen.<sup>467</sup>

Der wesentliche Anwendungsfall unmittelbar wirkenden Europarechts liegt auf der sekundärrechtlichen Ebene und hier ganz maßgeblich auf den Richtlinien.<sup>468</sup> Die unmittelbare Anwendung der Richtlinien ist seit der „van Duyn“-Entscheidung des EuGH anerkannt,<sup>469</sup> setzt aber voraus, dass die eigentlich gemäß Art. 249 Abs. 3 AEGV an den Mitgliedsstaat gerichtete Richtlinie nicht fristgemäß in nationales Recht umgesetzt wurde.

---

<sup>463</sup> Sodan, § 42 VwGO, § 42 VwGO, Rn. 400.

<sup>464</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (385); Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 218; Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (463).

<sup>465</sup> EuGH, Rs. C-26/62, Slg. 1963, 1 (van Gend & Loos); EuGH, Rs C-8/81, Slg. 1982, 53 Rn. 25 (Becker/Blau, in: Theobald, S. 690); so in der Wertung jedenfalls Ruffert, Deutsches Verwaltungsblatt 1998, S. 69 (71); Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 220.

<sup>466</sup> Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 378, S. 386; Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (381); Oppermann/Classen/Nettesheim u. a., Europarecht, S. 163. Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 245.

<sup>467</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (381); Oppermann/Classen/Nettesheim u. a., Europarecht, S. 163.

<sup>468</sup> Vorliegend soll primäres Europarecht nicht interessieren. Die Wirkung von Verordnungen ist als unmittelbar geltendes Europarecht in seinen Voraussetzungen und Wirkungen weitestgehend klar und anerkannt; König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 81, S. 93; Oppermann/Classen/Nettesheim u. a., Europarecht, S. 179.

<sup>469</sup> EuGH, Rs C-41/74, Slg. 1974, 1337 (1348).

Der Grund für eine unmittelbare Anwendung einer nicht auf Rechtswirkung für den Bürger ausgelegten Richtlinie ist zunächst einmal, dass der effet utile-Grundsatz, der die praktische Wirksamkeit und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts fordert, dafür sorgen soll, dass der Mitgliedsstaat durch eine europarechtswidrige Unterlassung nicht besser stünde als mit einer Umsetzung.<sup>470</sup> Zugleich aber soll der mit der Richtlinie bezweckte Schutz der Rechte des Einzelnen nicht ausfallen.<sup>471</sup> Wenn mithin eine Richtlinienbestimmung gegenüber dem innerstaatlichen Recht günstiger ist, so kann der Bürger im Wege des Anwendungsvorrangs und des effet utile-Grundsatzes die Anwendung der Richtlinie durch die Verwaltung einfordern; „diese sog. vertikale Wirkung, das heißt nur zugunsten des Bürgers in Richtung auf den Staat, bildet den Kern des Instituts der unmittelbaren Wirkung“.<sup>472</sup>

Genau an dieser Stelle gebietet es dem derzeitigen Modell der unmittelbaren Wirkung von der unmittelbaren Anwendung einer Richtlinie daran, einen tragfähigen Beitrag zur Frage eines verwaltungsgerichtlichen Drittschutzes zu liefern. Eine Richtlinie kann nur dann unmittelbare Anwendung finden, wenn diese keine Belastung für einen Privaten enthält.<sup>473</sup> Bei Fragen eines mehrpoligen Konflikts ginge aber die Begünstigung des einen notwendig zu Lasten eines anderen. Deswegen ist eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien in solchen multilateralen Verwaltungsrechtsverhältnissen nicht möglich.<sup>474</sup>

## 2. Umgesetzte europarechtliche Vorgaben

Viel gewichtiger für die Frage des europäischen Einfluss auf den verwaltungsgerichtlichen Drittschutz sind die umgesetzten Vorgaben aus Richtlinienrecht. Eine wichtige Frage der allgemeindogmatischen Diskussion ob der Europäisierung des Verwaltungsrechts ist die Frage danach, wie die unterschiedlichen Ansätze und Vo-

---

<sup>470</sup> König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 81, S. 99f.; Nettesheim, Archiv des öffentlichen Rechts 2007, S. 333 (377f.).

<sup>471</sup> Oppermann/Classen/Nettesheim u. a., Europarecht, S. 185f.

<sup>472</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (384).

<sup>473</sup> Ruffert, Deutsches Verwaltungsblatt 1998, S. 69 (72); Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 229.

<sup>474</sup> EuGH, Rs. C-152/86, Slg. 1986, 723 Rn. 48f. (Marshall); Rs. C-91/92, Slg. 1994; Rn. 20 (24ff.) (Dori); Rs C-201/02 Slg. 2004, I-723 (Wells); Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 378, S. 386f.; Nettesheim, Archiv des öffentlichen Rechts 2007, S. 333 (377); Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 244f. Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (462); Ablehnend wohl Steindorff, in: Due, S. 1455 (1461f.).

raussetzungen zur Gewährung einer Klagemöglichkeit in Einklang gebracht werden können.<sup>475</sup>

a) Harmonisierung des europäischen und deutschen Klagemöglichkeitenverständnisses

Schwierig ist es, die Voraussetzungen einer Klagemöglichkeit eines Einzelnen aus dem europäischen Kontext mit der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik in Einklang zu bringen.<sup>476</sup> Eine Ursache dieser Schwierigkeiten liegt darin begründet, dass bislang kein klar konturiertes System subjektiver öffentlicher Rechte entwickelt wurde.<sup>477</sup> Allerdings besteht in der Literatur hinsichtlich der Feststellung Einigkeit, dass das Gemeinschaftsrecht eine individuelle Klagemöglichkeit in einem weit weniger restriktiven Rahmen gewährt, als es nach der Schutznormlehre deutscher Prägung der Fall ist.<sup>478</sup>

Das Individualrechtsschutzkonzept, wie es Art. 19 Abs. 4 GG für das deutsche Verwaltungsrecht statuiert, kennt keinen grundsätzlichen Rechtsschutz bei der Verletzung objektiven Rechts.<sup>479</sup> Sinn der Klagebefugnis i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO ist nicht bloß der Ausschluss der Popular-, sondern auch der bloßen Interessentenklage.<sup>480</sup> Der Einzelne ist nicht zum Verwaltungskontrolleur berufen.<sup>481</sup>

Fest macht sich dieser Konflikt daran, dass im Gemeinschaftsrecht eine „pauschalisierte Interessen- bzw. Interessentenbeschreibung“<sup>482</sup> ausreicht. Das europäische Recht kennt keine subjektiven öffentlichen Rechte, stattdessen ist zumeist die Rede von „Rechten des Einzelnen“ oder „individuellen Rechten“.<sup>483</sup> Das Europarecht lässt einen pauschalen Schutz von menschenbezogenen Rechtsgütern ausreichen, während diese Formulierungen im deutschen Schutznormverständnis Gemeinwohlbelange par

---

<sup>475</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (377).

<sup>476</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 127.

<sup>477</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (377); Nettesheim, Archiv des öffentlichen Rechts 2007, S. 333 (336ff.); Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta sieht in seiner Arbeit auch einen „Beitrag zum subjektiv-öffentlichen Recht im Gemeinschaftsrecht“.

<sup>478</sup> Calliess, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 1 (3); Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (387).

<sup>479</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (377).

<sup>480</sup> Ruthig, Bayerische Verwaltungsblätter 1997, S. 289 (292).

<sup>481</sup> Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (378).

<sup>482</sup> Calliess, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 1 (3).

<sup>483</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (484); Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 406; Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (463); Triantafyllou, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 192 (193).

excellence darstellen; insbesondere findet keine Zuordnung von individualisierbaren und klar von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreisen statt.<sup>484</sup> Dabei vermeidet der EuGH den sonst gebräuchlichen Terminus „Rechte Einzelner“, sondern spricht von sog. „gemeinschaftsrechtlich fundierten Rechtspositionen“ der „invocabilité“.<sup>485</sup> Hintergrund dieser Lesart einer Klagebefugnis ist es, dass der Bürger im Rahmen des nationalstaatlichen Rechtsschutzes in die Lage versetzt werden soll, die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben notfalls zu erzwingen.<sup>486</sup>

In diesen Konflikten sehen einige Stimmen<sup>487</sup> die Manifestation einer unüberbrückbaren Divergenz zwischen den europarechtlichen Vorgaben und dem relativ engen Verständnis vom subjektiven öffentlichen Recht, wie es die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelt hat.

Allerdings werden berechtigte Zweifel vorgebracht, ob die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik in einen dauerhaften Widerspruch zum Europarecht geraten sei; die Konzeptunterschiede dürften auch nicht überinterpretiert werden.<sup>488</sup> Die strukturellen Schnittmengen beider Konzepte seien zwar gering, allerdings lasse sich eine Funktionsgleichheit feststellen.<sup>489</sup> Sowohl europäisches Recht als auch die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO fragen nach dem Schutzzweck des betreffenden Rechtssatzes.<sup>490</sup>

Doch gerade in diesem Zwiespalt, der Funktionsgleichheit trotz zweier verschiedener Individualschutzkonzepte und Zielrichtungen, liegt die zentrale Herausforderung für die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft, die jedoch nicht ohne Chancen ist. Es stellt sich die Frage, wie, d.h. vor allem unter welchen Anpassungen des deut-

---

<sup>484</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (485); Ruthig, Bayerische Verwaltungsblätter 1997, S. 289 (292); Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 407.

<sup>485</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (484); Ruthig, Bayerische Verwaltungsblätter 1997, S. 289 (291).

<sup>486</sup> Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 101f.

<sup>487</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (485); Schmidt-Aßmann, Deutsches Verwaltungsblatt 1997, S. 281 (285); Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (458), Schoch, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1999, S. 241 (248).

<sup>488</sup> Classen, Verwaltungsarchiv 1997, S. 648, S. 677; Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 152; Nettesheim, Archiv des öffentlichen Rechts 2007, S. 333 (385); Triantafyllou, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 192 (197).

<sup>489</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (485); Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (389); Nettesheim, Archiv des öffentlichen Rechts 2007, S. 333 (385); Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 152.

<sup>490</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 152; Triantafyllou, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 192 (197).

schen Verwaltungsrechts, die großzügigere Individualberechtigung zur Klage in das deutsche Rechtssystem integriert werden kann.

Zunächst muss festgestellt werden, dass das europäische Recht nicht die Einführung einer Popularklage fordert,<sup>491</sup> also ein Erhalt des deutschen Rechtsschutzkonzepts im Kern möglich ist. Zugleich besteht aber kein Rechtszwang bei der Umsetzung europäischer Vorgaben dahingehend, dass die europäischen „Berufungsrechte“<sup>492</sup> notwendigerweise in der nationalstaatlichen Umsetzung notwendigerweise die Gestaltung von subjektiven öffentlichen Rechten haben müssen;<sup>493</sup> eine Einräumung von objektivrechtlichen Klagepositionen würde also ausreichen, um hier dem effet utile- und Äquivalenzgrundsatz zu entsprechen. Effektiv würde dies wohl eine Anerkennung der Interessentenklage für bestimmte Fallgruppen bedeuten, in der auch Potenzial zur besseren Fassung von mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen im Rechtsschutz gesehen wird.<sup>494</sup> Eine solche Ausweitung würde die Grundsatzentscheidung des Art. 19 Abs. 4 GG auch nicht überstrapazieren. Die Individualrechtsverletzung ist zentraler Ausgangspunkt des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes, allerdings werden objektive Beanstandungsverfahren nicht ausgeschlossen, wie der Normenkontrollantrag des § 47 VwGO zeigt.<sup>495</sup>

#### *b) Maßstäbe zur Umsetzung von Richtlinienvorgaben*

Die Umsetzung einer Richtlinie richtet sich gemäß Art. 249 Abs. 3 AEGV an die Mitgliedstaaten, wobei diesen ein Spielraum bei der Wahl von Form und Mitteln zukommt, die ein Ausdruck der nationalstaatlichen Verfahrens- und Organisationsautonomie ist.<sup>496</sup>

Für Rechtsschutzfragen erfährt diese Gestaltungsfreiheit ihrerseits eine wichtige Einschränkung:<sup>497</sup> Das Erfordernis der Rechtssicherheit und -klarheit verlangt ein rechtsverbindliches „Mehr“ als eine bloße Anpassung der Verwaltungspraxis, näm-

---

<sup>491</sup> Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (463).

<sup>492</sup> Danwitz, Die öffentliche Verwaltung 1996, S. 481 (484).

<sup>493</sup> Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 128.

<sup>494</sup> Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (465).

<sup>495</sup> Krüper, Gemeinwohl im Prozess, S. 145; Remmert, Die Verwaltung 1996, S. 465 (485); Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 152.

<sup>496</sup> König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 81, S. 97; Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (466).

<sup>497</sup> Ruthig, Bayerische Verwaltungsblätter 1997, S. 289 (292).

lich verbindliche und gerichtlich nachprüfbare Umsetzungsakte.<sup>498</sup> Der effet utile- oder auch Effektivitätsgrundsatz besagt, dass die Ausübung der Gemeinschaftsrechte nicht effektiv unmöglich gemacht werden darf und die praktische Wirksamkeit gewährleistet werden muss.<sup>499</sup> Schließlich fordert das Äquivalenzgebot, dass den gemeinschaftsrechtlich begründeten Rechtspositionen der gleiche Rechtsschutz zukommen muss wie bloß innerstaatlich begründeten.<sup>500</sup>

Gerade die Frage der konkreten Ausgestaltung des verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes bleibt aber offen. Die sog. materiell-rechtliche Lösung will die europarechtlichen Vorgaben durch Anerkennung und Umsetzung als subjektive öffentliche Rechte im Sinne der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik bewerkstelligen.<sup>501</sup> Die prozessrechtliche Lösung sieht in der europarechtlich geforderten Klagbarkeit gemäß einer europarechtskonformen Auslegung eine gesetzliche Ausnahme i.S.d. § 42 Abs. 2 HS 1 VwGO; im Ergebnis wird damit für eine Entkopplung von Klagebefugnis und subjektivem öffentlichem Recht bei solchen Sachverhalten plädiert.<sup>502</sup>

Sinnvoller ist es jedoch, in solchen Fällen zu differenzieren. Bezwecken die europäischen Vorgaben eine Klagemöglichkeit, um den Bürger im Rahmen einer objektiven Verwaltungskontrolle zu instrumentalisieren, so ist die prozessrechtliche Lösung vorzuziehen.<sup>503</sup> Sollen hingegen durch eine Richtlinie dem Einzelnen Rechte gewährt werden, so ist ob dieser funktionalen Subjektivierung tendenziell davon auszugehen, dass in der nationalrechtlichen Umsetzung ein subjektives öffentliches Recht verliehen werden soll.<sup>504</sup>

Ein wesentliches Mittel zur Sicherung der vorgenannten Umsetzungsmaßstäbe von Richtlinien in nationales Recht ist die gemeinschaftsrechts- bzw. richtlinienkonforme Auslegung. Diese richtlinienkonforme Auslegung erfolgt dabei nach autonomen ge-

---

<sup>498</sup> EuGH, Rs. 300/81, Slg. 1983, S. 449 (456) (Kommission / Italien); Rs. 239/85, Slg. 1986, S. 3645 (Kommission / Belgien); Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, 2600ff. (Kommission / Deutschland); König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 81, S. 97; Triantafyllou, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 192 (195).

<sup>499</sup> Auch Effektivitätsgrundsatz, Hölscheidt, Zeitschrift Europarecht 2001, S. 376 (385); König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 81, S. 97; Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 247;

<sup>500</sup> Ruthig, Bayerische Verwaltungsblätter 1997, S. 289 (292); Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 246f.

<sup>501</sup> So Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 411.

<sup>502</sup> Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (462); Schoch, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1999, S. 241 (248); Classen, Verwaltungsarchiv 1997, S. 648. 677f.

<sup>503</sup> Sagmeister, Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta, S. 265; Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 152c; Wahl, Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, Rn. 128.

<sup>504</sup> So wohl Schoch, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1999, S. 457 (464).



meinschaftsrechtlichen Maßstäben und ist nicht an nationalstaatlichen Methoden zu messen.<sup>505</sup>

## **V. Exkurs: Verwaltungsverfahrenrechtlicher Drittschutz**

Bezogen auf den verwaltungsverfahrenrechtlichen Drittschutz muss sehr genau darauf geachtet werden, wo der Rechtsschutz gesucht wird.

Bei Betrachtung der gegenwärtigen Debatte, ob sich aus verfahrensrechtlichen Positionen wie z.B. Antragsrechten ein subjektives öffentliches Recht ableiten lasse, wird dies regelmäßig verneint.<sup>506</sup> Es lässt sich allenfalls aus einem Verfahrensrecht ein Hinweis auf ein subjektives öffentliches Recht herauslesen.<sup>507</sup> Diese Debatte bezieht sich aber darauf, ob aus verfahrensrechtlichen Positionen eine materielle Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO abgeleitet werden kann.

Für die Frage der Netzregulierung geht diese Auffassung aber vielfach am Ziel vorbei. Es geht hier zunächst einmal um einen verfahrensmäßigen Ausgleich verschiedener Interessen.<sup>508</sup> Den Regulierungsbehörden wird in diesem Verfahren mitunter eine „quasi-gesetzgeberische Funktion“ zuerkannt.<sup>509</sup> Das Regulierungsverfahren stellt also wesentliche Weichen, die im Nachhinein nicht mehr geändert werden können, schon gar nicht im Wege eines durchgängigen materiellen Rechtsschutzes.

Daher können aber Verfahrensrechte sehr wohl einen eigenständigen subjektivrechtlichen Charakter haben,<sup>510</sup> welcher sich eigenständig auf das Verfahren bezogen einklagen lässt.<sup>511</sup> Damit zerreißt auch nicht der Zusammenhang zwischen der „dienenden Funktion“ des Verfahrens und der Sachentscheidung.<sup>512</sup> Es geht darum, dass die Beteiligten sich in einem ausreichenden Umfang in das Verfahren haben einbrin-

---

<sup>505</sup> Ehlers, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach u. a., S. 378, S. 395.

<sup>506</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 149 a.E. und 151; Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, S. 195; Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 399; so auch für die Konfliktschlichtungsformel Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 174.

<sup>507</sup> So etwa Scherzberg, in: Erichsen/Ehlers/Burgi, S. 380, S. 399, der darin vor allem eine Erleichterung der Darlegungslast sieht.

<sup>508</sup> So Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 149; Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 347; Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 272f.

<sup>509</sup> Pape (2006), Vor § 9 TKG, Rn. 5; Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 7.

<sup>510</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 149; Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 271;

<sup>511</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 246.

<sup>512</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 24.

gen können, damit ihre Interessen und Rechte in die behördliche Entscheidung wenigstens die Chance hatten, angemessen berücksichtigt zu werden.<sup>513</sup>

Schließlich sei hier anzumerken, dass nicht ausgeschlossen werden kann und i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG zum Zweck eines effektiven (Grund-)Rechtsschutzes auch nicht ausgeschlossen werden darf, dass bei einer genauen Betrachtung der Funktionsweise des Verfahrens Verfahrensvorschriften zum (Grund-)Rechtsschutz unverzichtbar werden.<sup>514</sup>

---

<sup>513</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 347. Gleichwohl besteht dieses Verfahrensrecht wohl nicht ohne Weiteres. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass in BVerwG 6 C 14.07 ausgeführt wurde: „Die Geltendmachung eines subjektiven Rechts auf Regulierung setzt regelmäßig die Stellung eines eigenen Sachantrages des Wettbewerbsunternehmens gegenüber der Bundesnetzagentur voraus.“

<sup>514</sup> Ebenda.

## **D. Zusammenführung: Drittschutzbedürfnis in der Regulierung der Netzwirtschaften**

Bislang wurde zwei grundlegenden Fragen für diese Untersuchung nachgegangen. Da wäre zunächst, wie die Netzwirtschaften von den Leitbildern, was einen funktionierenden Wettbewerb ausmacht, abweichen und sich die Situation des natürlichen Monopols ergibt, also wirtschaftswissenschaftliche Grundlagen der Netzwirtschaften das Regulierungsbedürfnis auslösen. Weiterhin wurde das verwaltungsrechtliche Institut des subjektiven öffentlichen Rechts und der rechtspraktisch wohl wichtigsten Frage des Drittschutzes beleuchtet.

Die beiden Grundlegungen sollen im nachstehenden Abschnitt zusammengeführt werden. Ziel ist zu verdeutlichen, wie aus der wirtschaftlichen Ausgangslage eine Schutzbedürftigkeit von Wettbewerbern und Endnutzern hervorgeht, die im rechtlichen Rahmen der Netzregulierung Berücksichtigung finden muss. Zugleich wird damit eine Basis für den weiteren Gang der Untersuchung gelegt, indem einige für den Drittschutz sprechende Momente gleichsam „vor die Klammer“ gezogen werden.

### **I. Drittschutzbedürfnis des Wettbewerbers**

#### **1. Vorab: Vergewisserung der tatsächlichen Konfliktsituation**

Die Leistungserbringung in den Netzwirtschaften setzt zwingend die Netzinfrastruktur i.S.e. „essential facility“ voraus. Diese Einrichtungen weisen solche ökonomischen Spezifika auf, derentwegen sich diese Infrastruktur nicht beliebig duplizieren lässt; teilweise wird diese Vervielfältigung der Netzinfrastruktur auch aufgrund von außerökonomischen Erwägungen nicht gewünscht.<sup>515</sup> Im Ergebnis steht aber fest, dass diese Netzinfrastruktur nur einmal existiert, alle Leistungserbringungen also zwingend mit und über diese bottlenecks erfolgen. Deswegen wurden diese Netzindustrien lange Zeit vom Wettbewerb durch staatliche bzw. staatlich sanktionierte Monopole ausgenommen.

---

<sup>515</sup> Vgl. Abschnitt B.III.

Die potenziellen neuen Leistungserbringer haben also ein ganz massives Interesse daran, dass dem bottleneck-Monopolist dahingehend Auflagen gemacht werden, seine Infrastruktur auch für alternative Anbieter zu öffnen. Die Frage des Zugangs zu der Infrastruktur ist dabei zentral. Der Netzinhaber muss nicht nur einen anderen Marktanbieter dulden, sondern diesem durch seine Infrastruktur überhaupt erst die Konkurrenz ermöglichen. Gerade vor dem Hintergrund der erörterten Knappheit von Netzkapazitäten geht dies oftmals mit einer Einschränkung des eigenen Leistungsangebots einher. Nun dient die sektorspezifische Regulierung auch gerade der Etablierung und, wenn dies nicht erreicht werden kann, der Simulation von Marktmechanismen. Daher hat der Marktneuling umgekehrt ein Interesse daran, dass diese Marktmechanismen auch bestmöglich aus- bzw. nachgebildet werden, um dem Diskriminierungspotenzial aus der bottleneck-Situation vorzubeugen.

Daraus ergibt sich, dass die Marktregulierung physischer Netze sich in einem Beteiligten-Dreieck bewegt:

- Zum einen der Staat, der seiner Verpflichtung, Wettbewerb bei gleichzeitiger Sicherung der Gemeinwohlbelange durch Regulierungsbehörden zuzulassen, nachzukommen sucht.
- Des Weiteren die Inhaber der Netze als marktmächtige Wettbewerber.
- Schließlich noch die Mitbewerber, die durch ihre Existenz neben bzw. gerade wegen des (Über-)Gewichts des ehemaligen Staatsmonopolisten überhaupt erst einen Markt im eigentlichen Sinne etablieren.
- Schließlich sind auch die Endnutzer zu beachten, dessen Konsumentenwohl- fahrt wenigstens als Fernziel der Regulierung betrachtet werden kann.<sup>516</sup>

Diese Dreiecksbeziehung ist aber davon geprägt, dass Gewährung durch die Regulierungsinstanz zu Gunsten eines Marktteilnehmers gerade in Hinblick auf die Wettbewerbssituation (fast) stets mit einer Belastung des Gegenübers auf dem Markt einhergeht. Diese Situation eröffnet aber den Schutzbereich der Gewährleistung aus Art. 19 IV GG, sodass auch gegen eine Entscheidung, ohne deren Adressat zu sein, aber wegen damit einhergehender Auswirkungen dennoch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

---

<sup>516</sup> So wohl auch Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 195f.

## 2. Grundrechtliche Erwägungen

Regulierung als staatlicher Eingriff in die Marktprozesse stellt ein grundrechtserhebliches Problem dar. Die wirtschaftliche Betätigung wird im Kern geschützt durch die Art. 2 Abs. 1 S. 1, 12 und 14 GG<sup>517</sup> und in der rechtswissenschaftlichen Diskussion stets auch im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft erörtert.<sup>518</sup> Somit sind marktbezogene Interventionen stets auf die Vereinbarkeit mit diesen Grundrechten hin zu prüfen. Gerade wenn es um Fragen des Zugangs zu den bottleneck-Einrichtungen geht, spielt das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen der ökonomischen Regulierung eine wichtige Rolle hinsichtlich der Maßstäbe und Verhältnismäßigkeit von Regulierungsentscheidungen.<sup>519</sup>

Alle Netzwirtschaften bewegen sich in einem Raum von entgegengesetzten und grundrechtlich geschützten Interessen. Der sozialpflichtigen Eigentumsgarantie der Netzinhaber und/oder -betreiber steht die Möglichkeit der Wettbewerber aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, sich wirtschaftlich zu entfalten, gegenüber.<sup>520</sup> Diese Interessen gilt es im Rahmen einer praktischen Konkordanz bestmöglich in Einklang miteinander zu bringen.<sup>521</sup>

Hermes sieht in den Infrastrukturbereichen, zu denen auch die Netzwirtschaften gehören, eine „Basisfunktion“, die die Ausübung der (wirtschaftsbezogenen) Grundrechte überhaupt erst ermöglicht.<sup>522</sup> Er liest aus den Grundrechten eine allgemeine Gewährleistungsverantwortung heraus, die im Fall der früher als Monopol des Bundes betriebenen Eisenbahn- und Telekommunikationsmärkte durch Art. 87e und 87f GG konkret als „Netzverantwortung“ ausformuliert wird.<sup>523</sup>

So reizvoll der Gedanke an ein Grundrechtsmetainstitut einer Gewährleistungsverantwortung ist. Es ist nicht geeignet, eigenständige subjektive Klagerechte der Wettbewerber zu begründen, selbst wenn über den von Hermes vorgeschlagenen Hebel

---

<sup>517</sup> Anstelle vieler: Köhler/Bornkamm/Baumbach/Hefermehl/Köhler-Bornkamm., Rn. 1.45. Weiterhin wirken auch Art. 9 und 11 GG für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit.

<sup>518</sup> So etwa Di Fabio, Art. 2, Art. 2, Rn. 87ff.

<sup>519</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 40.

<sup>520</sup> So exemplarisch für das Energierecht Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 43; Burgi, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 269 (272).

<sup>521</sup> Vgl. Abschnitt C.III.2, so im Ergebnis auch Burgi, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 269 (272).

<sup>522</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 354 leitet dies aus Überlegungen zu einem Mobilitätsgrundrecht ab.

<sup>523</sup> Im Falle der Energieversorgung soll die Aussage des BVerfG in BVerfGE 30, 292 (323f.) eines „Gemeinschaftsgutes höchsten [also Verfassungs-, C.B.] Ranges“ als eben solche Konkretisierung zu verstehen sein.

ein Vorrang der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Wettbewerbs erreicht werden könnte. Aus bereits zuvor Ausgeführten geht klar hervor, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Interessenskonflikts ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>524</sup> Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in allen regulierten Netzwirtschaften dem einfachen Gesetzesrecht als Manifestation der Abwägungs- und Ausgleichsentscheidung des Gesetzgebers ein Anwendungsvorrang zukommt,<sup>525</sup> haben die Grundrechte höchstens sehr begrenzt Einfluss auf die konkreten Anordnungen der Netzwirtschaftsregulierung.<sup>526</sup>

### 3. Europarechtliche Erwägungen

Während die konkreten Richtlinienvorgaben zu den einzelnen Netzsektoren bei den einzelnen Regulierungsgesetzen behandelt werden sollen,<sup>527</sup> soll hier allgemein geklärt werden, ob und, wenn ja, wie sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein Drittschutzbedürfnis herleiten lässt.

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union hat in seinen Art. 101 bis 106 (Titel VII Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften, Kapitel 1 Wettbewerbsregeln, Abschnitt 1, Vorschriften für Unternehmen), welche die europarechtlichen Grundlagen des gesamten Wettbewerbsrechts darstellen, die europarechtlichen Grundlagen für die Netzwirtschaften geschaffen.

Für die Netzwirtschaften war bis zur Liberalisierung dieser Märkte Art. 106 Abs. 2 AEUV bzw. ex-Art. 86 Abs. 2 EGV maßgeblich, der in den Netzwirtschaften einen Bereich der Daseinsvorsorge sah.<sup>528</sup> Im Rahmen der Liberalisierung wurde die Leistungserbringung in Gänze durch den Staat auf die Gewährleistung der Universalien zurückgefahren.<sup>529</sup> Für die angestrebte marktmäßige Leistungserbringung in den Netzwirtschaften wird diese eng auszulegende Ausnahmeregelung zukünftig immer weniger Geltung beanspruchen können.<sup>530</sup>

---

<sup>524</sup> Vgl. Abschnitt C.III.3.a); so auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>525</sup> Vgl. Abschnitt C.III.3.b)

<sup>526</sup> So auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>527</sup> Siehe Abschnitt E.I.1.b)aa), F.I.2.a), G.I.2.a).

<sup>528</sup> So Jung, Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV), Rn. 35; wohl im Umkehrschluss Mestmäcker/Immenga, Art. 37 und Art. 106, Art. 37 und Art. 106, Rn. 9.

<sup>529</sup> Mestmäcker/Immenga, Art. 37 und Art. 106, Art. 37 und Art. 106, Rn. 9.

<sup>530</sup> Jung, Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV), Rn. 35.

Insofern greifen für den am Wettbewerbsideal ausgerichteten Netzinfrastrukturzugang und die Netzdiensterbringung die allgemeinen in Art. 101, wohl aber mehr noch in Art. 102 AEUV festgelegten Verbote des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ein. Auf diesen primärrechtlichen Grundlagen sind die einzelnen die Marktöffnung und -regulierung steuernden Richtlinien erlassen worden.<sup>531</sup>

Aus dem zum „effet utile“-Grundsatz Gesagtem folgt daher,<sup>532</sup> dass auch bereits dann eine Klagebefugnis anzunehmen ist, wenn sich aus dem europarechtlichen Kontext nur die Tendenz erkennen lässt, dass durch den individuellen Rechtsschutz die Umsetzung der Richtlinienvorgaben sichergestellt werden soll.

#### 4. Drittenschutz aus dem Wettbewerbsbegriff

Aus der bisherigen Rechtslage und -praxis des allgemeinen und sektorspezifischen Wettbewerbsrechts ist zu fragen, ob und, wenn ja, inwieweit sich hieraus ein Drittschutzbedürfnis der Wettbewerber ableiten lässt.

Zentraler Anknüpfungspunkt und Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts ist der Wettbewerb. Keine wettbewerbsrelevante Norm definiert, was unter dem Wettbewerbsbegriff zu verstehen ist,<sup>533</sup> und es hat bislang keinen erfolgreichen Versuch gegeben, den Wettbewerbsbegriff für die Rechtsanwendung handhabbar zu machen.<sup>534</sup>

Vielmehr ist es so, dass der Wettbewerb als funktionsfähig vorausgesetzt wird und nur dessen negative Störungen von den Rechtsnormen behandelt werden.<sup>535</sup> Bei der Frage, wodurch sich ein funktionsfähiger Wettbewerb auszeichnet, wird dann wieder auf das „Leitbild“<sup>536</sup> des Wettbewerbs zurückgegriffen.<sup>537</sup>

Trotz dieser Unwägbarkeiten des Wettbewerbsbegriffes wird diesem doch attestiert, dass sich hieraus keine Begründung von subjektiven öffentlichen Rechten ergebe.<sup>538</sup> Dieser Befund lässt sich bei Betrachtung der Historie und der Diskussion um

---

<sup>531</sup> Insgesamt Fuchs/Möschel, Art. 102, Art. 102, Rn. 396ff, 404ff.

<sup>532</sup> Vgl. Abschnitt C.IV.2.b). So wohl auch Masing,, Abschnitt D, S. 148f.

<sup>533</sup> So auch Wiedemann,, Rn. 3.

<sup>534</sup> Nordemann, § 1 GWB, Rn. 79; Zimmer, § 1 GWB, § 1 GWB, Rn. 110; Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (150).

<sup>535</sup> Zimmer, § 1 GWB, § 1 GWB, Rn. 109 und 114; Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (102).

<sup>536</sup> Abschnitt B.II.2.

<sup>537</sup> Zimmer, § 1 GWB, § 1 GWB, Rn. 111.

<sup>538</sup> Anstelle vieler für das Telekommunikationsrecht: Paschke, 6. Abschnitt, § 21, Rn. 251; für das Energierecht: Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (156).

den Wettbewerbsbegriff sowie der Orientierung an den wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsmodellen erklären, jedoch nicht damit rechtfertigen.

Baur stellte bereits recht früh in der Debatte, wie denn der Wettbewerbsbegriff zu verstehen sei, fest, dass der Wettbewerbsbegriff sich (wohl) nicht für die juristische Anwendung hinreichend präzisieren lasse. Es könnten immer nur die Aspekte des Wettbewerbs betrachtet werden, die für die Rechtsfindung von Interesse seien, der „Rest“ müsse vernachlässigt werden.<sup>539</sup> So sieht er im Wettbewerb grob eine ökonomische Funktion und eine gesellschaftspolitische, die in einem Individualschutz gegen Marktmachtkonzentration bestehe;<sup>540</sup> die Beachtung der einen Seite des Wettbewerbs macht ein Ausblenden der anderen erforderlich.<sup>541</sup> Indem das Wettbewerbsrecht seine (verfassungsrechtliche<sup>542</sup>) Rechtfertigung in der Sicherung der Marktfunktionen hat, kommt der ökonomischen Funktion ein Bedeutungsvorrang zu. Dem entspricht auch der Befund von Baur, dass sich die sog. „Volkswirtschaftliche Doktrin“ bei der Ausdeutung des deutschen Wettbewerbsbegriffs durchgesetzt habe, welche sich am Modell der vollkommenen Konkurrenz orientiere.<sup>543</sup>

Wenn bereits ausgeführt wurde, dass dem gegenwärtigen Leitbild des Wettbewerbs nicht mehr diese zu schematische Sichtweise zugrunde liegt, so bauen die (bewusst) dagegen entwickelten Wettbewerbstheorien doch in einem wesentlichen Punkt auf dem Modell der vollkommenen Konkurrenz auf. Es wird stets von einer ausreichend großen Zahl von Anbietern und Nachfragern ausgegangen. In einem – wie vorausgesetzt – in sich tragfähigen Markt dürfte diese Annahme auch zutreffen. Aus diesem Verständnis, dass also funktionsfähiger Wettbewerb genügend Wettbewerber aufweist und die einzelnen aus der ökonomischen Perspektive nicht geschützt zu werden brauchen, erklärt sich die Auffassung, dass der Wettbewerbsbegriff keinen drittschützenden Gehalt hat.

Wenn nun aber in der Rechtsanwendung immer die für die Rechtsfindung interessanten Aspekte, so ausdrücklich „einzelne Phasen“ genannt,<sup>544</sup> betrachtet werden,

---

<sup>539</sup> Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (117).

<sup>540</sup> Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (97).

<sup>541</sup> Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (115f.).

<sup>542</sup> Di Fabio, Art. 2, Art. 2, Rn. 124, der übrigens hierin eine objektive Schutzpflicht des Staates sieht.

<sup>543</sup> Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (100).

<sup>544</sup> Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (111/117).



muss gefragt werden, ob bei einer pauschalen Ablehnung des subjektiven öffentlichen Rechts der Wettbewerber dieser Maßgabe genügt wurde.

Zunächst einmal ist mit der Liberalisierung der Netzwirtschaften eine so bislang unbekanntere Wettbewerbsphase aufgetreten, nämlich die der hoheitlich bewirkten und flankierten Wettbewerbsetablierung und -simulation. Diese Wettbewerbsphase unterscheidet sich von den bislang im Wettbewerbsrecht bekannten Konstellationen durch zwei Aspekte.

Zum einen geht es hier nicht um eine Abwendung einer Störung in einem funktionierenden System, sondern um den positiven Aufbau bzw. die Begleitung des Aufbaus. Wie ausgeführt, ist es ja gerade ein Charakteristikum der Netzwirtschaften,<sup>545</sup> dass hier der Wettbewerb nicht vorausgesetzt werden kann.

Damit einher geht die zweite Besonderheit der Wettbewerbsproblematik in den Netzwirtschaften. Eine ausreichende Menge an Leistungsnachfragern in den bottleneck-Märkten darf angenommen werden, aber es fehlt ja gerade an Wettbewerbern. Die ökonomischen und technischen Besonderheiten verhindern, dass diese sich gemäß den als gegeben vorausgesetzten Wettbewerbs- und Marktmechanismen „ansiedeln“ können.

Dies wirft den Blick auf die Bedeutung der Wettbewerber für den Wettbewerb. Ganz allgemein gesehen ist Wettbewerb eine – wie auch immer geartete – Auseinandersetzung, setzt also mindestens zwei Beteiligte voraus. Im wirtschaftlichen Kontext streiten diese beiden um Marktanteile. So jedenfalls lässt sich der Umkehrschluss aus der Theorie der vollkommenen Konkurrenz ziehen, wenn diese durch eine unendliche Anzahl von Angebots- und Nachfragewettbewerbern, die Marktanteile und Marktmacht gegenseitig begrenzen und damit den Markt atomisieren.<sup>546</sup> Wettbewerber sind also auf jeden Fall eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbs. Aus dem Beispiel der Theorie der vollkommenen Märkte geht allerdings auch hervor, dass Wettbewerber alleine keine hinreichende Voraussetzung für Wettbewerb sind. Es treten die Wechselbeziehungen, das gegenseitige Begrenzen, Beeinflussen und Anpassen hinzu, die dem Wettbewerb seine Dynamik verleiht. Bildhaft gesprochen

---

<sup>545</sup> Abschnitt B.III.

<sup>546</sup> Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182.

kann Wettbewerb mit einem Wald verglichen werden, der auch ein Ökosystem darstellt, dass über eine Ansammlung von Bäumen hinausreicht.

Ein einzelner mächtiger Baum ist für sich kein Wald, ein einzelner mächtiger Marktakteur auf Angebots- oder Nachfrageseite ist für sich kein Wettbewerb! Eine solche Situation liegt auf aber monopolistischen Märkten vor, so auch den hier interessierenden bottleneck-Netzinfrastrukturen. Die sektorspezifische Regulierung hat den Anspruch, diese monopolistische Struktur soweit als möglich aufzubrechen, also Wettbewerb zu etablieren bzw. aufzuforsten. Dafür benötigt sie Wettbewerber, die als Setzlinge auf dem schwierigen Boden des natürlichen Monopols und der Marktmacht des Netzinhabers zum Trotz ökonomisch Wurzeln schlagen sollen. Gerade weil Marktneulinge sofort in die beschriebenen Wechselwirkungen mit dem Netzinhaber treten und von der Marktmacht überrollt zu werden drohen, kann es nicht einen überindividuellen Schutz des Wettbewerbs als Institution geben.<sup>547</sup>

Wettbewerb ist zwar mehr als die Summe seiner Wettbewerber, aber ohne diese ist es kein Wettbewerb. Daher muss die Wettbewerbsetablierung als Ziel der Marktregulierung<sup>548</sup> notwendigerweise eine die Wettbewerber als solche individuell schützende Dimension haben.<sup>549</sup>

Ebenso wie ein pauschaler Ausschluss jeglicher drittschützenden Dimension des komplexen Wettbewerbsbegriffs verbietet es sich, den Wettbewerbsbegriff stets als „zumindest auch individualschützend“ zu betrachten.<sup>550</sup> Hierfür müsste viel mehr Klarheit über den Wettbewerbsbegriff bestehen, was auf absehbare Zeit nicht zu erwarten sein dürfte. Weiterhin muss sich hier noch einmal vergegenwärtigt werden, dass das natürliche Monopol in den Netzwirtschaften eine Ausnahmerecheinung ist und die in diesem Kontext festgestellte Notwendigkeit, den Wettbewerbsbegriff um drittschützende Elemente anzureichern, nicht (ohne Weiteres) verallgemeinert werden darf. Der Wettbewerbsbegriff ist zu dynamisch und zu wenig konturiert, als dass hieraus ein abschließender Ausgleich von sich widerstreitenden Interessen herzuleiten wäre.

---

<sup>547</sup> So jedenfalls BVerwG MMR S. 241 (243); VG Köln MMR S. 198 (200). Attendorn, Multimedia und Recht 2008, S. 444 (447) sieht im Wettbewerb ein dynamisches Geschehen, das wesentlich durch die Wettbewerber gestaltet wird.

<sup>548</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 TKG, 1 Abs. 2 EnWG und 1 Abs. 1 AEG.

<sup>549</sup> Ladeur/Möllers, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 525 (530); Röhl, Juristen Zeitung 2006, S. 830 (838); Trute, FG 50 Jahre BVerwG; Hrsg. Schmidt-Aßmann, Eberhardt, S. 857 (871).

<sup>550</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 136.; Vgl. Abschnitt C.I.2.

Selbst für die Situation der Netzregulierung wäre der Wettbewerbsbegriff alleine keine den rechtstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügende Eingriffsgrundlage in die Eigentumsgarantie der Netzinfrastruktureigentümer aus Art. 14 GG. Der Wettbewerbsbegriff ist in seiner Rechtsanwendung nicht aus sich selbst heraus anwendbar, sondern bedarf eines normativen Kontextes, nachdem übrigens auch die Wettbewerbsaspekte, die zur Rechtsfindung herangezogen werden sollen, betrachtet werden.<sup>551</sup>

Für die mit der Marktregulierung befassten Rechtsmaterien stellt sich die Frage einer unmittelbaren Begründung von hoheitlichen Akten durch den Wettbewerbsbegriff nicht. In den drei hier zu untersuchenden Gesetzen TKG, EnWG und AEG ist der Wettbewerb vor allem als eine Zweck- bzw. Zielbestimmung eingebunden.<sup>552</sup>

##### 5. Drittenschutz aus dem Diskriminierungstatbeständen

Das Diskriminierungsverbot ist bereits aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannt. § 20 Abs. 1 GWB verbietet es u.a. marktbeherrschenden Unternehmen, andere Unternehmen „ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich [zu] behandeln“, und gibt damit eine Definition von einer Diskriminierung.<sup>553</sup> Hierbei stellt das Diskriminierungsverbot kein Gebot allgemeiner Gleichbehandlungen ohne sachliche Rechtfertigung auf.<sup>554</sup>

Diskriminierungstatbestände spielen in allen hier zu untersuchenden Regulierungsgesetzen eine – mitunter herausragende – Rolle.<sup>555</sup> Seine Ausdeutung orientiert sich dabei auch an der grundlegenden Auslegung und Anwendungspraxis zu § 20 Abs. 1 GWB.<sup>556</sup> Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Diskriminierungstatbestände nicht stets als Verbot, sondern mitunter in § 19 TKG als Gleichbehandlungs-

---

<sup>551</sup> So wohl auch Baur, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1970, S. 150 (150), der die Ausdeutung des Wettbewerbsbegriffs stets am Kontext des weiteren Regelungsprogramms ausgerichtet sehen will.

<sup>552</sup> So in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, § 1 Abs. 2 EnWG sowie § 1 Abs. 1 AEG. Auch taucht der Wettbewerbsbegriff im Rahmen des telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahrens auf, vgl. hierzu Abschnitt E.I.2.c).

<sup>553</sup> So wohl auch Markert, § 20 GWB, § 20 GWB, Rn. 114.

<sup>554</sup> Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 275; Markert, § 20 GWB, § 20 GWB, Rn. 19.

<sup>555</sup> Vgl. hierzu § 19 TKG, § 21 Abs. 1 EnWG sowie § 14 Abs. 1 S. 1 AEG. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen,

<sup>556</sup> So jedenfalls für das Telekommunikationsrecht Piepenbrock/Attendorn, § 19 TKG, Rn. 4; für das Eisenbahnrecht Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (603); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1407).

pflicht<sup>557</sup> bzw. in § 21 Abs. 1 EnWG als Diskriminierungsfreiheit<sup>558</sup> in Erscheinung treten.

Bei allen Unterschieden tragen Diskriminierungstatbestände aus zwei grundlegenden Überlegungen den Keim des Drittschutzes in sich. Da ist zum einen, dass eine Diskriminierung stets wettbewerbsbezogen sein muss.<sup>559</sup> Es geht um die zu verhindernde Diskriminierung anderer Marktteilnehmer, wenn auch der Wettbewerb als Institution geschützt sein mag.<sup>560</sup> Zum anderen, dass mit einer Diskriminierung ein Vergleichsmoment einhergeht, wobei sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen unzulässig sind. Es geht also immer um den Vergleich zweier Rechtssubjekte, womit für das benachteiligte eine Rechtsverletzung festgestellt wird.

Es soll sich an dieser Stelle auf diese allgemeine Herleitung des Drittschutzgehaltes der Diskriminierungstatbestände beschränkt werden. Die konkrete Ausgestaltung des Drittschutzes soll anhand der konkreten Normen vorgenommen werden.

## **II. Drittschutzbedürfnis des Endkunden**

Die Klärung der Schutzbedürftigkeit der Endkunden stellt sich als komplizierter dar, als es für die Wettbewerber der Fall ist.

Wie bereits angesprochen, besteht hier das grundsätzliche Problem, dass die Endkunden als Nachfrager nicht unmittelbar auf der bottleneck-Ebene agieren.<sup>561</sup> Die wirtschaftswissenschaftliche Diskussion sieht kein Korrekturbedürfnis, wenn und soweit der Netzzugang und die Zugangsentgelte reguliert werden.<sup>562</sup>

Allerdings sprechen doch einige Gegebenheiten der Netzwirtschaften für eine Regulierung der Endkumentarife. So wird allgemein in der Marktöffnung ein Instrument zur Wohlfahrtsoptimierung gesehen.<sup>563</sup> Der Wohlfahrtsbeitrag in der Netzindustrie wird durch die Leistung am Endkunden erbracht, wobei diese auf verschiede-

---

<sup>557</sup> So jedenfalls Piepenbrock/Attendorn, § 19 TKG, Rn. 4.

<sup>558</sup> Missling, § 21 EnWG, Rn. 25.

<sup>559</sup> So Markert, § 20 GWB, § 20 GWB, Rn. 18 sowie den Wettbewerbszielbestimmungen der Regulierungsgesetz aus § 2 Abs. 2 TKG, § 1 Abs. 2 EnWG und § 1 Abs. 1 AEG.

<sup>560</sup> Markert, § 20 GWB, § 20 GWB, Rn. 17.

<sup>561</sup> Siehe Abschnitt B.V.3.b)cc).

<sup>562</sup> Knieps/Weiß, Fallstudien zur Netzökonomie, S. 16f. sieht hierin sogar eine Gefährdung der Erfolge der Marktöffnung.

<sup>563</sup> Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 35.

nen Wertschöpfungsebenen beruht.<sup>564</sup> Letztlich begehren die Wettbewerber ja keinen Netzzugang, weil dieser einen Selbstzweck besäße. Vielmehr geht es ihnen um die Erbringung von netzgebundenen Diensten.

Wenn auch ein Zusammenhang zwischen der Wohlfahrtsoptimierung und den Endkundenpreisen bzw. -verhalten klar zu Tage tritt, stellt sich hier die Frage, ob sich daraus ein Schutzbedürfnis der Endkunden in der sektorspezifischen Regulierung herleiten lässt. Zweifelsohne zu bejahen ist ein solches Bedürfnis insofern, als aus der Tradition der Daseinsvorsorge heraus der Endkunde gegenüber dem Staat eine Mindestversorgung geltend machen kann, wie sie durch Art. 87e Abs. 4 und Art. 87f Abs. 1 GG klar ausformuliert werden; diese Universaldienste gelten aber gerade nicht als zur ökonomischen Regulierung gehörig.<sup>565</sup>

Wenn, dann geht es also um die Endkundenentgelte und -konditionen, die gegebenenfalls einer Regulierung unterfallen könnten. Allerdings ist zuzugestehen, dass auch wegen der grundrechtlichen Position der entgeltregulierten Netzinfrastruktureigentümer aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG nicht ohne Weiteres das natürliche Monopol in seiner Regulierungsbedürftigkeit künstlich auf alle nachgelagerten Wertschöpfungsstufen ausgeweitet werden darf. Allerdings können hinreichend unmittelbare und intensive Folgen des natürlichen Monopols auch ein Regulierungsbedürfnis der nachgelagerten Dienstmärkte auslösen. Solche ein „fortgesetztes“ Regulierungsbedürfnis auslösenden Phänomene können eine „Preis-Kosten-Schere“ sein, wobei verhindert werden soll, dass die Preise auf den nachgelagerten Märkten unter den Zugangskosten zur Netzinfrastuktur liegen.<sup>566</sup> Auch interne Subventionen können Gegenstand von Endkundentarifregulierung sein.<sup>567</sup>

Ein Schutzbedürfnis der Endkunden, auch gerade ein Drittschutzbedürfnis gegen marktmächtige Anbieter, die zugleich die Netzinfrastuktur innehaben, ist also anzuerkennen. Allerdings muss hierbei sehr genau darauf geachtet werden, was das Regulierungsbedürfnis auslöst. Die die Regulierung rechtfertigende Situation des bottlenecks muss sich adäquat kausal bei der Endkundenpreisgestaltung fortsetzen.

---

<sup>564</sup> Siehe Abschnitt B.II.2.c); so wohl auch Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 33, wenn er ein Konsumrückgang wegen der Weiterreichung des (zu hohen) Zugangsentgeltes im Endkundenpreis als „Wohlfahrtsverlust“ bezeichnet.

<sup>565</sup> Vgl. Abschnitt B.V.3. und 4.

<sup>566</sup> Höffler, in: Lüdemann, S. 3, S. 24ff.; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 37.

<sup>567</sup> Vgl. Abschnitt B. IV.2.1).

Bloß der Reinheit wirtschaftswissenschaftlicher Lehre geschuldet ist der Gesetzgeber also nicht dazu verpflichtet, auf eine solche fortgesetzte Regulierung zu verzichten. Allerdings sind an sich mit der Endkundenregulierung befassende Normen strenge Maßstäbe hinsichtlich der Identifikation von Regulierungsbedürfnissen und der Eingriffsintensität zu stellen, damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt wird.

## **E. Drittschutz in der Marktregulierung des TKG**

### **I. Voraussetzungen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung**

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte gilt als die am weitesten entwickelte.<sup>568</sup> Damit einher geht, dass das Telekommunikationsrecht heute maßgeblich das Bild des Regulierungsrechts prägt<sup>569</sup> und daher im besonderen Maße als Referenzgebiet für die Netzregulierung zu berücksichtigen ist.<sup>570</sup>

#### **1. Grundlagen der Telekommunikationsregulierung**

Eine sektorspezifische Regulierung wie die der Telekommunikation bedarf – wie bereits ausgeführt – spezifischer wirtschaftlicher Voraussetzungen und ist darüber hinaus einem erhöhten rechtlichen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt. Insofern ist kurz der Blick auf die tatsächlichen und rechtlichen Vorbedingungen der verwaltungsrechtlichen Regulierung zu lenken.

##### **a) Tatsächliche Grundlagen der Telekommunikationsregulierung**

Im Kern stellt ein Telekommunikationsnetz ein interaktives Netz dar,<sup>571</sup> das sich aus Sende- bzw. Empfangseinrichtungen in der Kundensphäre, dem die Nachricht übertragenden Medium und die Nachricht dirigierenden Vermittlungsstellen zusammensetzt.<sup>572</sup> Von diesen Bauelementen der einzelnen bzw. des gesamten Telekommunikationsnetzes ausgehend lassen sich auch die wesentlichen Entwicklungen und Probleme der Marktregulierung in diesem Sektor leicht erfassen und unterscheiden.

Der Befund zur Anbieterstruktur auf den Telekommunikationsmärkten ist, dass diese sehr diversifiziert ist. Von reinen Diensteanbietern bis hin zu Betreibern alternativer Netzinfrastrukturen reicht die Bandbreite.<sup>573</sup> Damit hat sich im Telekommunikationssektor das Investitionsleitermodell zu einem gewissen Grad bestätigt.<sup>574</sup>

---

<sup>568</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 339; Schütz, § 9 TKG, Rn. 9.

<sup>569</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 368.

<sup>570</sup> So etwa Gersdorf, Wirtschaft und Verwaltung 2010, S. 159ff.

<sup>571</sup> Vgl. Abschnitt B.I.2.a).

<sup>572</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 339f.; vgl. auch Stürmer und Haas dargestellt im Abschnitt B.I.1.a).

<sup>573</sup> Ders., S. 342.

<sup>574</sup> Ders., S. 345f.; vgl. auch Abschnitt B.V.3.a).

Der Grund dafür, dass vormalige reine Wiederverkäufer die Investitionsleiter ersteigen konnten, liegt maßgeblich darin, dass jenseits der lokalen Nachrichtenvermittlung die Grenzen der Übermittlungsträger verwischen und zugleich ein Großteil der telekommunikativen Infrastruktur wirtschaftlich vervielfältigt werden kann.<sup>575</sup> Es war den mit der DTAG konkurrierenden Marktneulingen wegen der prinzipiellen Indifferenzen für den Weg der Übertragung und ob der technischen Innovationen und wachsender „Nachfrage nach Übertragungskapazität“<sup>576</sup> möglich, im Bereich des weiträumigen Übertragungsmediums alternative Netze zu installieren. Eine besondere Rolle ob der sich verändernden Telekommunikationsdienste kommt dabei dem Ausbau des Glasfasernetzes zu.<sup>577</sup> Zunehmend von den Kunden nachgefragt werden sog. Breitbanddienste, also große und komplexe Datenpakete mit einem hohen Geschwindigkeitsbedarf bei der Übertragung und Verarbeitung.<sup>578</sup> Auf der Ebene der weiträumigen Übertragungskapazitäten wird dieser Bedarf durch die leistungsfähigeren Glasfaserkabel gedeckt,<sup>579</sup> welches zudem immer „näher“ an den Kunden heranrückt.<sup>580</sup> Auf der Ebene der weiträumigen Übertragung, also in der Terminologie der Graphentheorie gesprochen bei den Netzknoten und -kanten, hat sich ein Wettbewerb auch auf der Infrastruktur entwickelt. Es ist also festzuhalten, dass die Abgrenzung von natürlichem Monopol und wettbewerbsfähigen Marktsegmenten nicht von der Infrastruktur abhängig ist.<sup>581</sup>

Dennoch sind Teile der Infrastruktur nach wie vor nicht wirtschaftlich rentabel alternativ aufzubauen.<sup>582</sup> Die Zuleitung unmittelbar zum Kunden stellt ein solches Netzelement dar. Es wird insofern auch von der „letzten Meile“ gesprochen.<sup>583</sup> Technisch umfasst werden davon zumeist die Teilnehmeranschlussleitung<sup>584</sup> und die Verteilung der Nachrichtenströme auf lokaler Ebene von bzw. hin zu den großräumi-

---

<sup>575</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 340/ 342.

<sup>576</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 342.

<sup>577</sup> Ders., S. 340.

<sup>578</sup> Ders., S. 343f; dabei verwischen die Grenzen zu den sog. Schmalbanddiensten i.S.d. klassischen Telekommunikationsdienste wie Sprachtelefonie oder Telefax immer mehr. Als Musterbeispiel wird die Telefonie über das Internet („Voice-over-IP“) benannt, ders., S. 344.

<sup>579</sup> Ders., S. 340.

<sup>580</sup> Ders., S. 341.

<sup>581</sup> Ders., S. 342.

<sup>582</sup> Ders., S. 347.

<sup>583</sup> Ebenda; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 1.

<sup>584</sup> Sog. TAL, bestehend aus einer Kupferdoppelader, die die Verbindung zwischen den Endgeräten und dem Glasfasernetz herstellt, ders., S. 341.



gen Leitungen.<sup>585</sup> Hier kommen wieder Größen-, Verbunds- und Bündelungsvorteile zum Tragen, so dass die Erschließung dieser letzten Leitungsstrecke zumeist unverhältnismäßige Kosten mit sich bringt.<sup>586</sup> Zugleich wirken im Telekommunikationsbereich Netzwerkexternalitäten dahingehend sehr stark, dass eine „any-to-any-Kommunikation“ von den Kunden erwartet wird, mithin also jeder Dienstanbieter, will er am Markt bestehen, seine Nachrichten auch durch diese letzte Meile bringen muss.<sup>587</sup> Versuche über Mobilfunk, das Kabelfernseh- oder Stromnetz auch einen alternativen Zugang zum Kunden zu erreichen, stellen noch keine hinreichenden Substitute dar, so dass für einzelne Dienste, wie z.B. DSL, nach wie vor die TAL unerlässlich ist.<sup>588</sup> In dieser letzten Meile liegt das zentrale Wettbewerbsproblem des Telekommunikationssektors, welches mit den Instrumenten des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht angemessen gelöst werden kann.<sup>589</sup> Daher ist davon auszugehen, dass auf die Regulierung der Netzinfrastruktur bzw. dieser Komponente der Netzinfrastruktur auf absehbare Zeit nicht verzichtet werden kann.<sup>590</sup>

*b) Rechtliche Vorprägungen der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung*

Das Telekommunikationsrecht ist stark von europarechtlichen Vorgaben und Verfassungsrecht geprägt.

*aa) Europarechtlicher Einfluss*

Die Marktöffnung im Telekommunikationsbereich ging maßgeblich von der europäischen Ebene aus. Maßgeblicher Maßstab für die Etablierung von Wettbewerb auf zuvor staatsmonopolistisch versorgten Märkten war und ist dabei die Open Network Provision-Richtlinie.<sup>591</sup> Mit ihr soll ein Prinzip des offenen, also transparenten, diskriminierungsfreien und gleichwertigen Zugangs zur Infrastruktur geleistet werden.<sup>592</sup>

---

<sup>585</sup> Ders., S. 342.

<sup>586</sup> Ders., S. 347.

<sup>587</sup> Ebenda.

<sup>588</sup> Ders., S. 348 / 351.

<sup>589</sup> Ders., S. 347; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 1. So auch die Monopolkommission, Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, S. 11, die feststellt, dass schmal- und breitbandige Dienste stets von der Infrastrukturebene abhängig sind.

<sup>590</sup> Monopolkommission, Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, S. 12, 104.

<sup>591</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 339.

<sup>592</sup> Ebenda.

Speziell für den Telekommunikationsbereich erließ die EG im Jahr 2002 als Paket fünf Harmonisierungsrichtlinien.<sup>593</sup> Dieses Richtlinienpaket hatte im Kern folgende Intentionen:

- Die Grundzüge des Marktregulierungsverfahrens, vor allem der sachlichen Anwendbarkeit der sektorspezifischen Ex-ante-Regulierung, zu formulieren (Rahmenrichtlinie).
- Den Zugang zu den Telekommunikationsnetzen im engeren und der Wettbewerbsbedingungen auf der Vorleistungsebene im weiteren Sinne zur Simulation wirksamen Wettbewerbs zu ordnen (Zugangsrichtlinie).
- Für die Endkundenmärkte eine angemessene Versorgung der Verbraucher durch wirksamen Wettbewerb zu erreichen (Universaldienstrichtlinie).

Der Umsetzungsspielraum der Mitgliedsstaaten war durch sehr detaillierte Vorgaben erheblich eingeschränkt<sup>594</sup> Zugleich stellte dieses Richtlinienpaket einen Paradigmenwechsel dar. Es wurde ein Übergang von einer automatisch aus dem Gesetz resultierenden hin zu einer von der tatsächlichen Erforderlichkeit abhängigen Regulierung angestrebt<sup>595</sup> und vom deutschen Gesetzgeber durch den Übergang vom TKG 1996 zum TKG 2004 nachvollzogen.

Dabei geht das Richtlinienpaket, insbesondere aber die Rahmenrichtlinie, davon aus, dass die sektorspezifische Ex-ante-Regulierung die Ausnahme gegenüber der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht darstellt.<sup>596</sup> Die Marktregulierung soll demnach dann eingreifen, wenn kein aus sich selbst, also ohne staatliche Eingriffe, tragfähiger Wettbewerb besteht bzw. nicht absehbar ist.<sup>597</sup> Insofern konstruiert das Richtlinienpaket für den Telekommunikationssektor einen Übergangszustand.<sup>598</sup> Die Märkte sind prinzipiell geöffnet, es haben sich alternative Diensteanbieter etabliert, allerdings stellen nach wie vor marktrelevante Netzelemente ein natürliches Monopol dar. Es gilt also gezielt diese Segmente der marktetablierenden Ex-ante-Regulierung zu unterwerfen. Für jene Bereiche, in denen bereits erfolgreich Wettbewerb besteht soll das allgemeine Wettbewerbsrecht Anwendung finden.

---

<sup>593</sup> Ders., S. 383; Schütz, § 9 TKG, Rn. 3.

<sup>594</sup> Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 569.

<sup>595</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 3.

<sup>596</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 5.

<sup>597</sup> Ebenda.

<sup>598</sup> Ebenda.

Es ist daher für den neuen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von zentraler Bedeutung, dass zunächst festgestellt wird, auf welchen Telekommunikationsmärkten ein hinreichendes Wettbewerbsniveau erreicht wurde. Ist dies nicht der Fall, so ist mittels der Instrumente der sektorspezifischen Regulierung in geeigneter Weise gegenzusteuern. Das Regulierungskonzept des Richtlinienpaketes von 2002 ist also zweistufig ausgestaltet.<sup>599</sup>

#### *bb) Verfassungsrechtlicher Einfluss*

Auch das Grundgesetz prägt die Marktregulierung des TKG vor. Mit Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG entscheidet sich der Verfassungsgesetzgeber sowohl für das Privatwirtschaftlichkeits- als auch das Wettbewerbsprinzip.<sup>600</sup>

Dabei beinhaltet das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip nicht bloß eine Leistungserbringung in privater Rechtsform, also eine bloße Aufgabenprivatisierung, sondern es wird darüber hinaus gefordert, dass gemeinwohlorientierte Handlungslogik auf dieser Ebene vollständig hinter der (betriebs-)wirtschaftlichen, vor allem der Gewinnerzielung, zurücktreten müsse. Es muss also auch eine materielle Privatisierung stattfinden.<sup>601</sup>

Das Wettbewerbsgebot soll demgegenüber „für den Post- und Telekommunikationsbereich [...] eine prinzipiell freie und chancengleiche Wettbewerbsordnung von Verfassung wegen verbindlich“ festschreiben.<sup>602</sup> Diese Umschreibung des Wettbewerbsprinzips macht daraus ein vielschichtiges Rechtsinstitut, was Konsequenzen für die einfachgesetzlich ausgestaltete Marktregulierung nach den §§ 9ff. TKG mit sich bringt.

In gedanklicher Anlehnung an die wirtschaftlichen Betätigungsgrundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG kann das Wettbewerbsgebot als ein Abwehrinstrument gegen eine staatliche (Über-)Reglementierung des Post- und Telekommunikationsmarktes gesehen werden.<sup>603</sup> Hintergrund dieser Vorschrift war es, den Paradigmenwechsel von einer verwaltungsseitigen Leistungserbringung als Staatsmonopol hin zu einer privatwirtschaftlichen auf gesicherten verfassungsrechtlichen Boden zu stellen. Gleichsam als „Langzeitwirkung“ schützt das Wettbewerbs-

---

<sup>599</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 4.

<sup>600</sup> Möstl, Art. 87f, Rn. 36.

<sup>601</sup> Möstl, Art. 87f, Rn. 37.

<sup>602</sup> Möstl, Art. 87f, Rn. 38.

<sup>603</sup> Ebenda.

gebot in seiner Abwehrfunktion davor, dass der Staat den Zutritt zu einem sich tragenden Markt nicht rechtlich behindert.<sup>604</sup>

Doch in dem den Wettbewerb gegen staatliche Interventionen schützenden Charakter erschöpft sich die Funktion des Wettbewerbsgebots nicht. Umfasst wird auch die Aufgabe des Staates, bei Nichtbestehen von Wettbewerb diesen durch geeignete Rechtsregeln und Maßnahmen wiederherzustellen.<sup>605</sup> Insofern kommt hier eine „Privatisierungsfolgen“verantwortung, aber auch mit Blick auf dauerhafte als natürliches Monopol in Erscheinung tretenden (Netz-)Elemente eine Verantwortung zur bestmöglichen Gewährleistung von marktmäßigen Strukturen durch staatliche Auflagen.<sup>606</sup>

Die Gewährleistungsverantwortung zu einer flächendeckenden angemessenen Versorgung mit Telekommunikationsdiensten folgt aus dem Verfassungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG.<sup>607</sup>

Gerade diese Ermöglichungsfunktion von Markt, die dem Wettbewerbsprinzip innewohnt, stellt das Marktregulierungsverfahren auf einen verfassungsrechtlich gesicherten Boden.

### c) Ziele und System des TKG

Den europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben folgend formuliert das TKG in § 1 als seine zwei zentralen Zwecke „im Bereich der Telekommunikation [...] leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. Diese Grundintentionen werden durch die Zielsetzungen des § 2 Abs. 2 zum Teil um Schutzaspekte ergänzt (so Nr. 1, Nr. 7, Nr. 9), zum Teil weiter ausdifferenziert.<sup>608</sup> Spätestens hier fällt auf, dass die Zielsetzungen, die einen Bezug zum Wettbewerb haben, quantitativ (Nr. 2 - 4, 7 und 8 gegenüber Nr. 5) und hinsichtlich des materiellen Gehalts gegenüber der Sicherung der flächendeckenden angemessenen Versorgung überwiegen.

---

<sup>604</sup> Ebenda.

<sup>605</sup> Ebenda.

<sup>606</sup> Davon zu unterscheiden ist die Auseinandersetzung darum, ob die Gewährleistungsverantwortung ob der Universaldienste gemäß Art. 87f Abs. 1 GG durch die Gewährleistung eines marktmäßigen (Infrastruktur-)Wettbewerbs aus Abs. 2 gestützt wird, Möstl, Art. 87f, Rn. 38.

<sup>607</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 370.

<sup>608</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365 erachtet das Verhältnis von Zwecken und Zielen als nicht unmittelbar einsichtig. Werden die Zwecke durch die Ziele konkretisiert, so werden jene durch diese wiederum nach übergeordneten Gesichtspunkten systematisiert, Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 369.

Insofern ist dem Befund, dass das zentrale Anliegen des TKG die Wettbewerbsförderung ist, zuzustimmen.<sup>609</sup> Diese Wettbewerbsförderung erfährt ob der spezifischen Situation der Netzgebundenheit der Leistungserbringung dahingehend eine Konkretisierung, dass durch § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG alternative Infrastrukturen in das Blickfeld des Regulierungshandelns rückt. Insgesamt wird dabei ein technologieneutraler Ansatz verfolgt, also dass nicht bestimmte Übertragungstechniken, sondern die davon unabhängigen Marktakteure reguliert werden.<sup>610</sup> Flankiert werden diese Zwecke und Zielsetzungen durch die Begriffsbestimmungen des § 3 und die weiteren (Verfahrens-)Vorschriften des ersten Teils des TKG (§§ 4–8).

Ebenso auf eher binnenorganisatorische und verfahrensrechtliche Fragen ausgerichtet sind demgegenüber der achte bis elfte Teil (§§ 116–152). Von den verbleibenden materiell-rechtlichen Regelungen befasst sich der dritte Teil mit Kundenschutzvorschriften (§§ 43a–47b), der siebte Teil hat sowohl grundrechtserhebliche Eingriffe als auch gefahrenabwehrrechtliche Regelungen zum Gegenstand (§§ 88–115).

Für die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung im eigentlichen Sinne verbleiben daher nur die §§ 9–43 TKG sowie die §§ 48–87 TKG. Auch im TKG schlägt sich die Unterscheidung von ökonomischer und nicht ökonomischer Regulierung durch.<sup>611</sup> Die §§ 48–87 TKG haben als nichtökonomische Regulierung die Frequenz- und Nummernvergabe, vor allem aber des einfachrechtlichen Niederschlags der Gewährleistungsverantwortung nach Art. 87f Abs. 1 GG zum Gegenstand.

Somit dienen nur die §§ 9–43 TKG unmittelbar der Wettbewerbsförderung, strukturieren mithin die Marktregulierung des Telekommunikationssektors.

## 2. Marktregulierungsverfahren nach §§ 9ff. TKG

Das Marktregulierungsverfahren in den §§ 9–15 TKG stellt nicht bloß die verfahrensmäßige Voraussetzungen für die Regulierungsmaßnahmen dar. Viele wichtige materielle Vorsteuerungen werden in dem ersten Abschnitt des zweiten Teils des TKG vorgenommen.

---

<sup>609</sup> So Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 370.

<sup>610</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 370.

<sup>611</sup> So auch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 123f.; Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 371.

a) Zweck und System des Marktregulierungsverfahrens

Beim Marktregulierungsverfahren wird der Charakter der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung als besonderes bzw. sektorspezifisches Kartellrecht deutlich und setzt dabei jene oben beschriebenen Vorgaben aus dem Harmonisierungsrichtlinien mit um.<sup>612</sup> Damit ist aber einer, vielleicht sogar der zentrale Zweck des Marktregulierungsverfahrens nach §§ 9–15 TKG zu klären, welche Telekommunikationsmärkte in ihrer wettbewerblichen Entwicklung so weit gediehen sind, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht oder das Regulierungsregime des TKG Anwendung findet.<sup>613</sup> Das Marktregulierungsverfahren stellt mithin eine wesentliche Weichenstellung dar.<sup>614</sup> Diese Abgrenzung ist vor dem Hintergrund des Richtlinienpaketes und des darauf fußenden TKG 2004 imminent wichtig. Indem die derzeitige Rechtslage in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung den Übergang von der sektorspezifischen hin zur allgemeinen Wettbewerbsaufsicht zu vollziehen sucht, sollen auch übergreifende (europarechtlich bestimmte) Kriterien größere Wertungsdifferenzen verhindern;<sup>615</sup> zudem gewährleistet nur eine einheitliche Terminologie eine präzise Abgrenzung.

Das zentrale Unterscheidungskriterium bzw. Voraussetzung der Einschlägigkeit einer sektorspezifischen Regulierung ist das Bestehen von beträchtlicher Marktmacht.<sup>616</sup> Dieses Abgrenzungskriterium stellt sich als „dynamische Ausgestaltung der Marktregulierung“ dar.<sup>617</sup> Nur wenn durch Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht ein Regelungsbedarf festgestellt wird, ist diese als sektorspezifische Ex-ante-Regulierung zu implementieren.

Die Marktregulierung als zweiter Teil des TKG gliedert sich in fünf Abschnitte. Der erste Abschnitt (§§ 9–15 TKG) regelt das Verfahren der Marktregulierung, enthält die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen einer Regulierungsbedürftigkeit und

---

<sup>612</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 125; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 1.

<sup>613</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 127; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2.

<sup>614</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2.

<sup>615</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 40.

<sup>616</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 1; gesprochen wird insofern von „significant-market power“, kurz SMP.

<sup>617</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2 / 10. Diese ist das „Kernelement“ der europarechtlich vorgegebenen Regulierungsregimes.

legt mit der Regulierungsverfügung des § 13 TKG diese als die Handlungsform fest, mit der die Regulierungsmaßnahmen erlassen werden. Ausgangspunkt des Marktregulierungsverfahrens ist dabei § 9 TKG. In den ersten beiden Absätzen werden der Umfang und der grundsätzliche Ablauf der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung festgelegt. Liegt kein wirksamer Wettbewerb vor (Absatz 1), so werden Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch die Bundesnetzagentur regulatorische Vorgaben gemacht (Absatz 2).<sup>618</sup> Hierin wird die Zweistufigkeit der dynamischen Marktregulierung des TKG 2004 gegenüber der starren Regulierung als „Gesetzesautomatik“ des TKG 1996 deutlich. Erst wenn ein Telekommunikationsmarkt einer Ex-ante-Regulierung bedürftig ist, werden geeignete – im Absatz zwei noch nicht näher bestimmte Maßnahmen – durch die Bundesnetzagentur ergriffen.<sup>619</sup> Zugleich wird aber schon im ersten Absatz des § 9 TKG der asymmetrische Ansatz der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung deutlich, die an die beträchtliche Marktmacht des Regulierungsadressaten anknüpft.<sup>620</sup>

§ 9 Abs. 1 TKG eröffnet insofern den Anwendungsbereich der Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG und ist damit die Norm, an der sich die Abgrenzung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht festmachen lässt.<sup>621</sup> Dabei nimmt § 9 Abs. 1 TKG schon Bezug auf die §§ 10f. TKG. Diese Normen regeln die Prüfung der Voraussetzungen des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht auf einem Telekommunikationsmarkt, schlagwortartig gefragt: Auf welchem Markt ist gegen wen zu regulieren?<sup>622</sup> Damit kommt den §§ 10f. TKG materiell eine zentrale Bedeutung zu.<sup>623</sup> Problematisch ist insoweit, dass das Verhältnis der beiden Verfahrensstufen von Marktdefinition (§ 10 TKG) und Marktanalyse (§ 11 TKG) nicht immer leicht zu durchschauen ist. Die praktisch nicht zu trennende Gesamtuntersuchung ist funktional dennoch als ein abstraktes Abstecken des regulierungsbedürftigen Marktes und – darauf aufbauend – der konkreten Identifikation des mit beträchtlicher Marktmacht

---

<sup>618</sup> § 9 Abs. 3 TKG nimmt § 18 TKG davon aus. Hintergrund ist, dass § 18 TKG insofern ein Fremdkörper im System der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung darstellt, also dass diese Norm auf das Tatbestandsmerkmal der beträchtlichen Marktmacht verzichtet; so auch Schütz, § 9 TKG, Rn. 24.

<sup>619</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2; Schütz, § 9 TKG, Rn. 1.

<sup>620</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 2.

<sup>621</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 127.

<sup>622</sup> So auch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 127.

<sup>623</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 3.

ausgestatteten Unternehmens als Adressat von Regulierungsmaßnahmen zu unterscheiden.<sup>624</sup>

In einem dritten Schritt wird dann gemäß § 9 Abs. 2 TKG eine Regulierungsverfügung nach § 13 TKG erlassen, durch die die erforderlichen Regulierungsmaßnahmen auferlegt werden.<sup>625</sup>

#### *b) Marktdefinition, § 10 TKG*

§ 10 TKG setzt den ersten Schritt der in § 9 TKG angedeuteten Prüfung einer sektorspezifischen Regulierungsbedürftigkeit um.<sup>626</sup> Dabei werden im Rahmen der Marktdefinition gleich zwei wesentliche Prüfungen vorgenommen. Gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 a. A. TKG muss der Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.<sup>627</sup> Zugleich fordert § 10 Abs. 1 S.1 a. E. TKG, dass auch die Regulierungsbedürftigkeit i.S.d. § 9 TKG nach den kumulativen Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG festgestellt wird.<sup>628</sup>

Dabei ist die Marktdefinition nicht nur in der gesetzlichen Ausgestaltung, sondern auch in der Rechtsanwendung stark von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durchdrungen.<sup>629</sup> Art. 15 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie ermächtigt die Kommission dazu, „eine Empfehlung betreffend relevanter Produkt- und Dienstmärkte“ zu verabschieden. Diese sog. Märkteempfehlung ist gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie bei der Marktdefinition weitestgehend zu berücksichtigen.<sup>630</sup>

Auch wenn der Gesetzgeber Marktdefinition und -analyse nur zusammen als einen eigenständigen Verfahrensschritt ausgestaltet hat, so kommt der Marktdefinition als unselbständigem Prüfungsschritt doch eine wichtige Vorsteuerung zu.<sup>631</sup> Die Markt-  
abgrenzung, auch unter Berücksichtigung der Märkteempfehlung der Kommission, ist nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts vorzunehmen.<sup>632</sup> Darüber hinaus

---

<sup>624</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 129; Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 376.

<sup>625</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 19.

<sup>626</sup> Schütz, § 10 TKG, Rn. 1.

<sup>627</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 1.

<sup>628</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 375; Schütz, § 10 TKG, Rn. 1; Schütze, § 10 TKG, Rn. 1.

<sup>629</sup> Schütz, § 10 TKG, Rn. 2.

<sup>630</sup> So auch Schütz, § 10 TKG, Rn. 3.

<sup>631</sup> Schütz, § 10 TKG, Rn. 109 / 112.

<sup>632</sup> Dabei ist die Marktdefinition nicht kongruent mit der Abgrenzung von Märkten im allgemeinen Wettbewerbsrecht; dies liegt vorrangig darin begründet, dass die Markt-  
abgrenzung nach



sind Zwecke und Ziele des TKG zu berücksichtigen.<sup>633</sup> Die Marktdefinition ist dabei die zentrale denklöogische Voraussetzung für die Prüfung des Bestehens wirksamen Wettbewerbs nach § 11 TKG.<sup>634</sup> Damit einher geht allerdings, dass je nachdem, wie der Markt definiert wird, dies das Ergebnis der Marktanalyse stark beeinflussen kann.<sup>635</sup> Je nachdem, wie weit der Markt im Rahmen der Prüfung von § 10 TKG gefasst wird, können die Marktanteile der verschiedenen Anbieter erheblich variieren; je enger der Markt definiert wird, umso höher sind die Marktanteile der Anbieter, und eng damit verknüpft kann eher beträchtliche Marktmacht angenommen werden.<sup>636</sup>

Angesichts der Frage, ob die abgegrenzten Märkte dem Regulierungsregime des GWB oder des TKG unterworfen sein sollen, geht man von einer „quasi-gesetzgeberischen Funktion“ der Marktfestlegung aus; aus dieser sehr einschneidenden, von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zu treffenden Entscheidung (§ 132 Abs. 4 S. 2 TKG) rechtfertigt sich das besondere Interesse der Kommission an dem Verfahren.<sup>637</sup>

#### *aa) Abgrenzungskriterien*

Erster gedanklicher Schritt in der Marktdefinition ist die Abgrenzung nach sachlichen und räumlichen Kriterien, wie von § 10 Abs. 1 am Anfang TKG formuliert.<sup>638</sup>

##### *(1) Sachliche Marktabgrenzung*

Mittels der sachlichen Marktabgrenzung sollen die Wettbewerbsverhältnisse erfasst werden, wozu die miteinander in Marktkonkurrenz stehenden Produkte ermittelt werden.<sup>639</sup> Dabei sagt § 10 Abs. 1 S. 1 am Anfang TKG nur, dass eine Marktabgrenzung erfolgen soll, gibt dem Rechtsanwender aber selber dazu keine Maßstäbe an die

---

Art. 81 und 82 EGV als eine Ex-post-Betrachtung erfolgt. Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 18; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 41.

<sup>633</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 23; Schütz, § 10 TKG, Rn. 11.

<sup>634</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 130; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 21.

<sup>635</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 22 / 24.

<sup>636</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 24.

<sup>637</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 5.

<sup>638</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 129; Schütz, § 10 TKG, Rn. 5.

<sup>639</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 127; Schütze, § 10 TKG, Rn. 5.

Hand. Durch § 10 Abs. 2 S. 2 TKG und durch Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie sind allerdings die Märkteempfehlungen der EG-Kommission dabei weitestgehend zu berücksichtigen.<sup>640</sup>

Die Empfehlung auf der Basis von Art. 15 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie zählt solche Telekommunikationsmärkte auf, deren Eigenheiten eine sektorspezifische Regulierung als gerechtfertigt erscheinen lassen; auch die Leitlinien zur Marktanalyse gibt insoweit einige Kriterien an die Hand (Nr. 33–69).<sup>641</sup> Zugleich soll unter Berücksichtigung der Rechtsharmonisierung und Erreichung eines europäischen Binnenmarktes mit der Empfehlung gewährleistet werden, dass in den verschiedenen Mitgliedsstaaten die aufgezählten Produkt- und Dienstleistungsmärkte der Marktanalyse unterzogen werden.<sup>642</sup> Dieser Harmonisierungsintention entspricht auch die auf Art. 15 Abs. 3 S. 1 und Art. 7 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie beruhende Verpflichtung des § 10 Abs. 3 TKG, das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 TKG vorzunehmen.<sup>643</sup> Ausgeschlossen ist damit allerdings nicht, dass von einer telekommunikationsrechtlichen Regulierung der sieben in der Empfehlung genannten Märkte<sup>644</sup> abgesehen werden darf oder dass die Märkte weiter oder enger als vorgegeben gefasst werden; die Regulierungsbehörde trifft allerdings in diesen Fällen eine besondere Darlegungslast.<sup>645</sup>

Zusätzlich enthalten auch die Leitlinien zur Marktanalyse in den Nr. 44–54 Kriterien, nach denen die sachliche Marktabgrenzung vorzustattgehen soll.<sup>646</sup> Wie im allgemeinen deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht wird dabei auf das Bedarfsmarktkonzept zurückgegriffen.<sup>647</sup> Das Bedarfsmarktkonzept will als „Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht“ der Marktgegenseite die Wettbewerbsverhältnisse erfassen.<sup>648</sup> Grundgedanke ist dabei, dass der verständige Ver-

---

<sup>640</sup> So auch: Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 132; Schütz, § 10 TKG, Rn. 24.

<sup>641</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 2.

<sup>642</sup> Ebenda.

<sup>643</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 4.

<sup>644</sup> Empfehlung in ABl. EU 2007 L 344, S. 65 (69).

<sup>645</sup> Schütz, § 10 TKG, Rn. 26f.

<sup>646</sup> So auch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 131.

<sup>647</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 131; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 30.

<sup>648</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 5.

braucher in seiner Auswahlentscheidung wegen der gegenseitigen Austauschbarkeit all jene Produkte, die wegen ihres Verwendungszwecks und des dafür zu entrichtenden Entgelts einander so ähnlich sind, miteinander vergleicht.<sup>649</sup> Für die Regulierung der Netzindustrien folgt also notwendig hieraus, dass Leistungen auf den verschiedenen Netzebenen<sup>650</sup> zwingend auch verschiedene Märkte darstellen, da hier eine Austauschbarkeit der aufeinander aufbauenden Netzebenen ausgeschlossen ist.<sup>651</sup> Regelmäßig wird also die sachliche Marktabgrenzung aus der Sicht des Nachfragers vorgenommen, der sog. Nachfragesubstituierbarkeit;<sup>652</sup> alle aus Nachfragersicht austauschbaren Produkte stehen miteinander in Konkurrenz und bilden daher einen gemeinsamen Markt.<sup>653</sup> Ein besonderes Verfahren, das den Zweck verfolgt, die nachfrageseitige Substituierbarkeit fassbar zu machen ist der sog. „Hypothetische Monopolistentest“.<sup>654</sup> In einem Planspiel wird geprüft, ob bei einer kleinen, allerdings dauerhaften Preiserhöhung (5–10 %) die Kunden auf andere Produkte ausweichen würden.<sup>655</sup>

Ergänzend wird dabei die sog. Angebotsumstellungsflexibilität mit in die sachliche Marktabgrenzung herangezogen. Es wird dabei gefragt, ob ein anderes Unternehmen als potenzieller Wettbewerber relativ leicht (kurzfristig und ohne hohe Zusatzkosten) in den Markt dann eintritt, wenn das bestehende Produkt teurer wird.<sup>656</sup> Im Kern geht es also um die Begrenzung des Verhaltensspielraums bzw. die Disziplinierung eines bisherigen Marktteilnehmers bzw. Marktbeherrschers durch potenzielle Konkurrenten.<sup>657</sup>

---

<sup>649</sup> So als ständige Rechtsprechung dargestellt in: Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 30.

<sup>650</sup> Vgl. Abschnitt B.I.2.c).

<sup>651</sup> So auch Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 34.

<sup>652</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 28.

<sup>653</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 131; Schütze, § 10 TKG, Rn. 6.

<sup>654</sup> So die Leitlinien, Nr. 40; auch SSNIP-Test genannt von „small, but significant non transitory increase in price“, Schütze, § 10 TKG, Rn. 7.

<sup>655</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 28; Schütze, § 10 TKG, Rn. 6. Problematisch ist, dass in den wenigsten Fällen die notwendigen Daten verfügbar sind.

<sup>656</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 131; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 35; Schütze, § 10 TKG, Rn. 6.

<sup>657</sup> Vgl. dazu auch Abschnitt B.III.2.c).

Schließlich werden auch die Kreuzpreiselastizität<sup>658</sup> als quantitatives Merkmal und homogene Wettbewerbsbedingungen<sup>659</sup> als wertendes Kriterium zu Marktabgrenzung herangezogen. Für homogene Wettbewerbsbedingungen spricht z.B., wenn auf verschiedenen Marktsegmenten im Kern die gleichen Anbieter mit relativ ähnlichen Marktanteilen<sup>660</sup> oder ein ähnliches Angebot mit ähnlichen Preisen vertreten sind.<sup>661</sup>

## *(2) Räumliche und „zeitliche“ Marktabgrenzung*

Ob ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, macht eine räumliche Eingrenzung notwendig. Auch in dieser Hinsicht ist zu fragen, in welchem Gebiet sich Angebot und Nachfrage gegenüberstehen, was wiederum zu einer Würdigung der Angebots- und Nachfragestruktur führt.<sup>662</sup> Bei der Prüfung der räumlichen Dimension eines Marktes wird aber eher auf das bereits erwähnte Kriterium der homogenen Wettbewerbsbedingungen abgehoben.<sup>663</sup> Dieses Kriterium ist für die räumliche Marktabgrenzung am aussagekräftigsten, da sich relativ leicht verschiedene Marktgebiete voneinander unterscheiden. Dem Kriterium der homogenen Marktabgrenzung kommt dabei sogar so ein großes Gewicht zu, dass andere Abgrenzungsmethoden demgegenüber zu relativieren sind.<sup>664</sup>

## *bb) Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes*

Die eigentliche Marktabgrenzung ist zu unterscheiden von der ebenfalls im Rahmen der Marktdefinition vorzunehmenden Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit i.S.d. TKG.<sup>665</sup> Wie eng auch dieser Prüfungsschritt entlang den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat, ergibt sich aus der nahezu wortwörtlichen Wiedergabe der Prüfkriterien aus Erwägungsgründen und der Begründung der Märkteempfehlung der Kommission durch die bundesrechtliche Umsetzung im § 10 Abs. 2 S. 3 TKG.<sup>666</sup> Hier werden mit dem sog. „Drei-Kriterien-Test“ die Merkmale

---

<sup>658</sup> Die Kreuzpreiselastizität beschreibt Absatzschwankungen eines Produktes, abhängig von Preisveränderungen eines anderen, Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 33.

<sup>659</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 29.

<sup>660</sup> Ebenda.

<sup>661</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 45.

<sup>662</sup> Leitlinien, Nr. 56, aber auch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 132f; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 41; Schütze, § 10 TKG, Rn. 8.

<sup>663</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 8

<sup>664</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 132f.

<sup>665</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 48.

<sup>666</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 14.

des abgegrenzten Marktes umschrieben, bei deren kumulativem Vorliegen<sup>667</sup> keine allgemeine, sondern die sektorspezifische Regulierung des TKG anwendbar ist. Diese Kriterien sind:

- beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken
- längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendierend
- die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein ist nicht ausreichend, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken

Die Bewertung dieser Kriterien muss dabei sowohl die dynamische Struktur der Telekommunikationsmärkte als auch potenzielle Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigen.<sup>668</sup> Die Marktdynamik macht es notwendig, die Wirksamkeit einer Ex-ante-Regulierung für einen absehbaren Zeitraum zu berücksichtigen,<sup>669</sup> die Frage des potenziellen Wettbewerbs ist für die Zugangshindernisse und deren Beständigkeit von Relevanz.

Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit erfolgt dabei im Einvernehmen zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt.<sup>670</sup> Dabei sieht das geltende Recht die Variante, dass Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt voneinander abweichende Regulierungsbedürftigkeiten feststellen, gar nicht vor.<sup>671</sup>

#### *(1) Marktzutrittsschranken*

Liegen Marktzutrittsschranken vor, dann ist ein potenzieller Wettbewerb nicht in der Lage, das marktbeherrschende Unternehmen zu disziplinieren.<sup>672</sup> Es liegen mithin keine bestreitbaren Märkte vor, so dass auch wirtschaftswissenschaftlich eine sektorspezifische Regulierung gerechtfertigt ist.<sup>673</sup> Gerade für die Beträchtlichkeit ist

---

<sup>667</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 10.

<sup>668</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 11.

<sup>669</sup> Dies gilt umso mehr, als nach der derzeitigen Rechtslage die sektorspezifische Regulierung dem Zweck dient, einen in sich tragfähigen Wettbewerb zu etablieren, also nur einen Übergangszustand darstellt und aus Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht „auf ewig“ festgeschrieben werden darf.

<sup>670</sup> Womit dem Art. 3 Abs. 4 Rahmenrichtlinie gefolgt wird, der fordert, dass auf mitgliedstaatlicher Ebene die Regulierungsbehörden mit denen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht kooperieren sollen, Schütze, § 10 TKG, Rn. 33.

<sup>671</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 34f.

<sup>672</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 51.

<sup>673</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 54; siehe auch Abschnitt B.III.2.c).

das Konkurrenzverhältnis von Marktmachtinhaber und potenziellen Wettbewerber von Bedeutung.<sup>674</sup>

Strukturelle Marktzutrittsschranken sind solche, bei denen aus den tatsächlichen technischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten des zu untersuchenden Marktes Umstände einen Markteintritt verhindern.<sup>675</sup> Hierhin fallen vor allem die Situationen monopolistischer bottlenecks.<sup>676</sup>

Demgegenüber sind rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken staatliche Maßnahmen wie Legislativ- oder Administrativakte.<sup>677</sup>

### (2) Längerfristig kein Wettbewerbstendenz

Das Erfordernis, dass längerfristig kein Wettbewerb erkennbar sein darf, macht eine Prognose über die künftige Wettbewerbsentwicklung erforderlich.<sup>678</sup> Mit diesem dynamischen Element wird deutlich, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht bereits dann anwendbar ist, wenn nur kurz- bis mittelfristig keine Wettbewerbstendenz zu erkennen ist.<sup>679</sup> Auch dieses Kriterium verdeutlicht wiederum die Übergangsfunktion, die nach der Intention des Richtlinienpaketes 2002 die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung hat.

### (3) Allgemeines Wettbewerbsrecht unzureichend

Schließlich ist das dritte Kriterium hinsichtlich der Regulierungsbedürftigkeit von Märkten, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem gegenständlichen Marktversagen entgegenzuwirken.<sup>680</sup> Dabei handelt es sich nicht bloß um eine reine Zuständigkeitsabgrenzung zweier Bundesbehörden, sondern in dieser Entscheidung stecken sehr handfeste Konsequenzen für den Regulierungsadressaten. Offensichtlich ist dabei, dass gegen Entscheidungen des Bundeskartellamtes vor den

---

<sup>674</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 132; Schütz, § 10 TKG, Rn. 16.

<sup>675</sup> Eine allgemeine Umschreibung von strukturellen Zugangshindernissen wird in der Märkteempfehlung, Erwägungsgrund 9 und 11 vorgenommen.

<sup>676</sup> Schütz, § 10 TKG, Rn. 16.

<sup>677</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 172; Schütz, § 10 TKG, Rn. 14.

<sup>678</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 173.

<sup>679</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 55.

<sup>680</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 175; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 56; Schütz, § 10 TKG, Rn. 21.

ordentlichen Gerichten Rechtsschutz zu erlangen ist, aber bei solchen der Bundesnetzagentur auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit verwiesen wird.<sup>681</sup> Viel wesentlicher ist allerdings die materielle Weichenstellung, die hier vorgenommen wird. Die sektorspezifische Ex-ante-Regulierung der §§ 9ff. TKG ist von der Eingriffsintensität her sehr viel einschneidender als die allgemeine und vor allem nachträgliche Missbrauchskontrolle des GWB.<sup>682</sup> Während die Regulierungsbehörden die speziellen Ziele der einschlägigen Richtlinien verfolgen sollen, also vor allem Schaffung von Wettbewerb, so sanktionieren die Wettbewerbsbehörden lediglich die missbräuchliche Ausnutzung von marktbeherrschenden Stellungen.<sup>683</sup> Eine gewisse Relativierung erfährt diese Gegenüberstellung allerdings dadurch, dass auch im sektorspezifischen Regulierungsregime des TKG Elemente einer Ex-post-Aufsicht (§§ 38 bzw. 30 Abs. 1 und Abs. 4, 39 TKG) Aufnahme fanden,<sup>684</sup> und unterstreicht zudem wiederum den vorläufigen Charakter der sektorspezifischen Regulierung.

*c) Marktanalyse, § 11 TKG*

Von der Marktdefinition, die also den zu regulierenden Markt untersucht, ist die sog. Marktanalyse nach § 11 TKG zu unterscheiden. Maßgebliches Kriterium ist dabei, ob wirksamer Wettbewerb auf dem Markt besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG).

*aa) Wirksamer Wettbewerb*

Der Begriff wirksamer Wettbewerb bedarf zur Klärung einiger Abgrenzungen, denn er ist kein ökonomischer, sondern ein normativer Begriff.<sup>685</sup>

Zunächst einmal ist die Begrifflichkeit des wirksamen Wettbewerbs nach § 11 Abs. 1 S. 1 TKG dem des chancengleichen Wettbewerbs aus den Zielsetzungen in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG gegenüberzustellen. Indem der Gesetzgeber von sich aus keine Definition aus vornimmt, lässt sich nur herauslesen, dass § 11 TKG auch den Zielsetzungen verpflichtet ist, dass der chancengleiche den wirksamen Wettbewerb enthält, also ein weiter zu verstehender Begriff ist.<sup>686</sup> Auch wurde im Gesetzgebungsverfahren zum TKG 2004 der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ erör-

---

<sup>681</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 6.

<sup>682</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 7

<sup>683</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 41.

<sup>684</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 15 / 41.

<sup>685</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 6.

<sup>686</sup> So wohl auch Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 8.

tert.<sup>687</sup> Dieser Begriff, stellt dabei nicht nur auf einem tatsächlich wirkenden, sondern einem darüber hinausgehenden funktionierenden, also bestimmten Marktvorstellungen entsprechend Wettbewerb ab und bringt damit weitere, allerdings kaum präzise konturierte Aspekte mit hinein.<sup>688</sup> Gerade wegen der damit noch weiteren Beurteilungsspielräume der Bundesnetzagentur wurde dieser Begriff als eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Marktregulierung nach dem TKG kritisiert.<sup>689</sup>

Diese Abgrenzungen helfen jedoch nicht bei der Definition des Begriffs des wirksamen Wettbewerbs. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG schließt einen wirksamen Wettbewerb aus, wenn sich auf dem gegenständlichen Markt beträchtliche Marktmacht ausgebildet hat. Damit folgt das TKG der sog. Gleichsetzungsthese.<sup>690</sup> Inhalt dieser Theorie ist, dass ein wirksamer Wettbewerb nur dann bestehen kann, wenn beträchtliche Marktmacht nicht festzustellen ist.<sup>691</sup> Das Fehlen von beträchtlicher Marktmacht und das Bestehen von wirksamem Wettbewerb sind daher notwendigerweise zwei Seiten einer Medaille.<sup>692</sup>

Diesem inneren Zusammenhang beider Begriffe folgend formuliert das Gesetz in § 11 Abs. 1 TKG daher auch die (logische) Prüfungsfolge des wirksamen Wettbewerbs. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG formuliert negativ, indem die Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht als einziges Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen von wirksamem Wettbewerb genannt wird. § 11 Abs. 1 S. 3 TKG gibt positiv die Merkmale des eigentlichen Prüfinhalts des § 11 TKG vor.<sup>693</sup>

#### *bb) Beträchtliche Marktmacht*

§ 11 Abs. 1 S. 3 TKG nimmt beträchtliche Marktmacht an, wenn am Markt eine beherrschende Stellung auftritt, die es gestattet, in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu agieren. Dabei formuliert das TKG die Definition der beträchtlichen Marktmacht weitgehend identisch mit der des Art. 14

---

<sup>687</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 61.

<sup>688</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D.I.4.

<sup>689</sup> Schütze, § 10 TKG, Rn. 2.

<sup>690</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 4; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 7 / 62; Schütze, § 11 TKG, Rn. 7.

<sup>691</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 4; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 7 / 62; Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 375f.; Schütze, § 11 TKG, Rn. 7.

<sup>692</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 5.

<sup>693</sup> So auch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 152; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 4.



Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie.<sup>694</sup> Die geltende Rechtslage für die Telekommunikationsregulierung hat sich dabei auch hier dem allgemeinen Wettbewerbsrecht angenähert. Die beträchtliche Marktmacht steht in ihren wesentlichen Aspekten im Gleichklang mit dem Begriff der „Marktbeherrschung“ des Art. 82 EGV, § 19 GWB und darüber hinaus mit der einschlägigen europäischen Rechtsprechung.<sup>695</sup>

### (1) Marktstruktur

Mittels der Marktstrukturanalyse sollen die Gewichte auf dem zu untersuchenden Markt ermittelt werden. Dabei ist Ausgangspunkt der Betrachtung, ob auf dem festgestellten Markt ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, dessen Konzentrationsgrad.<sup>696</sup> Der Marktanteil ist eine der, vielleicht sogar die wesentliche Größe, aus der Schlussfolgerungen auf die Kräfteverhältnisse im Wettbewerb gezogen werden können.<sup>697</sup> Dabei wird nicht automatisch abhängig von bestimmten Marktanteilen auf eine beträchtliche Marktmacht geschlossen; vielmehr sieht man in den Marktanteilen verschiedene Wahrscheinlichkeitsgrade für das Vorliegen einer beherrschenden Marktstellung.<sup>698</sup> Dennoch haben sich in der Rechtsprechung aus einer gewissen Abstufung der Marktanteile bestimmte Indizien heraus entwickelt, die über Nr. 75–79 der Leitlinien auch für die Marktstrukturanalyse Geltung beanspruchen.<sup>699</sup>

- Ein Marktanteil von 25 % spricht demnach gegen eine beträchtliche Marktmacht, löst mithin keine staatliche Intervention aus.
- In Übereinstimmungen mit der europäischen Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht und der Fallpraxis der Kommission<sup>700</sup> setzt eine Marktbeherrschung einen Anteil von 40 % voraus, wobei dann noch weitere Umstände hinzutreten müssen.

---

<sup>694</sup> Und insofern auch weitgehend deckungsgleich mit den Leitlinien Nr. 70.

<sup>695</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 7 / 15; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 29; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 61.

<sup>696</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 70.

<sup>697</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 154; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 70f.

<sup>698</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 72. Anders ist dies im GWB, dessen § 19 Abs. 3 S. 1 GWB Marktbeherrschung an absolute Höhen von Marktanteilen koppelt.

<sup>699</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 154; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 18; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 30; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 72; Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 375f.; Schütze, § 11 TKG, Rn. 1 / 7.

<sup>700</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 18 m.w.N..

- Ab 50 % Marktanteil oder mehr besteht hingegen die Vermutung für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, die in diesem Fall nur in außergewöhnlichen Situationen ausgeschlossen werden kann.

Diese starre und nur auf einen Marktteilnehmer bezogene Betrachtung der Marktanteile wird nun ergänzt um den sog. Marktanteilsabstand. Dabei wird der Marktanteil des in Verdacht einer beherrschenden Stellung stehenden Marktteilnehmers dem seiner Wettbewerber gegenübergestellt. Dabei hat der Marktanteilsabstand dann eine gesteigerte Bedeutung, wenn der Markt sehr zersplittert ist und die Anteile der einzelnen Wettbewerber nicht sonderlich hoch ausfallen.<sup>701</sup> Ebenso ist die Marktanteilsentwicklung zu berücksichtigen. Sinkende Marktanteile eines vermuteten Marktbeherrschers lassen regelmäßig auf einen (sich entfaltenden) Wettbewerb schließen.<sup>702</sup>

Ein weiteres am Markt zu untersuchendes Merkmal, um dessen Struktur zu erfassen, ist das Bestehen von Marktzutrittsschranken.<sup>703</sup> Dabei kann im Wesentlichen auf das zur Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 10 Abs. 2 S. 3 TKG Gesagte verwiesen werden.<sup>704</sup> Auch hier wird danach gefragt, ob ein potenzieller Wettbewerber den marktmächtigen Wettbewerber disziplinieren kann.<sup>705</sup>

Schließlich ist auch die „Macht der Marktgegenseite“, also regelmäßig die Nachfragemacht, mit zu betrachten. Die Nachfragemacht kann so stark sein, dass sie die des Anbieters neutralisiert. Demgemäß spricht eine zersplitterte Nachfrage tendenziell für eine angebotsseitige Marktbeherrschung.<sup>706</sup>

## (2) Unternehmensstruktur

Mittels der Unternehmensstrukturanalyse werden die individuellen Gegebenheiten und Möglichkeiten daraufhin durchleuchtet, ob daraus Wettbewerbsvorteile gegenüber dem konkurrierenden Marktteilnehmern resultieren.<sup>707</sup>

<sup>701</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 18; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 73.

<sup>702</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 18; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 75f.

<sup>703</sup> Leitlinien Nr. 80.

<sup>704</sup> Vgl. Abschnitt D.I.2.b)bb)(1).

<sup>705</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 154f.; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 19.

<sup>706</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 20.

<sup>707</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 155; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 21.

### (3) Marktverhaltensanalyse

Abschließend und zur Sicherung der Ergebnisse der Markt- und Unternehmensstrukturanalyse wird das Marktverhalten des zu regulierenden Unternehmens betrachtet. Dabei deutet ein Verhalten auf Marktmacht hin, wenn es gegenüber den anderen Marktteilnehmern unabhängig und geeignet ist, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern, ohne selber davon negativ betroffen zu sein.<sup>708</sup>

#### cc) Sonderfälle der Marktanalyse

Art. 14 Abs. 2, 2. Unterabs. sowie Abs. 3 Rahmenrichtlinie benennt zwei besondere Fälle von beträchtlicher Marktmacht: zum einen die gemeinsame Marktbeherrschung, die auch § 11 Abs. 1 S. 3 TKG oder die Nr. 86–106 Leitlinie erwähnt, zum anderen die Marktmachterstreckung auf benachbarte Märkte gemäß § 11 Abs. 1 S. 5 TKG und Nr. 83–85 Leitlinien.

#### (1) Gemeinsame Marktbeherrschung

Eine kollektive Marktbeherrschung bzw. ein Oligopol meint, dass mehrere Unternehmen gemeinsam eine beträchtliche Marktmacht ausüben.<sup>709</sup> Dabei erfolgt die Prüfung einer gemeinsamen Marktbeherrschung unter Berücksichtigung der Nr. 86–106 Leitlinien in zwei Schritten.<sup>710</sup> Zunächst wird das Innenverhältnis der Oligopolisten untereinander betrachtet. Hier darf kein wesentlicher Wettbewerb stattfinden.<sup>711</sup> Die Betrachtung des Außenverhältnisses folgt den Ablauf und Kriterien der Prüfung einer beträchtlichen Marktmacht einzelner Unternehmen, wobei das Oligopol auch als Einheit gedacht wird.<sup>712</sup> Pape sieht in der Entscheidung des Gerichts Erster Instanz zum Fall Airtours/First Choice eine ergänzende Konkretisierung dieser Kriterien.<sup>713</sup> Betreffs des Innenverhältnisses muss auf dem Markt Transparenz beste-

---

<sup>708</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 155; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 22.

<sup>709</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 40; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 31; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 100.

<sup>710</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 156; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 104.

<sup>711</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 156; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 104.

<sup>712</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 156; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 104.

<sup>713</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 105.

hen, damit die Oligopolisten einander in ihrem Verhalten beobachten können, und es müssen Sanktionsmechanismen dahingehend gegeben sein, das koordinierte Verhalten der einzelnen Mitglieder zu verhindern. Im Außenverhältnis zu den anderen Marktteilnehmern darf keine Handhabe gegen das Oligopol bestehen.<sup>714</sup> Die Rahmenrichtlinie gibt in ihrem Anhang II eine nicht als abschließend oder kumulativ zu verstehende Aufzählung von Kriterien, anhand derer eine gemeinsame Marktbeherrschung abzulesen sein soll, die nationale Regulierungsbehörde soll diese Kriterien als Anhaltspunkt für eine wertende Gesamtbetrachtung nehmen.<sup>715</sup>

## (2) Benachbarte Märkte

§ 11 Abs. 1 S. 5 TKG behandelt den Fall, wenn beträchtliche Marktmacht von einem Markt wegen etwaiger Wechselbezüglichkeiten zu einem anderen „benachbarten Markt“ auf diesen übertragen wird, es wird dann von leveraging gesprochen.<sup>716</sup> Durch diese Drittmarkterstreckung greift das Regelungsgefüge des Telekommunikationsrechts wiederum eine Rechtsfigur aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht auf.<sup>717</sup> § 11 Abs. 1 S. 5 TKG nennt dabei drei Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Marktmachterstreckung.<sup>718</sup>

- Es muss sich bei den in Frage stehenden Märkten um benachbarte handeln. Dies ist dann gegeben, wenn in horizontaler oder vertikaler Hinsicht ausreichend enge Wechselbeziehungen bestehen, so dass ein Handeln auf dem einen das Verhalten auf dem anderen Markt beeinflusst.<sup>719</sup>
- Die betrachteten Märkte müssen als regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG definiert worden sein. Damit nimmt § 11 Abs. 1 S. 5 TKG eine über Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie hinausgehende Klarstellung vor.<sup>720</sup>
- Schließlich muss ein „Marktmachttransfer“ auch möglich erscheinen.<sup>721</sup> Die Marktmachtübertragung ist umso wahrscheinlicher, je stärker die Position eines Unternehmens auf beiden Märkten ist.<sup>722</sup>

---

<sup>714</sup> Ebenda.

<sup>715</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 40.

<sup>716</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 153; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 84.

<sup>717</sup> Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 32; Schütze, § 11 TKG, Rn. 32.

<sup>718</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 87.

<sup>719</sup> Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 158; Korehnke, § 11 TKG, Rn. 87.

<sup>720</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 84 / 87.

*d) Konsultations- und Konsolidierungsverfahren, § 12 TKG*

§ 12 TKG regelt das von der BNetzA im Rahmen des Verfahrens der Marktdefinition und –analyse einzuhaltenden Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens.<sup>723</sup>

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 TKG ist die BNetzA verpflichtet, den am Ausgang des Marktabgrenzungs- und -analyseverfahrens interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Ergebnissen zu geben; es reicht aus, dass ein ausreichendes Interesse geltend gemacht werden kann.<sup>724</sup>

Gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG muss die BNetzA auf der Grundlage der Art. 6 und Art. 7 RRL im Rahmen eines umfangreichen Koordinierungsverfahrens mit der Kommission die GEREK (Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation) sowie die anderen nationalen Regulierungsinstanzen in Kenntnis setzen und deren Stellungnahmen aus § 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG weitestgehend berücksichtigen. Für die Festlegung der Märkte sowie der Ergebnisse der Marktanalyse kann die Kommission bei Konfliktpotenzialen mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Freiheit des Binnenmarktes ein Vetorecht geltend machen.<sup>725</sup>

Korehnke sieht im Zusammenhang mit § 12 TKG durchaus ein Bedürfnis von Wettbewerbern, gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. Art. 230 EGV zu suchen,<sup>726</sup> verneint aber die Klagebefugnis regelmäßig mangels unmittelbarer Betroffenheit.<sup>727</sup>

*e) Die Regulierungsverfügung, § 13 TKG*

Die von § 13 Abs. 1 S. 1, 1. HS TKG legaldefinierte Regulierungsverfügung ist das zentrale Instrument der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung.<sup>728</sup>

---

<sup>721</sup> Korehnke, § 11 TKG, Rn. 87.

<sup>722</sup> Da allerdings nur auf einem Markt die beträchtliche Marktmacht gemäß § 11 Abs. 1 S. 3 TKG festgestellt wird, mithin hier eine Regulierungsverfügung ohne gesonderte, auf den Markt bezogene Untersuchung von wirksamem Wettbewerb stattfindet, stellt § 11 Abs. 1 S. 5 TKG eine Ausnahme dar und ist demgemäß eng auszulegen, Korehnke, § 11 TKG, Rn. 91.

<sup>723</sup> Korehnke, § 12 TKG, Rn. 5.

<sup>724</sup> Korehnke, § 12 TKG, Rn. 5.

<sup>725</sup> Korehnke, § 12 TKG, Rn. 40.

<sup>726</sup> Korehnke, § 12 TKG, Rn. 38 sieht einen solchen Fall dann als gegeben an, wenn „wenn die EU-Kommission die Feststellung einer Position mit beträchtlicher Marktmacht zu Fall bringt und deshalb beispielsweise keine Zugangsverpflichtungen zugunsten dieser Unternehmen auferlegt werden können“.

<sup>727</sup> Korehnke, § 12 TKG, Rn. 42.

<sup>728</sup> Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 373.

Sie ist zunächst einmal nach der Paragraphenüberschrift des § 13 TKG die Rechtsfolge der Marktanalyse. Zugleich werden die regulatorischen Maßnahmen hierdurch auferlegt, geändert, beibehalten oder widerrufen. § 13 verknüpft also das Marktanalyseverfahren<sup>729</sup> mit den Maßnahmen der Zugangs-<sup>730</sup> und der Entgeltregulierung<sup>731 732</sup>.

Die Regulierungsverfügung, also einmal in ihrer Funktion als Ergebnis des Marktdefinitionsverfahrens und der Maßnahmenanordnung, kann gemäß § 13 Abs. 5 TKG nur als einheitlicher Verwaltungsakt ergehen. Daraus geht hervor, dass ein separater Rechtsschutz gegen die Ergebnisse des Marktdefinitionsverfahrens nicht möglich ist.<sup>733</sup>

*f) Exkurs: Drittschutzbegründung und -konturierung durch die Regulierungsverfügung*

Ein Verwaltungsakt kann sehr wohl eigenständige subjektive öffentliche Rechte begründen.<sup>734</sup> Im Rahmen der Diskussion um die Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG steht der Befund im Raum, dass diese und nicht das TKG die subjektiven Klagerechte aus der Zugangs- und Entgeltregulierung begründen.<sup>735</sup> Diese Auffassung entbehrt allerdings einer Grundlage sowohl in den Normen des TKG als auch in der Verfügungspraxis der BNetzA.

So ist zunächst der Wortlaut des § 13 TKG, genauer dessen Absätze 1 S. 1 sowie Absatz 5, zu untersuchen. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG spricht von den „Verpflichtungen nach den [...]“ dann dort genannten Paragraphen, sieht den Rechtsgrund der Regulierungsmaßnahmen dann in den jeweiligen Rechtsvorschriften des TKG. Überhaupt geht aus § 13 Abs. 1 S. 1 TKG im Kern nur die zusammenführende Funktion der Regulierungsverfügung hervor.

Interessanter ist die Betrachtung des § 13 Abs. 5, wonach die Regulierungsmaßnahmen und die Ergebnisse der Marktdefinition nur als ein einheitlicher Verwal-

---

<sup>729</sup> Siehe hierzu Abschnitt E.I.2.

<sup>730</sup> Siehe hierzu Abschnitt E.II.

<sup>731</sup> Siehe hierzu Abschnitt E.III.

<sup>732</sup> Schütze, § 13 TKG, Rn. 1.

<sup>733</sup> So jedenfalls die Sichtweise zum wortgleichen § 13 Abs. 3 in der Fassung vor dem 10. Mai 2012. Siehe hierzu Korehnke, § 12 TKG, Rn. 22f.; ReM, Schütz, § 10 TKG, Rn. 109; Schütze, § 13 TKG, Rn. 40.

<sup>734</sup> Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, Rn. 131.

<sup>735</sup> So wohl Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 384.

tungsakt ergehen dürfen. Auch wenn der BNetzA bei der Frage, was in diese Marktdefinitionsverfahren einfließen soll, insbesondere bei der Marktabgrenzung, eine „quasi-gesetzgeberische Funktion“<sup>736</sup> zukommt, so handelt es sich für den weiteren Gang des Regulierungsverfahrens doch um eine verfahrensmäßige Tatbestandsermittlung, die in der Regulierungsverfügung vor allem eine feststellende, allerdings keine gestaltende und somit auch keine subjektive Rechte begründende Wirkung haben kann.<sup>737</sup>

Also stellt sich Frage, ob die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder der Widerruf der Verpflichtungen nach den §§ 19, 20, 21, 23, 24, 30, 39 oder § 42 Abs. 4 S. 3 TKG ein gestaltendes Moment der Regulierungsverfügung enthält, das genuin subjektive öffentliche Rechte begründet.

In allen in § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 TKG genannten Normen findet sich – von einigen für die Klärung der hier interessierenden Frage unerheblichen Modifikationen abgesehen – folgende Formulierung: „Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, [...]“<sup>738</sup>

Diesen Normen ist somit gemein:

- Das zentrale Tatbestandsmerkmal der durch Marktanalyse festgestellten beträchtlichen Marktmacht.
- Die Rechtsfolge ist ein Auswahlermessen der BNetzA, wie sie der beträchtlichen Marktmacht begegnen will.<sup>739</sup>

Wenn aber der BNetzA ein Auswahlermessen hinsichtlich der Regulierungsinstrumente aus § 13 Abs. 1 S.1, Abs. 5 TKG zukommt, dann kann dies nicht für den gerichtlichen Drittschutz ohne Bedeutung bleiben. § 114 S. 1 VwGO unterstellt be-

---

<sup>736</sup> Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 5; vgl .auch Abschnitt E.I.2.b).

<sup>737</sup> Diese Schlussfolgerung wird durch Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 151 gestützt, der bei im Falle des Marktregulierungsverfahrens einen Beurteilungsspielraum verneint und damit hier den Regelfall des gesetzesakzessorischen Verwaltungshandeln auch auf der Tatbestandsebene annimmt.

<sup>738</sup> So in §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 1 (wobei hier noch „auf Antrag oder von Amts wegen“ eingefügt wurde), § 23 Abs. 1, § 24 Abs. 1, 30 Abs. 1 (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 21 ohne „Kann“-Bestimmung), § 39 Abs. 1, § 42 Abs. 4 S. 3 (wobei das „kann“-Bestimmung sich aus § 42 Abs. 4 S. 2 ergibt und hier von „marktmächtig“ die Rede ist)

<sup>739</sup> Ein Entschließungsermessen scheitert daran, dass der Wortlaut von § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 TKG bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht („auf Grund einer Marktanalyse nach § 11“) einen Handlungsbedarf als gegeben ansieht.

hördliche Ermessensentscheidungen der gerichtlichen Kontrolle nur hinsichtlich der rechtlichen Grenzen der Ermessenausübung.<sup>740</sup> Will ein Zugangspetent ein oder mehrere bestimmte in § 13 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 5 TKG genannte Regulierungsinstrumente von der BNetzA ausgewählt bzw. diese zur Auswahl verpflichtet wissen, so muss er darlegen, weswegen das Ermessen aus den betreffenden Normen auf die Auswahl der Verpflichtung reduziert ist.<sup>741</sup>

Das bedeutet, die BNetzA kann in der Regulierungsverfügung keine anderen als die in den Katalogen des § 13 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 5 TKG gesetzlichen Rechtsfolgen anordnen. Hierin ist keine genuine Begründung von subjektiven Rechten durch die Regulierungsverfügung zu sehen. Dem entspricht auch die Praxis der BNetzA, dass sie, zumindest bei der erstmaligen Auferlegung, in den Verfügungstext ausdrücklich Bezug auf die zugrunde liegende Vorschrift des TKG nimmt.

Daher sollen im Folgenden die subjektiven öffentlichen Rechte aus den Normen der Zugangs- und Entgeltregulierung herausgelesen werden.

## **II. Zugangsregulierung des TKG**

Die Zugangsregulierung stellt dabei vor dem Hintergrund des bereits Gesagten<sup>742</sup> die Regulierung des Zugangs zu den Telekommunikationsnetz(en) und zugleich die unmittelbare Regulierung der bottleneck-Infrastruktur dar. Somit ist die Notwendigkeit einer sektorspezifischen Ex-ante-Regulierung hier weitestgehend anerkannt.<sup>743</sup> Gerade in diesem Marktsegment wird eine erhebliche Vorsteuerung zur Wettbewerbsetablierung und -simulation geleistet.<sup>744</sup> Wegen der faktischen Tragweite der Regulierungsentscheidungen in diesem Bereich ist die Frage des Drittschutzes von ganz besonders herausgehobenem Interesse.

Das TKG 2004 hat mit den §§ 16–26 die Regulierungsinstrumentarien der Zugangsregulierung kodifiziert. Dabei folgt die telekommunikationsrechtliche Zugangsregulierung im Grundsatz zwei Logiken. Zum einem sieht sie die Regulierung der beträchtlichen Marktmacht als Ausdruck des asymmetrischen Regulierungsansat-

---

<sup>740</sup> Redeker, § 114 VwGO, § 114 VwGO, § 114 Rn. 12ff.

<sup>741</sup> Korehnke, § 13 TKG, Rn. 25.

<sup>742</sup> Drittschutzbedürfnis und technische und wirtschaftliche Grundlagen der TK-Regulierung.

<sup>743</sup> Vgl. Knieps, Netzökonomie, S. 153.

<sup>744</sup> So wohl auch Neitzel, Vorb. zu §§ 16ff. TKG, TKG, Rn. 1.



zes.<sup>745</sup> Zum anderen räumt das TKG Verhandlungen und Vereinbarungen der Marktteilnehmer den Vorrang gegenüber einem harten Einschreiten staatlicher Regulierungsinstanzen ein, der sich aus einer Betrachtung der §§ 22–25 TKG ergibt.<sup>746</sup>

### 1. § 16 TKG-Verträge über Zusammenschaltungen

§ 16 TKG begründet eine Pflicht eines jeden Betreibers öffentlicher Telekommunikationsnetze, auf Verlangen ein Angebot zwecks Zusammenschaltung i.S.d. § 3 Nr. 34 TKG zu unterbreiten. Er dient insofern der bundesrechtliche Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie). Der Schutznormlehre folgend lässt sich zunächst mit den „anderen Betreibern“ eine von der Allgemeinheit unterscheidbare Gruppe abgrenzen. Zur Abgrenzung trägt hierbei vor allem die systematische Auslegung vor dem Hintergrund der Zusammenschaltungsdefinition aus § 3 Nr. 34 a.E. TKG bei. Dort wird ausdrücklich davon gesprochen, dass die Zusammenschaltung ein Sonderfall des Zugangs dahingehend sei, dass jene zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze hergestellt wird.

Mehr Probleme macht die Feststellung, ob der Interessenschutz der anderen Betreiber intendiert oder nur reflexhaft geschieht. Die Zwecke der Angebotspflicht, die am Ende des § 16 TKG aufgezählt werden, enthalten keine Nennung eines Interesses eines anderen Betreibers. Jedoch gibt die Formulierung „... verpflichtet, auf Verlangen ...“ einen recht deutlichen Hinweis auf eine Anerkennung des Zusammenschaltungsbegehrens des anderen Netzbetreibers; dies gilt umso mehr, als dieses Verlangen einziges Tatbestandsmerkmal der Angebotspflicht ist.<sup>747</sup> Bei Heranziehung der historischen Dimension dieser Norm stellt sich die Frage, ob § 16 TKG nur einen appellativen Charakter habe, so jedenfalls wurde teilweise die Aussage der Vorgängernorm des § 36 S. 1 TKG 1996 aufgefasst.<sup>748</sup> Der Wortlaut beider Normen stimmt, von den Zwecksetzungen im § 16 a.E. TKG abgesehen, überein, so dass diese Aussage vom Wortlaut und der Historie her stimmen könnte. Allerdings steht dem eine veränderte Systematik durch das TKG 2004 entgegen. So sieht Heun in der Möglichkeit der Streitbeilegung nach § 133 TKG 2004 wegen der Möglichkeit, bei Auseinandersetzung aus bzw. aufgrund des TKG die BNetzA zu einer verbindlichen Ent-

---

<sup>745</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 2.

<sup>746</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 22 TKG, Rn. 1; vgl. Abschnitt E.II.7..

<sup>747</sup> Neitzel, Vorb. zu §§ 16ff. TKG, TKG, Rn. 7; Piepenbrock/Attendorn, § 16 TKG, Rn. 56.

<sup>748</sup> So retrospektiv Heun, in: Heun/Eckhardt, S. 801; Nolte, § 16 TKG, Rn. 48; anderer Auffassung dagegen Trute, § 36 TKG 1996, Rn. 7 und 11.

scheidung anzurufen, den rein appellativen Charakter der identischen Formulierung in § 36 S. 1 TKG 1996 und § 16 TKG 2004 als verloren an.<sup>749</sup> Welche Interessen der anderen Betreiber hier geschützt werden, ist hierbei nicht vollständig klar. Es kommt entscheidend darauf an herauszuarbeiten, welche Interessen durch § 16 geschützt werden. Aus dem Wortlaut ergibt sich nur eine Pflicht zur Angebotsunterbreitung. Allerdings fordert die gemeinschaftsrechtliche Grundlage des § 16 in Art. 4 Abs. 1 S. 1 ZRL „Unternehmen verpflichtet, [...] zu verhandeln,...“. Die europarechtskonforme Auslegung des § 16 macht es daher erforderlich, in § 16 nicht nur eine Angebotsunterbreitungs-, sondern auch eine Verhandlungspflicht hineinzulesen.<sup>750</sup> Diese Bewertung wird durch § 17 TKG gestützt, der „Verhandlungen über Zugänge oder Zusammenschaltungen“ als Voraussetzung hat und sich auf § 16 TKG bezieht.<sup>751</sup> Darin erschöpft sich dann aber auch der Interessenschutz der anderen Betreiber. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dahingehend zu erkennen, dass sich die Vertragsverhandlungspflicht zu einem Kontrahierungszwang verdichtet.<sup>752</sup> Eine solche Schlussfolgerung wäre mit der weiteren Wertung der telekommunikationsrechtlichen Zugangsregulierung, insbesondere der §§ 21ff. TKG, nicht im Einklang zu bringen.

Die Bewertung des Drittschutzgehaltes von § 16 TKG im Lichte der Konflikt-schlichtungsformel weicht davon kaum ab. Die gegenläufigen Interessen des Zusammenschaltungsbegehrens und deren Verweigerung werden durch die Benennung der Beteiligten anerkannt, ein Unwillen beim Betreiber des öffentlichen Telekommunikationsnetzes implizit anerkannt. Die wechselseitige Einschränkung dieser Interessen sowie deren Gewichtung fallen klar zu Gunsten des Angebotspetenten aus, wobei auch hier wegen der Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben das Konflikt-schlichtungsprogramm nicht nur eine Angebotsunterbreitungs-, sondern eine Verhandlungspflicht beinhaltet.<sup>753</sup>

---

<sup>749</sup> Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 801.

<sup>750</sup> So wegen der europarechtskonformen Auslegung auch Paschke, 2.1.6, § 16, Rn. 75. Irritierend sind insofern die Gesetzgebungsmaterialien, da hier davon ausgegangen wird, dass eine Verhandlungspflicht weniger weit reiche als eine Angebotsverpflichtung wie § 36 S. 1 TKG 1996 und § 16 TKG 2004, BT-Drs. 15/2316, S. 64. Da aber Verhandlungen die logische Folge des Angebots sind, reicht eine Verhandlungspflicht weiter als eine bloße Angebotspflicht.

<sup>751</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 17 TKG, Rn. 19.

<sup>752</sup> Paschke, 2.1.6, § 16, Rn. 75.

<sup>753</sup> So auch Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 757, Fn. 327.

## 2. § 17 TKG – Vertraulichkeit von Informationen

§ 17 TKG baut logisch darauf auf, dass § 16 oder §§ 21ff. TKG eingreifen. Ob diese Norm allerdings einen Drittschutz enthält, ist fraglich. So ist schon die Individualisierung nicht ohne weiteres zu bejahen, da die Benennung der anderen Betreiber eigentlich die Quellen der durch § 17 TKG geschützten Informationen angibt. Allerdings macht die zweckgerechte Verwendung aus § 17 S. 1 a.E. TKG deutlich, dass hier die Interessen der anderen Betreiber Berücksichtigung finden. Die Bestimmung der Interessen der anderen Betreiber erfolgt in § 17 S. 2 TKG dadurch, dass diese vor der Erlangung unlauterer Wettbewerbsvorteile ihrer Konkurrenten geschützt werden sollen. Auch hier ist über den Hebel des § 133 TKG eine Möglichkeit gegeben, die Interessenverletzung geltend zu machen. Allerdings dürfte sich aus § 17 TKG nur eine Folgenbeseitigung oder Unterlassung ableiten lassen.

## 3. § 18 TKG – Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern

§ 18 enthält in § 18 Abs. 1 S. 1 und S. 2 sowie in Abs. 2 eigenständige Regelungen, die jeweils für sich auf ihren Drittschutzgehalt untersucht werden müssen.<sup>754</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass § 18 TKG durch den Verzicht der Marktmächtigkeit als Voraussetzung für die Verpflichtung eine Systemausnahme innerhalb der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung darstellt.

### a) § 18 Abs. 1 S. 1 TKG – Zusammenschaltungsverpflichtung

§ 18 Abs. 1 S. 1 TKG erlegt Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügen, eine Zusammenschaltungspflicht auf. Damit setzt § 18 Abs. 1 S. 1 TKG Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a) a.E. ZRL in deutsches Recht um. Wiederum ist die Individualisierung i.S.d. Schutznormtheorie durch die „anderen Betreiber“, da keine wesentliche Abweichung zu dem bisher Gesagten besteht, weitestgehend unproblematisch.<sup>755</sup>

Die Frage, ob § 18 Abs. 1 S. 1 TKG zumindest auch den Interessen der anderen Unternehmer dient, muss eingehender erörtert werden. Der primäre Zweck des § 18 Abs. 1 S. 1 TKG ist dabei die Durchsetzung der Endnutzerkommunikation und der Diensteinteroperabilität, also die Sicherstellung des End-zu-End-Verbundes. Hinsichtlich dessen spricht Nolte aber davon, dass hierin Gemeinwohlinteressen zu se-

---

<sup>754</sup> So Fetzer, § 18 TKG, Rn. 26.

<sup>755</sup> So auch Fetzer, § 18 TKG, Rn. 27; Nolte, § 18 TKG, Rn. 58.

hen seien.<sup>756</sup> Auch der europäische Rechtsrahmen, vor allem Erwägungsgrund 6–9 ZRL, vermittelt eine solche Sicht. Eine solche Auffassung trägt aber nur bei oberflächlicher Betrachtung. Der End-zu-End-Verbund mit dem zentralen Erfordernis der Interoperabilität soll es jedem Endkunden ermöglichen, jeden anderen Endnutzer zu erreichen. Es geht hier also darum, die bereits beschriebenen Netzwerkeffekte und Begleiterscheinungen<sup>757</sup> in ihrer wettbewerbserheblichen bzw. -hinderlichen Funktion dadurch zu neutralisieren, dass jeder Anbieter seinen Kunden eine Telekommunikation mit jedem anderen Endnutzer anbieten kann. Über eine wettbewerbssichernde Funktion hinaus sichert § 18 Abs. 1 S. 1 TKG die Interessen der anderen Anbieter dadurch, dass aus ihrem Netz auch die Endnutzer des verpflichteten Betreibers erreicht werden können, ihr Netz also attraktiver wird. Grundsätzlich hat auch der verpflichtete Netzbetreiber aus diesem Grund heraus ein Interesse an der Zusammenschaltung. Aber jenseits dieses Herunterbrechens der Individualinteressenkomponente am End-zu-End-Verbund sind die Interessen der anderen Betreiber auch dadurch mit in das Schutzprogramm des § 18 Abs. 1 S. 1 TKG aufgenommen, dass die „Bereitstellung von Diensten“ erwähnt wird. Hierbei darf sich nicht darauf bezogen werden, dass es beim End-zu-End-Verbund um Interessen der Endnutzer, sondern nur um die Dienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG auf dem Endkundenmarkt geht. Die Bereitstellung von Diensten wird mindestens auch auf die Frage des Zugangs bezogen, da „deren Interoperabilität zu gewährleisten“ ist.<sup>758</sup>

Im Rahmen der Konfliktschlichtungsformel werden die gegenläufigen Konkurrenzinteressen dadurch anerkannt, dass die Betroffenen bzw. deren Interessen erwähnt werden. Auch werden diese Interessen wechselseitig eingeschränkt. Nur in begründeten Fällen einer entsprechenden Nachfrage kann die BNetzA einschreiten; für diesen Fall gewichtet das Gesetz allerdings die Interessen zu Gunsten des Zusammenschaltungspetenten. Das Konfliktschlichtungsprogramm ist hierbei die gleichberechtigte und wechselseitige Endnutzerreichung, also der End-zu-End-Verbund; sowohl Schutznormlehre als auch Konfliktschlichtungsformel hängen an diesem Aspekt den Drittschutz aus § 18 Abs. 1 S. 1 TKG auf.

---

<sup>756</sup> Nolte, § 16 TKG, Rn. 58.

<sup>757</sup> In der wirtschaftswissenschaftlichen Herleitung und in der technisch-wirtschaftlichen Einführung zur TK-Regulierung.

<sup>758</sup> So auch Neitzel, § 18 TKG, Rn. 41, der die beiden Begrifflichkeiten „Gewährleistung der Erreichbarkeit von Diensten und deren Interoperabilität“ aus § 18 Abs. 1 S. 1 TKG und „Gewährleistung eines End-zu-End-Verbunds“ aus S. 2 als synonym betrachtet.

*b) § 18 Abs. 1 S. 2 TKG – Zugangsverpflichtung*

Die Bewertung der Individualisierung stellt sich wie in S. 1 dar. Zwar werden hier die anderen Betreiber nicht erwähnt, allerdings kann dem den Endnutserzugang kontrollierenden Betreiber eine „weitere Zugangsverpflichtung“ auferlegt werden. Der § 18 Abs. 1 S. 2 TKG baut also insofern auf S. 1 auf,<sup>759</sup> als hieraus auch die rechtlichen Beteiligungen als inkorporiert betrachtet werden können und die anderen Betreiber durch eine norminterne systematische Betrachtung individualisiert sind. Indem in S. 2 die Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds erwähnt wird, wird hierbei die oben hierzu ausgeführte Interessenlage der anderen Betreiber ausdrücklich anerkannt.<sup>760</sup> Die Formulierung des § 18 Abs. 1 S. 2 TKG stellt dabei den Schutz der anderen Betreiber noch stärker in den Vordergrund als S. 1, indem die „Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten“ die weiteren Zugangsverpflichtungen rechtfertigt.<sup>761</sup> Ebenso ist die Reichweite des Drittschutzes durch S. 2 weiter, da – aus einem Umkehrschluss zu § 3 Nr. 34 a.E. TKG – die Verpflichtung des Zugangs weiterreichende Ansprüche einräumt als eine bloße Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 18 Abs. 1 S. 1 TKG. Indem die Voraussetzungen beider Sätze des § 18 Abs. 1 TKG als deckungsgleich betrachtet werden können, ist daher der Drittschutz aus S. 2 weitergehend und für den Wettbewerber günstiger.

Gleiches gilt für die Konfliktschlichtungsformel. Die Anerkennung der gegenläufigen Konkurrenzinteressen und deren wechselseitiger Einschränkungen erfolgt im § 18 Abs. 1 S. 2 TKG ebenso wie in S. 1. Aber auch hier ist, da der Zugang weiter geht als die bloße Zusammenschaltung, eine noch stärkere Gewichtung der Interessen der nachfragenden Betreiber anzunehmen. Auch das Konfliktschlichtungsprogramm des § 18 Abs. 1 S. 2 TKG ist wie im S. 1 der End-zu-End-Verbund.

*c) § 18 Abs. 2 TKG – Diskriminierungsverbot*

Nicht auf eine Zugangsleistung zielt § 18 Abs. 2 TKG ab, der keine gemeinschaftsrechtliche Grundlage hat.<sup>762</sup> Die Drittschutzberechtigten sind als „einzelne

<sup>759</sup> So wohl auch Schütz, § 18 TKG, Rn. 31.

<sup>760</sup> Nolte, § 18 TKG, Rn. 62 sieht den End-zu-End-Verbund ausdrücklich nur dadurch gesichert, dass einem Betreiber Zugang zur Infrastruktur Dritter ermöglicht wird, insofern § 18 Abs. 1 S. 2 TKG auch deren Schutz dient.

<sup>761</sup> Neitzel, § 18 TKG, Rn. 41 sieht im End-zu-End-Verbund lediglich die Erreichbarkeit und übersieht hierbei die enorme wirtschaftliche Bedeutung für die Betreiber ob der Netzeffekte.

<sup>762</sup> Insofern vermutet Neitzel, § 18 TKG, Rn. 5, dass diese Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, da er wegen der in Art. 5 Abs. 1 ZRL intendierten Vollharmonisierung keinen Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber einräumt.

nachfragende Betreiber“ um einiges deutlicher individualisiert als im Abs. 1. Ebenso ist der Interessenschutz eindeutig ausgebildet. Zunächst einmal wird die Behandlung der einzelnen nachfragenden Betreiber am Vergleichsmaßstab anderer nachfragender Betreiber gemessen. Die nachfragenden Unternehmen haben ein vitales Interesse daran, dass die Bedingungen, zu denen der Zugang und damit der End-zu-End-Verbund hergestellt wird, den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten nicht verzerrt. Daher werden durch § 18 Abs. 2 TKG die Interessen der einzeln nachfragenden Betreiber geschützt, wenn eine unterschiedliche Behandlung der Nachfrager unter den Vorbehalt einer sachlichen Rechtfertigung gestellt wird.

Auch nach der Konfliktschlichtungsformel wäre der einzeln nachfragende Betreiber klagebefugt. Indem die beteiligten Interessen sowie der Vergleichsmaßstab „andere nachfragende Betreiber“ benannt sind, werden die gegenläufigen Konkurrenzinteressen anerkannt und wechselseitig dahingehend eingeschränkt, dass das Interesse an einer Ungleichbehandlung nur dann zulässig ist, wenn und soweit dies sachlich gerechtfertigt erscheint. Damit steht § 18 Abs. 2 TKG unter dem Konfliktschlichtungsprogramm einer diskriminierungsfreien Zusammenschaltung bzw. Zugang.

#### 4. § 19 TKG – Diskriminierungsverbot

§ 19 TKG legt in seinen beiden Absätzen fest, dass Zugangsvereinbarungen unter gleichwertigen Bedingungen stattzufinden haben. Er dient der Umsetzung des Art. 10 Abs. 1 ZRL. Bei isolierter Betrachtung des Abs. 1 scheint kein geschützter Personenkreis abgegrenzt zu werden. Allerdings ist i.R.d. § 19 TKG die normexterne und interne Systematik zu berücksichtigen. Zunächst einmal bezieht sich § 19 Abs. 1 TKG auf Vereinbarungen, deren Inhalt mangels einer Legaldefinition im § 3 TKG sich für den Fall marktmächtiger Verfügungsadressaten aus § 22 Abs. 1 TKG ergibt. Hier werden die „anderen Unternehmen“ ausdrücklich erwähnt und als geschützt individualisiert. Viel wichtiger ist jedoch die Betrachtung von § 19 Abs. 2 TKG; auch hier werden die anderen Unternehmen erwähnt.<sup>763</sup> Die Interessen der anderen Unternehmen finden dagegen in beiden Absätzen des § 19 TKG Erwähnung. Dabei ist der Vergleichsmaßstab des § 19 Abs. 2 TKG gegenüber § 18 Abs. 1 und 2 TKG eingeschränkt, da hier lediglich solche Dienstleister eine Gleichbehandlung einfordern können, deren Angebote zu denen des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht

---

<sup>763</sup> Dies wird auch von Piepenbrock/Attendorn, § 19 TKG, Rn. 110 als für die Individualisierung ausreichend betrachtet.

bzw. zu deren Tochter- oder Partnerunternehmen eine Gleichartigkeit aufweisen. Eine trennscharfe Abgrenzung der Gebote aus Abs. 1 und 2 ist nicht möglich<sup>764</sup> und überdies für die Feststellung des Drittschutzgehalts von § 19 TKG auch nicht nötig. Dennoch werden die Aussagen des Abs. 1 als allgemeine Gleichbehandlungsgebote, die des Abs. 2 als Gleichwertigkeit der internen und externen Behandlung bezeichnet.<sup>765</sup> Es gibt keine Möglichkeit einer sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung wie sie i.R.d. § 18 Abs. 2 TKG ermöglicht wird.

Die gegenläufigen Interessen einer Bevorzugung vor allem vertikal integrierter Unternehmen gegenüber mit diesen gleichwertigen Bedingungen werden klar zu Gunsten des Zugangspetenten eingeschränkt, so dass auch nach Maßgabe der Konfliktschlichtungsformel eine Klagebefugnis der Wettbewerber anzunehmen ist.<sup>766</sup>

#### 5. § 20 TKG – Transparenzverpflichtung

§ 20 TKG stellt sicher, dass die Zugang begehrenden Unternehmen die hierfür notwendigen Informationen vom marktmächtigen Unternehmen erhalten. § 20 TKG ist weitestgehend am Art. 9 Abs. 1 ZRL entlang formuliert und dient daher dessen Umsetzung.

Der Drittschutz der Transparenzverpflichtung aus § 20 TKG wurde vom VG Köln mit allgemeinen gesetzessystematischen Argumenten abgelehnt.<sup>767</sup> Das VG Köln sah durch § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 TKG einen Drittschutz insgesamt ausgeschlossen. Dadurch dass die einzelnen Regulierungsmaßnahmen durch § 13 Abs. 3 TKG nur gemeinsam mit dem Marktregulierungsverfahren nach §§ 10f. angefochten werden kann, geht mit besonderem Blick auf § 10 Abs. 2 S. 1 TKG hervor, dass nicht die individualisierten Wettbewerberinteressen, sondern einzig die allgemeinen Wettbewerbsverhältnisse maßgeblich sind.<sup>768</sup>

Einer solchen Auslegung von § 20 TKG ist aber zu widersprechen. Zunächst einmal werden auch im Rahmen von § 20 TKG die Zugangspetenten mit der Formulierung „der zum Zugang berechtigten Unternehmen“ mehr als ausreichend individualisiert.<sup>769</sup> Was die Interessen der Zugangspetenten angeht, so werden die nicht bloß

---

<sup>764</sup> So auch Neitzel, § 18 TKG, Rn. 5.

<sup>765</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 19 TKG, Rn. 48.

<sup>766</sup> So auch Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 757, Fn. 327.

<sup>767</sup> So VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 152.

<sup>768</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 130.

<sup>769</sup> Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 849; Mayen, § 20 TKG, Rn. 16 ; Scherer, § 18 TKG, Rn. 27

reflexhaft geschützt: „Für die zum Zugang berechtigten Unternehmen“ wird das marktmächtige Unternehmen dazu verpflichtet, die benötigten Informationen zur Verfügung zu stellen, unmissverständlich werden hier Pflicht und Berechtigung als korrespondierende Elemente angeordnet. Die Anerkennung des Wettbewerberinteresses dringt noch sehr viel stärker in den Vordergrund, wenn man § 20 Abs. 2 TKG betrachtet. Die Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens insbesondere, also den Wettbewerberwünschen angepasste Informationen herauszugeben, gewährt dem Wettbewerberinteresse noch mehr Raum.<sup>770</sup>

Bei der Anwendung der Konfliktschlichtungsformel fällt auf, dass die beteiligten Interessen, Geschäftsgeheimnisse des Betreibers der Kalkulierbarkeit der Netznutzung durch des Zugangspetenten gegenübergestellt, aber zu Gunsten des Informationsbegehrens der Wettbewerber gewichtet werden. Damit unterwirft § 20 TKG den Netzzugang der Planbarkeit durch den Wettbewerber bzw. der „Waffengleichheit“ mit dem marktmächtigen Netzbetreiber bei der Inanspruchnahme.

#### 6. § 21 TKG – Zugangsverpflichtungen

Das Zugangsregulierungsregime des TKG 2004 wird maßgeblich durch die Zugangsverpflichtung des marktmächtigen Unternehmens aus § 21 TKG geprägt.<sup>771</sup> An dieser Vorschrift ließen sich bislang die substanziellen gerichtlichen Auseinandersetzungen zur telekommunikationsrechtlichen Zugangsregulierung festmachen. Viele den Drittschutz betreffende Fragen wurden an dieser Norm erörtert, wenngleich diese vielfach auch auf die anderen Regelungen der Zugangsregulierung ausstrahlen. Beide Aspekte, sowohl die schon unter Beweis gestellte Relevanz für den Rechtsschutz gegen (Zugangs-)Regulierungsentscheidungen als auch die zentrale Rolle des § 21 TKG im Zugangsregulierungsregime erfordern eine eingehende Erörterung des Drittschutzgehaltes dieser Norm.

---

<sup>770</sup> Insofern sehen Piepenbrock/Attendorn, § 20 TKG, Rn. 31 die BNetzA auch dazu verpflichtet, bei der Auferlegung einer Transparenzverpflichtung zu berücksichtigen, welche Informationen vom Zugangsberechtigten benötigt werden.

<sup>771</sup> Neitzel, § 21 TKG, Rn. 1; Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 19.



a) Drittschutz des Wettbewerbers nach § 21 TKG

aa) Drittschutz nach Maßgabe der Schutznormlehre

Indem § 21 TKG keine privatrechtsgestaltende Wirkung zukommt,<sup>772</sup> ist der rechtsschutzbegehrende Wettbewerber darauf zurückgeworfen ein subjektive öffentliche Recht nachzuweisen, das ihm einen Anspruch auf eine abstrakt-generelle Regulierungsverfügung mit einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG zugesteht.<sup>773</sup>

(1) Grammatikalische Auslegung

Aus dem Wortlaut des § 21 TKG geht hervor, dass auf die BNetzA auf der Grundlage von § 21 Abs. 1 S. 1 TKG den marktmächtigen Netzbetreiber „verpflichten [kann], anderen Unternehmen Zugang zu gewähren“. Durch das VG Köln und Teile der Literatur wird vertreten, dass diese Formulierung nicht ausreicht, um die Wettbewerber zu individualisieren.<sup>774</sup> Gegen eine ausreichende Abgrenzungswirkung dieser Formulierung wird sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht argumentiert.

So sei die Zahl der von der Formulierung angesprochenen Personen viel zu groß;<sup>775</sup> sämtlichen Zugang nachfragenden Unternehmen müsste dieser gewährt werden.<sup>776</sup> Hinzu kommt, dass ob der „Offenheit der [...] Definitionsmerkmale“ keine ausreichende Trennschärfe in der Abgrenzung vorliege,<sup>777</sup> da nicht klar sei, welche Unternehmen angesprochen würden.<sup>778</sup> Dem widerspricht das BVerwG im Revisionsverfahren nachdrücklich. Aus der Formulierung des § 21 Abs. 1 S. 1 TKG gehe insofern unmissverständlich eine drittschützende Individualisierung hervor, als hier die Normbegünstigten explizit angesprochen würden.<sup>779</sup>

Weiterhin – so das VG Köln – seien die Wettbewerberinteressen nicht durch § 21 TKG geschützt. Dabei knüpft das VG Köln an § 21 Abs. 1 S. 1 a.E. TKG an, wo die

---

<sup>772</sup> Mayen, § 21 TKG, Rn. 121.

<sup>773</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 344.

<sup>774</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006; Mayen, Computer und Recht 2005, S. 21 (22).

<sup>775</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 123.

<sup>776</sup> Mayen, Computer und Recht 2005, S. 21 (22).

<sup>777</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 123.

<sup>778</sup> Mayen, Computer und Recht 2005, S. 21 (22).

<sup>779</sup> BVerwG, Az.: 6 C 42.06, Urteil vom 28.11.2007, Rn. 17 und stützt sich insofern auf eine breite Unterstützung im Schrifttum u.a. durch Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 732; Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 867; Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 349; Thomaschki (2009), § 21 TKG, Rn. 12.

Endnutzerinteressen als zentraler Entscheidungsmaßstab vorgegeben werden.<sup>780</sup> Hinzu kommt der Verweis auf § 2 Abs. 2 TKG im S. 2 des § 21 Abs. 1 TKG; damit wird auch auf die Etablierung von Wettbewerb im § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG verwiesen. Aus beiden Normaussagen schlussfolgert das VG Köln, dass „nicht der einzelne Wettbewerber, sondern nur der Wettbewerb als solcher“ durch § 21 Abs. 1 TKG geschützt sei.<sup>781</sup>

Eine wichtige Frage bei der Beurteilung des Drittschutzes ist die von § 21 Abs. 1 S. 1 a.E. angesprochene „nachfragegerechte[n, C.B.] Entbündelung“ und der Anklang der Wettbewerbsorientierung. Beide Formulierungen weisen dabei nach Attendorn auf eine Individualisierung hin. So wird die Nachfrage ausschließlich von Nutzern, also individualisierbaren Rechtssubjekten, erhoben.<sup>782</sup> Dieser Bewertung entspricht auch die Motivation des Gesetzgebers, der „nachfragegerechte Entbündelung“, also das keine Verpflichtung besteht nichtgeforderte Leistungen abnehmen zu müssen,<sup>783</sup> sondern dass ausschließlich das tatsächliche Nachfragenbegehren exakt berücksichtigt werden muss.

## *(2) Historische und genetische Auslegung*

Attendorn sieht keinen normstrukturellen Vorgänger von § 21 TKG im TKG 1996, so dass sich eine Auseinandersetzung mit dem Zugangsregulierungsregime des TKG 1996 erübrige.<sup>784</sup> Dennoch eröffnet der Vergleich der Systemwechsel vom TKG 1996 zum TKG 2004 einige Perspektiven auf den Subjektivierungsgrad die Wettbewerber betreffend.

Vorgängernormen von § 21 Abs. 1 TKG waren §§ 33 sowie 35 Abs. 1 TKG 1996.<sup>785</sup> Beide Normen gewährten in der alten Rechtslage subjektive Rechte im Interesse des Wettbewerbers.<sup>786</sup> Durch den Systemwechsel von Zugangsansprüchen unmittelbar aus Gesetzesrecht hin zur Regulierungsverfügung stellt sich die Frage, ob

---

<sup>780</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 124.

<sup>781</sup> So das VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 124. Dabei beruft sich das VG Köln auf das Urteil des BVerwG vom 10.10.2002, MMR 2003, S. 241 (243) und die dort verwendete Formulierung „Wettbewerb als Institution“.

<sup>782</sup> Attendorn, Multimedia und Recht 2008, S. 444 (448), wobei durch die zwingende Berücksichtigung in der Entscheidung nach § 21 Abs. 1 TKG jede Zugangsvariante des gesamten § 21 TKG drittschützend wird.

<sup>783</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 64.

<sup>784</sup> Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 415.

<sup>785</sup> So Graevenitz, in: Wissmann., S. 138; Spoerr/Sellmann, Netzwirtschaften und Recht 2004, S. 98 (103).

<sup>786</sup> Trute, § 33 TKG 1996, Rn. 23f.; § 35 Rn. 13ff.; in: Festgabe BVerwG, S. 873.

diese subjektiven öffentlichen Rechte vollständig aufgegeben oder, wie es Spoerr und Sellmann formulieren, die ehemaligen gesetzlichen Zugangsansprüche auf „verfahrens- und abwägungsbezogene Positionen“ reduziert wurden.<sup>787</sup> Dem ist allerdings nicht zu folgen. So wird der TKG-Novelle eine deutliche Individualisierungstendenz gegenüber dem TKG 1996 attestiert.<sup>788</sup> Viel wesentlicher sind allerdings hierbei die legislatorischen Motive für die Regelung des § 21 TKG. So geht aus den Gesetzgebungsmaterialien zur Zugangsverpflichtung gleich zu Anfang hervor, dass sich die Nachfrageberechtigung der Zugangsleistungen nach wie vor auf die Unternehmen begrenzen ließe, die ihrerseits Telekommunikationsdienste erbringen.<sup>789</sup> Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass diese Norm unmissverständlich den nachfragenden Unternehmen entgegenkommen, mithin deren Interessen schützen soll.

### *(3) Systematische Auslegung*

Eine zentrale Rolle bei der Bestimmung des Drittschutzgehaltes von § 21 TKG spielt die systematische Auslegung. Indem diese Norm in vielfacher Wechselbeziehung zu anderen Vorschriften des TKG steht, kann eine nur am Wortlaut klebende Beurteilung den Aussagen des § 21 TKG nicht gerecht werden. Das Normgefüge, in das § 21 TKG eingebettet ist, muss mit betrachtet werden.

Auch hier sei zunächst ein den Drittschutz des § 21 TKG verneinender Gedankengang des VG Köln aufgegriffen. So grenze der § 3 Nr. 32 TKG den in Betracht kommenden Personenkreis wegen der hohen Zahl der potenziellen Zugangsinteressenten nicht ausreichend ein.<sup>790</sup> Ebenso müsse durch eine Rückkopplung des § 21 TKG an die Zielsetzung der Wettbewerbsförderung aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG eine Individualisierung verneint werden.<sup>791</sup> Schließlich folgert das VG Köln aus den §§ 22 und 25 TKG, „dass eine Anspruchsberechtigung von Zugangsinteressenten bereits auf der Ebene der Auferlegung der Zugangsverpflichtung besteht“.<sup>792</sup> Ein Anspruch auf Zugang bestehe nicht, sondern bloß auf eine Abgabe eines Angebots nach § 22 TKG bzw. bei Nichtzustandekommen auf eine Zugangsanordnung nach § 25

---

<sup>787</sup> Spoerr/Sellmann, *Netzwirtschaften und Recht* 2004, S. 98 (103).

<sup>788</sup> Attendorn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (446).

<sup>789</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 64.

<sup>790</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 123.

<sup>791</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 124f.

<sup>792</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 133.

TKG.<sup>793</sup> Schließlich lasse sich aus dem Antragsrecht kein Indiz für einen Individualschutz entnehmen. Werde aus dem Antragsrecht des § 21 Abs. 1 S. 1 TKG ein Drittschutz abgeleitet, erübrige sich der Anwendungsbereich des § 42 Abs. 4 S. 5 TKG.<sup>794</sup>

Diese Auffassung ist mit dem BVerwG und der weit überwiegenden Meinung in der Literatur zu verneinen. § 3 Nr. 32 TKG konkretisiert den geschützten Personenkreis und erreicht somit eine ausreichende Abgrenzung von der Allgemeinheit.<sup>795</sup> Ergänzt wird diese Eingrenzung des durch § 21 Abs. 1 TKG berechtigten Personenkreis durch zwei gesetzessystematisch vorgelagerte Aussagen. So ist die wegen der Unternehmerdefinition in § 3 Nr. 29 TKG und ob der Meldepflicht aus § 6 TKG durch eine systematische Auslegung die Begrifflichkeit der „anderen Unternehmen“ ausreichend individualisiert.<sup>796</sup>

Schließlich muss noch das Normgefüge der Zugangsregulierung – jedenfalls soweit das marktmächtige Unternehmen angesprochen ist – betrachtet werden. Durch die einzelnen Zugangstatbestände und durch die Regulierungsverfügung können sich maßgebliche Modifikationen ergeben, so, dass „sich somit nicht ‚ohne weiteres‘, sondern nur nach genauer Prüfung des Einzelfalls, des Klägers und der jeweils in Betracht kommenden Normvariante“ eine Klagebefugnis feststellen lässt.<sup>797</sup> Dabei stellt sich die Frage, ob der Drittschutz schon aus den Normen oder erst aus der Regulierungsverfügung herausgelesen werden kann. Richtig ist, dass durch den Systemwechsel in der Zugangsregulierung vom TKG 1996 zum TKG 2004 keine Rechte unmittelbar aus dem Gesetzestext hervorgehen, sondern diese erst nach Durchlaufen des Marktregulierungsverfahrens und im Rahmen einer Regulierungsverfügung nach § 13 TKG festgelegt werden. Attendorn sieht in der Regulierungsverfügung hingegen den eigentlichen Grund für subjektive öffentliche Rechte.<sup>798</sup> Hier wird das „ob“ des Zugangs festgelegt, das durch die §§ 21ff. TKG als Ausdruck einer Rechtsposition

---

<sup>793</sup> So ohne diese Auffassung zu teilen Nacimiento, Kommunikation und Recht 2008, S. 125 (127).

<sup>794</sup> VG Köln, Az.: 1 K 2976/05, Urteil vom 19.10.2006, Rn. 129.

<sup>795</sup> BVerwG, Az.: 6 C 42.06, Urteil vom 28.11.2007, Rn. 14; BT-Drs. 15/2316, S. 64; Attendorn, Multimedia und Recht 2008, S. 444 (448); Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 732f.; Mayen, § 21 TKG, Rn. 132; Spoerr/Sellmann, Netzwirtschaften und Recht 2004, S. 98 (103f.); Thomaschki (2009), § 21 TKG, Rn. 12. Ebenso wird durch das BVerwG a.a.O. im Antragsrecht ein Indiz für den Drittschutz gesehen.

<sup>796</sup> So argumentieren wegen § 3 Nr. 29 TKG Mayen, § 21 TKG, Rn. 8 und ob der Meldepflicht Heun, S. 838.

<sup>797</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 344.

<sup>798</sup> Attendorn, Multimedia und Recht 2008, S. 444 (448).

bedarfsgerecht ausgestaltet wird. Eine solche Lesart verkennt aber das Normprogramm des § 21 Abs. 1 S. 1 TKG. Wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 1 S. 1 TKG ist dabei die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht, die im Wege des Marktregulierungsverfahrens festgestellt und mittels der Regulierungsverfügung publik gemacht wird. Was die Regulierungsverfügung hingegen nicht leistet, ist, dass diese das marktmächtige Unternehmen zu einem solchen macht. Zu weit ginge es zwar, der Regulierungsverfügung mit Blick auf § 21 Abs. 1 S. 1 TKG als bloß feststellenden Verwaltungsakt darzustellen. Zugleich ist die Regulierungsverfügung in ihrer rechtsgestaltenden, oder genauer: der subjektive Rechte zugestehenden Wirkung nicht so frei von den gesetzlichen Wirkungen, dass einzig dieser Verwaltungsakt gemäß § 13 TKG ein subjektiv öffentliches Recht begründen könne. Dies geht insbesondere aus der Bewertung hervor, die zu § 18 TKG getroffen wird; hier sind gerade keine Marktmächtigkeit und keine Regulierungsverfügung nach § 13 TKG notwendig, um dennoch subjektive öffentliche Rechte zu begründen.<sup>799</sup> Es bleibt also festzuhalten, dass § 21 TKG eine „abstrakte Zugangsverpflichtung“ für das marktmächtige Unternehmen anordnet, welche durch die einzelnen Tatbestände der das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht betreffenden Zugangsregulierung konkretisiert.<sup>800</sup>

#### *(4) Teleologische Auslegung*

Im Zusammenhang mit der teleologischen Auslegung von § 21 TKG hat sich ein gewisser Paradigmenwechsel vollzogen, inwieweit Wettbewerbern aus Regulierungsnormen ein subjektives öffentliches Klagerecht zukommen kann.

Lange Zeit wurde ein Drittschutz mit der Begründung abgewiesen, dass „nur der Wettbewerb als Institution und nicht der einzelne Wettbewerber“<sup>801</sup> mit der Wettbewerbszielbestimmung aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG geschützt werde. Mit dieser Argumentation wurde der Drittschutz allen anderen Auslegungen des § 21 TKG zum Trotz verneint.

---

<sup>799</sup> So auch Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 733.

<sup>800</sup> So wohl abstrahiert Thomaschki (2009), § 21 TKG, Rn. 13.

<sup>801</sup> So BVerwG MMR 2003, S. 241 (243); VG Köln MMR 2007, S. 198 (198, 200); wohl auch Paschke, 6. Abschnitt, § 21, Rn. 251.

Diese Auffassung hält einer genaueren Überprüfung nicht stand. Zunächst ist diese die ablehnende Haltung tragende Argumentation aufgegeben worden. Den Wettbewerbern wird ein eigener in § 21 TKG liegender Schutz zugestanden.<sup>802</sup>

Weiterhin wird durch § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG die Wettbewerbsförderung und damit auch die für die Netzwirtschaften wichtige Wettbewerbsetablierung als Zielbestimmung genannt. Zentraler Aspekt einer solchen Wettbewerbsetablierung liegt dabei darin, dass allen Marktteilnehmern ein Zugang zur bottleneck-Infrastruktur ermöglicht wird.<sup>803</sup> Will das TKG also ein Höchstmaß an Wettbewerb trotz der Hindernisse eines natürlichen Monopols ermöglichen, dann muss den einzelnen Wettbewerbern die Möglichkeit zum Zugang gegeben werden.<sup>804</sup> Insofern ist der Bewertung Attendorns zuzustimmen, dass Wettbewerb „keine ‚Institution‘ [ist], sondern ein dynamisches Geschehen, das wesentlich durch Wettbewerber gestaltet wird“.<sup>805</sup> Indem § 21 Abs. 1 S. 1 TKG den Wettbewerbern die Zugangsmöglichkeit im Grundsatz eröffnet, ist daher eine Wettbewerbernützlichkeitsannahme anzunehmen, die den Zielsetzungen des § 2 Nr. 2 TKG entspricht.<sup>806</sup>

Ein besonderer Aspekt ist hierbei die Frage, ob auch nur potenzielle Wettbewerber aus § 21 TKG berechtigt sein sollen. Mit Blick auf die zur individualschützenden Dimension des Wettbewerbsbegriffes gemachten Ausführungen<sup>807</sup> ist das zu bejahen. Zum Schutz der in § 21 TKG hineinzulesenden Wettbewerbsetablierung sind nicht nur die aktiven, sondern auch die potenziellen Wettbewerber unerlässlich; die Wettbewerbernützlichkeitsannahme bezieht sich auch auf solche Unternehmen, die nicht unmittelbar den Zugang zum Netz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht begehren. Dennoch können diese ein Interesse an einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG haben, um auf diesem Wege als potenzielle Disziplinierung das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu wettbewerbskonformen Verhalten zu bewegen.<sup>808</sup>

---

<sup>802</sup> Erstmalig in BVerwG, Az.: 6 C 42.06; VG Köln 21 K 3061/07; 1 K 6680/09. So auch Attendorfn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (446) der das Wegfallen der drittschutzhindernden Interpretation der Wettbewerbszielbestimmung anmerkt.

<sup>803</sup> Knieps, *Netzökonomie*, S. 165.

<sup>804</sup> Besondere Bedeutung hat dabei der „symmetrische Zugang“, Knieps, *Netzökonomie*, S. 165, welcher durch das Diskriminierungsverbot des § 19 TKG sichergestellt wird.

<sup>805</sup> Attendorfn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (447).

<sup>806</sup> So in der Wertung auch BVerwG MMR 2003, S. 241 (247).

<sup>807</sup> Vgl. Abschnitt D.I.4.

<sup>808</sup> So in der Bewertung auch Attendorfn, *Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?*, S. 427, der betont, dass die im TKG 1996 gültige Unterscheidung zwischen Zugangsnutzer und bloßen Wettbewerber mit der Begründung aufgegeben worden sei, dass durch

Ein Drittschutz ist nicht alleine deswegen anzunehmen, weil mit § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG die Wettbewerbsförderung zum Ziel erklärt ist. Wenn allerdings, wie bei § 21 TKG der Fall, weitere Hinweise auf eine Individualisierung hinzukommen, dann wirken die Zielbestimmungen hier verstärkend.

#### *(5) Europarechtskonforme Auslegung*

§ 21 TKG dient der Umsetzung von Art. 8 i.V.m. Art. 12 ZRL. Art. 12 Abs. 1 ZRL räumt den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit ein, bei „berechtigten Anträgen auf Zugang [...] stattzugeben“ den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 8 Abs. 2 ZRL i.V.m. RRL zum Zugang verpflichten. Aus diesem Kontext des Art. 12 Abs. 1 ZRL hat das BVerwG zu Recht eine Individualisierung des Zugangspetenten herausgelesen.<sup>809</sup> Hinzu kommt, dass durch Art. 4 Abs. 1 RRL „jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste“ bei einem Betroffensein durch eine Regulierungsentscheidung einen Rechtsbehelf vor einer unabhängigen Instanz erhalten soll. Dabei wird davon ausgegangen, dass die dem marktmächtigen Unternehmen auferlegten Verpflichtungen regelmäßig einen Schutzcharakter für die Wettbewerber haben.<sup>810</sup>

#### *bb) Drittschutz gemäß der Konfliktschlichtungsformel*

Im § 21 TKG als der „zentrale[n] Zugangsnorm“<sup>811</sup> werden die betroffenen Interessent(en), also die Zugangspetenten, die auf die bottleneck-Infrastruktur zugreifen wollen, um auf dem Endkundenmarkt Dienste anbieten zu können, und der Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht, der selber die Infrastruktur nutzen will und daher ein Interesse daran hat, die Wettbewerber zu exkludieren, in ihren gegenläufigen Interessenlagen anerkannt.<sup>812</sup> Diese Gegenüberstellung der Interessen löst § 21 TKG dahingehend auf, dass die Interessen des Zugangspetenten sich durch eine sehr

---

die Zielsetzung der Wettbewerbsförderung des TKG nicht bloß der Wettbewerb an sich, sondern zumindest auch die Wettbewerber geschützt werden, so das BVerwG MMR 2003, S. 241 (247).

<sup>809</sup> BVerwG, Az.: 6 C 42.06, Rn. 16. Heun, in: Heun/Eckhardt., S. 733 erachtet hierbei die bundesrechtliche Trennung der Zugangsverpflichtung nach § 21 und der Zugangsanordnung nach § 25 TKG als vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 ZRL unnötig.

<sup>810</sup> BVerwG, Az.: 6 C 42.06, Urteil vom 28.11.2007, Rn. 16, zustimmend Attendorn, Multimedia und Recht 2008, S. 444 (446); Bier, Netzwirtschaften und Recht 2009, S. 25 (29); Paschke, 6. Abschnitt, § 21, Rn. 250.

<sup>811</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 756.

<sup>812</sup> So Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 756.

einschneidende Einschränkung der Rechte des Netzbetreibers durchsetzen,<sup>813</sup> wobei Schmidt-Preuß das Konfliktschlichtungsprogramm als „diskriminierungsfreien Netzzugang“ skizziert.<sup>814</sup>

#### *b) Drittschutz für Endnutzer*

Die „Interessen der Endnutzer“ werden vom § 21 Abs. 1 S. 1 TKG ausdrücklich benannt. Dennoch wird ein Drittschutz für die Endnutzer aus § 21 TKG abgelehnt.<sup>815</sup> Aufschluss über die Gründe hierfür geben die Beweggründe des Gesetzgebers. Die Endnutzerinteressen wurden wegen der Stellungnahme des Bundesrats hineingenommen, um der verbraucherschützenden Intention des Art. 12 Abs. 1 ZRL auch in der Umsetzung Rechnung zu tragen.<sup>816</sup> In der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe und in der Umsetzung durch § 21 TKG muss berücksichtigt werden, dass zentraler Anknüpfungspunkt ein Zugangsbegehren ist, welches Endkunden gerade nicht artikulieren, wenngleich sie mittelbar ein Interesse an weiteren Diensteanbietern auf dem Endkundenmarkt haben; berechtigt bleibt nur der von § 3 Nr. 32 TKG umrissene Personenkreis.<sup>817</sup> Das Endnutzerinteresse stellt sich insofern lediglich als ein in der Abwägung bei der Auferlegung der Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG zu berücksichtigender Aspekt dar. Attendorn sieht das Konfliktschlichtungsprogramm an den Endnutzerinteressen vorbeigehen.<sup>818</sup>

#### 7. § 22 TKG – Zugangsvereinbarung

§ 22 TKG ist die logische Fortsetzung des § 21 TKG und dient der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 lit. b) ZRL, hierin kommt der Vorrang von vertraglichen Zugangsverhandlungen gegenüber deren Anordnung zum Ausdruck.<sup>819</sup> Dabei fällt auf, dass das zentrale Tatbestandsmerkmal das Vorliegen einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG ist, so dass zu Recht von einer Akzessorietät des § 22 TKG gegenüber der Festlegung der Zugangsverpflichtung ausgegangen werden kann.<sup>820</sup> Indem § 22 TKG die Zugangsverpflichtung auf einer ersten Stufe konkretisiert, muss demnach auch kon-

---

<sup>813</sup> So Attendorn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (449); Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, S. 757.

<sup>814</sup> Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, S. 757.

<sup>815</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 344; Attendorn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (447); Paschke, 6. Abschnitt, § 21, Rn. 251.

<sup>816</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 111.

<sup>817</sup> Spoerr/Sellmann, *Netzwirtschaften und Recht* 2004, S. 98 (103).

<sup>818</sup> Attendorn, *Multimedia und Recht* 2008, S. 444 (447), Fn. 39.

<sup>819</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 22 TKG, Rn. 1.

<sup>820</sup> Ebenda.



sequenterweise hier der Drittschutzgehalt des § 21 TKG hineingelesen werden. In dem § 21 TKG nur die Zugangsverpflichtung, also das „ob“ regelt, aber zum „wie“ kaum bis keine Aussagen macht, muss die Durchsetzung des Zugangsanspruchs des Wettbewerbers einklagbar sein. Insofern stellt § 22 TKG zum einen die Fortsetzung des Drittschutzes des § 21 TKG dar.<sup>821</sup> Zugleich begründet § 22 TKG aber aus seiner eigenen Formulierung heraus ein subjektives öffentliches Recht. Auch hier werden wieder die „anderen Unternehmen“ genannt, denen bei Nachfrage innerhalb enger zeitlicher Grenzen ein Zugangsangebot abzugeben ist. Dem Interesse der Wettbewerber, möglichst schnell einen Zugang erhalten zu können, wird damit Rechnung getragen, so dass § 22 TKG sowohl als Fortsetzung von § 21 TKG als auch aus sich selbst heraus drittschützenden Charakter zukommt.

Insofern lässt sich auch für die Anwendung der Konfliktschlichtungsformel nicht viel Neues gegenüber § 21 TKG erörtern. Einzig das Konfliktschlichtungsprogramm modifiziert sich zu einem Anspruch auf schnellstmögliche Umsetzung der Zugangsverpflichtung unter Anerkennung der privatautonomen Verhandlung.

#### 8. § 23 TKG –Standardangebot

Die Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots nach § 23 TKG dient der Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 und 4 ZRL. Anknüpfungspunkte für einen Drittschutz sind die Verpflichtungen aus § 23 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 S. 1 TKG. In beiden Fällen fallen für die (potenziellen) Zugangspetenten die Transaktionskosten der Angebotsanforderung weg,<sup>822</sup> da sie sich den Zugang zu einem standardisierten Angebot durch den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht erlangen können. Hinzu kommt, dass die Nachfrage von Zugangsleistungen über den Hebel des § 3 Nr. 32 TKG wiederum eine Individualisierung bewirkt. Allerdings werden hier keine echten Interessen der Nachfrager geschützt, sondern nur reflexhaft berührt.<sup>823</sup> Es wird nicht geprüft, ob die Wettbewerber die betreffende Leistung auch begehren, sondern darauf abgestellt, ob diese Leistung von einer „allgemeine[n] Nachfrage“ gefordert wird. Ob und, wenn ja, wer genau diese Zugangsleistung abfordern wird, steht nicht fest, sondern unterliegt eher einer Prognose, jedenfalls im Fall des § 23 Abs. 1 S. 1 TKG. Komplizierter ist hingegen die Situation im Falle des Abs. 5 S. 1. Dort gibt es zumindest ein Unter-

---

<sup>821</sup> So Neitzel, § 22 TKG, Rn. 20.

<sup>822</sup> Thomaschki (2009), § 23 TKG, Rn. 16.

<sup>823</sup> Ebenda.

nehmen, das bereits konkret eine solche Zugangsleistung abgefordert hat. In beiden Fällen bleibt – im Gegensatz zur europarechtskonformen Auslegung des § 16 TKG hin zu einer Verhandlungspflicht mit den damit einhergehenden privatrechtlichen Haftungsvorschriften bei schuldhaften Verhalten in Vertragsverhandlungen – aber nur ein Verfahren zur Erstellung eines Angebots bestehen.<sup>824</sup> Das Angebot und die damit einhergehenden Vorteile stellen insofern bloße Rechtsreflexe,<sup>825</sup> nicht jedoch die Anerkennung der Interessen der Zugangspetenten dar. An diesem Defizit scheitert auch eine Klagebefugnis der Wettbewerber aus § 23 TKG gemäß der Konflikt-schlichtungsformel.

#### 9. § 24 TKG – Getrennte Rechnungsführung

§ 24 TKG dient der Umsetzung des Art. 11 ZRL. Eine Individualisierung findet dabei im § 24 Abs. 1 S. 3 TKG statt. Indem dort das Diskriminierungsverbot aufgestellt wird, kann auf die Bewertungen zu § 18 Abs. 2 TKG und § 19 zurückgegriffen werden.<sup>826</sup> Ein Diskriminierungsverbot richtet sich stets gegen eine Schlechterstellung bzw. -behandlung einer Gruppe gegenüber einer anderen. Die beispielhafte Nennung der Quersubventionen verdeutlicht, dass hier Benachteiligungen vom mit vertikal integrierten Unternehmen konkurrierenden Wettbewerber verhindert werden sollen. Insofern basiert der Drittschutzgehalt des § 24 TKG im Wesentlichen auf Gedanken, wie sie bereits im Rahmen des § 19 TKG und seiner Gleichbehandlungsgebote erörtert wurden.

#### 10. § 25 TKG – Zugangsanordnung

§ 25 TKG setzt Art. 5 Abs. 4 ZRL um. § 25 Abs. 1 S. 1 TKG greift ausdrücklich auf die Zugangsvereinbarungen aus §§ 18 und 22 TKG zurück. Insofern ist auf dort ausgeführte Individualisierungswertungen zurückzugreifen, im Falle des § 22 TKG ist noch auf § 21 TKG durchzugreifen. Was den Interessenschutz der Wettbewerber angeht, so ist auch hier im Wesentlichen auf Wertungen der vorhergehenden Paragraphen Bezug zu nehmen. Werden Zugangsleistungen nicht durch Vereinbarungen bereitgestellt, so ist – wenn und soweit für den Betreiber eine Zugangsgewährungspflicht besteht – diese durch die BNetzA anzuordnen. Damit setzt § 25 TKG das in den §§ 18 bzw. 21, 22 TKG bestehende tatbestandsmäßige Interesse der Zugangspe-

---

<sup>824</sup> So Neitzel, § 23 TKG, Rn. 40; Thomaschki (2009), § 23 TKG, Rn. 16.

<sup>825</sup> Neitzel, § 23 TKG, Rn. 40.

<sup>826</sup> BVerwG, Az.: 6 C 42.06, Urteil vom 28.11.2007, Rn. 17; Neitzel, § 24 TKG, Rn. 20.

tenten behördlich und vollständig um. Insofern ist hier ein subjektives öffentliches Recht unzweifelhaft anzunehmen, da hier ohne weitere Zwischenschritte ein individualisierbarer und konkreter Zugangsanspruch gegenständlich ist.<sup>827</sup> Auch eine Überprüfung des Drittschutzgehaltes von § 25 TKG anhand der Konfliktschlichtungsformel bringt gegenüber den Aussagen der §§ 18 bzw. 21, 22 TKG nur insofern eine Veränderung, als hier das Konfliktschlichtungsprogramm die ultimative Durchsetzung des Zugangsanspruchs unter Anerkennung der privatautonomen Verhandlung aus § 25 Abs. 2 TKG ist.

#### 11. § 26 TKG – Veröffentlichung

§ 26 TKG regelt Pflichten der BNetzA und ist daher nicht geeignet, einen Konflikt zwischen Privaten zu regeln.

#### 12. Zusammenfassende Betrachtung: TKG-Zugangsregulierung aus Drittschutzperspektive

Die Zuerkennung subjektiver öffentlicher Rechte der Wettbewerber in der Zugangsregulierung des TKG lässt sich nach zwei Fragestellungen differenzieren:

- Muss der regulierte Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes über beträchtliche Marktmacht verfügen?
- Resultiert der Drittschutz vorbehaltlos aus dem Gesetz?

Diese beiden über die Normen des zweiten Abschnitts aufgeworfenen Fragestellungen bringen folgendes Bild zu Tage. Der Drittschutz aus § 16 TKG wird vorbehaltlos und ohne das Erfordernis einer beträchtlichen Marktmacht gewährt. Im Falle des § 18 Abs. 1 S. 1 und 2 sowie Abs. 2 TKG wird tatbestandlich keine beträchtliche Marktmacht vorausgesetzt, aber erst die Ausübung des behördlichen (in diesem Fall) Ermessens löst die Verpflichtung bzw. die damit korrespondierende Verpflichtung aus § 18 TKG aus.

Zentraler Regelungskomplex des telekommunikationsrechtlichen Zugangsregimes sind aber die von einem Vorliegen beträchtlicher Marktmacht abhängige und in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellten §§ 19–24 TKG.<sup>828</sup> Hierdurch hat die Zugangsregulierung des TKG 2004 gegenüber der Konzeption des TKG 1996 eine

---

<sup>827</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 25 TKG, Rn. 67.

<sup>828</sup> Siehe hierzu Abschnitt E.I.2.f).

erhebliche Dynamisierung erfahren.<sup>829</sup> Nicht unmittelbar aus Gesetzesrecht, wie es noch pauschal die §§ 33ff. TKG 1996 oder § 16 TKG 2004 vorsahen bzw. vorsehen, wird die Regulierung der Vorleistungsmärkte ausgelöst. Die Zugangsregulierung ist dabei in der Logik der Marktregulierung des TKG die wichtigste Konsequenz aus dem Marktabgrenzungs- und -definitionsverfahren nach §§ 10f. TKG. Nur noch die Märkte bzw. Marktsegmente werden reguliert, in denen der wirksame Wettbewerb durch beträchtliche Marktmacht ausgeschlossen ist.

Jenseits der Fragen nach der beträchtlichen Marktmacht und des Auswählermessens der BNetzA kann der Befund, dass § 21 TKG die wichtigste Norm des telekommunikationsrechtlichen Zugangsregimes ist, nicht umgangen werden.<sup>830</sup> Aus Drittschutzperspektive sichert § 21 TKG alternativen Anbietern ein Recht darauf zu, dass diese auf die Netzinfrastruktur zugreifen dürfen. Damit erfüllt § 21 TKG zugleich das zentrale Rechtfertigungserfordernis für die Regulierung natürlicher Monopole. Nur durch so eine anspruchsmäßige Sicherung des Netzzugangs zu Gunsten der Wettbewerber kann auch das Ziel der Wettbewerbsetablierung überhaupt effektiv verfolgt werden. Die Wettbewerber und die ihnen durch § 21 TKG zugestandenen subjektiven Rechte sichern also die Wettbewerbsförderung „auf dem Rechtsweg“ ab.

Insofern gibt auch das Ermessen aus § 21 TKG wenig Anlass, den Zugangsanspruch als geschmälert anzusehen. Die BNetzA ist ebenfalls auf das Wettbewerbsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG verpflichtet. Dem kann aus der Logik des bottleneck-Netzes nur genügt werden, wenn Wettbewerber ohne weitere Hürden Zugang zum Netz bekämen. Zugleich dürfte in den schwer zu duplizierenden Bereichen des Vorleistungsmarktes der die Marktregulierung auslösende Befund der beträchtlichen Marktmacht noch eine Weile Bestand haben.<sup>831</sup>

### **III. Entgeltregulierung des TKG**

Schon das TKG 1996 enthielt eine sehr ausdifferenzierte Entgeltregulierung, die dem Wortlaut nach in weitgehendem Umfang in der Novellierung des Telekommu-

---

<sup>829</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 2.

<sup>830</sup> Piepenbrock/Attendorn, § 21 TKG, Rn. 19 sehen in § 21 TKG die Kernnorm des Zugangsregimes..

<sup>831</sup> Monopolkommission, Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, S. 12, 104.

nikationsrechts 2004 beibehalten wurde. Insofern besteht in der Literatur Einigkeit dahingehend, dass der historischen Perspektive einige Bedeutung zukommt.<sup>832</sup>

Gleichwohl hat das TKG 2004 auch für die Entgeltregulierung und hier für die Ausgestaltung des Drittschutzes einige substantielle Änderungen ergeben. Der erste Unterabschnitt der Entgeltregulierung enthält mit dem § 27 TKG die Zielsetzung, die das TKG 1996 nicht kannte und auf die Drittschutzperspektive wesentlichen Einfluss hat.<sup>833</sup>

#### 1. § 27 TKG – Ziel der Entgeltregulierung

Wie schon angedeutet, stellt § 27 TKG als Zielbestimmung der Entgeltregulierung ein Novum dar, das nicht ohne Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung des Drittschutzes in der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung ist. So sehen einige Stimmen in der Diskussion um den Drittschutzgehalt innerhalb der Entgeltregulierung des TKG im § 27 Abs. 1 TKG einen Paradigmenwechsel klar zu Gunsten eines umfassenden Drittschutzes.<sup>834</sup>

##### a) Wortlaut

Im Rahmen der Schutznormlehre werden mit der Nennung „von Endnutzern oder von Wettbewerbern“ die beiden Gruppen von der Allgemeinheit, also auch voneinander, abgegrenzt.<sup>835</sup> § 27 TKG stellt die Interessen dieser Gruppen gegenüber der missbräuchlichen Ausnutzung unter Schutz. Schließlich wird die gesamte Entgeltregulierung dieser Bewertung im Wege einer Zielsetzung unterworfen.

##### b) Genetische Auslegung

Hinsichtlich der Entstehung des § 27 Abs. 1 TKG weisen einige Autoren darauf hin, dass der Gesetzgeber die unter Geltung des TKG 1996 geführte Debatte um die Reichweite des Drittschutzes in der Entgeltregulierung dahingehend entschieden habe, dass die Entgeltregulierung insgesamt von einem umfassenden Drittschutz erfüllt sei.<sup>836</sup>

---

<sup>832</sup> So auch Berger/Rößner, 9. Abschnitt, 9. Abschnitt, Rn. 7.

<sup>833</sup> Schuster/Ruhle, § 27 TKG, Rn. 1; 15ff.

<sup>834</sup> Berger/Rößner, 9. Abschnitt, 9. Abschnitt, Rn. 9.

<sup>835</sup> Fetzer, § 28 TKG, Rn. 18; Rn. 26.; Schuster/Ruhle, § 27 TKG, Rn. 17f.

<sup>836</sup> Schuster/Ruhle, § 27 TKG, Rn. 16.

c) Teleologie

Aus dem Wortlaut ergibt sich ohne große Auslegungsschwierigkeiten der Zweck des § 27 Abs. 1 TKG. Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift so ausgestaltet, dass Wettbewerber und Endnutzer vor Missbrauch beträchtlicher Marktmacht geschützt werden sollen.

d) Systematische Ausstrahlung auf die TKG-Entgeltregulierung

Der Drittschutzgehalt des § 27 Abs. 1 TKG ist ohne große Schwierigkeiten festzustellen. Indem § 27 Abs. 1 TKG keine eigenständigen konkreten Anordnungen im Rahmen einer Entgeltregulierung trifft, aber gerade hier die Rechtsschutzbegehren relevant würden, stellt sich die Frage danach, ob und, wenn ja, inwiefern der Drittschutz des § 27 Abs. 1 TKG auf die konkreten Anordnungsnormen der Entgeltregulierung ausstrahlt.<sup>837</sup>

Eine eigenständige Begründung von subjektiven öffentlichen Rechten wird – auch in der telekommunikationsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur – nicht aus Zielsetzungen herausgelesen, die dann von den konkreten streitentscheidenden Normen inkorporiert werden.<sup>838</sup> Es geht also darum, ob § 27 Abs. 1 TKG mit den Normen der Entgeltregulierung dahingehend zusammenwirkt, dass diese im Zusammenspiel beider Normen eine drittschützende Wirkung erlangen können.

Das Verhältnis von Zielnormen zu den konkreten Aussagen ist dem TKG auf grundsätzlicherer Ebene durch die §§ 1f. TKG bekannt. Solche Zielbestimmungen legen Sinn und Zweck eines Gesetzes bzw. einen Abschnittes fest.<sup>839</sup> Methodisch bedeutet dies, dass § 27 Abs. 1 TKG bei der teleologischen Auslegung der Entgeltregulierungsvorschriften eingreift,<sup>840</sup> ohne diese damit schon vorgenommen zu haben.<sup>841</sup>

---

<sup>837</sup> Müller deutet an, dass § 27 Abs. 1 als bloße Zielbestimmung ohne Außenwirkung bleiben könne. Er verneint dies zwar, jedoch ohne es zu begründen, siehe hierzu: Müller, § 27 TKG, Rn. 5.

<sup>838</sup> So wohl auch Berger/Rößner, 9. Abschnitt, 9. Abschnitt, Rn. 10, die bloße Hinweise in der Zielsetzung sehen

<sup>839</sup> Schuster, § 1 TKG, Rn. 10.

<sup>840</sup> Schuster, § 2 TKG, Rn. 37.

<sup>841</sup> Ebenda.

e) Konfliktschlichtungsformel

Erstaunlich ist, dass § 27 Abs. 1 TKG bei der Betrachtung der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung durch die Konfliktschlichtungsformel § 27 Abs. 1 TKG bislang unbeachtet blieb.

Wird § 27 Abs. 1 TKG vom Prüfprogramm der Konfliktschlichtungsformel durchleuchtet, so fällt klar auf, dass hier die kehrseitig konfligierenden Interessen von Wettbewerber und Endnutzer einerseits klar anerkannt werden, ebenso wie das Interesse des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht an einem möglichst weiten Spielraum in der Preisgestaltung. Ob hier jedoch bereits eine konfliktschlichtende Ausgleichsordnung vorzufinden ist, darf bezweifelt werden. Richtig ist, dass eine Gewichtung dahingehend getroffen wird, dass ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht zu verhindern sei, jedoch wird diese Wertung nicht als Auflösung des Konflikts, sondern als Ziel der Entgeltregulierung gefasst. Es fehlt daher an dem Kompromisscharakter, der nach Schmidt-Preuß ein Konfliktschlichtungsprogramm kennzeichnet,<sup>842</sup> jedenfalls wenn man nur § 27 Abs. 1 TKG betrachtet.

Zu denken wäre hier daran, in § 27 Abs. 1 TKG eine legislatorische Leitlinie im Sinne einer legislatorischen Zielsetzung einzufügen, die auch den typischen Schutz menschlicher Rechtsgüter thematisierte.<sup>843</sup> Als eine solche Leitlinie könnte § 27 Abs. 1 TKG bei behutsamer Anwendung „eine klärende und bekräftigende Rolle im Rahmen der Drittschutzanalyse spielen“,<sup>844</sup> wobei dieser Leitlinie eben nur ein geringer subjektiv-rechtlicher Stellenwert zukäme.<sup>845</sup> Was nun die Klärungs- bzw. die Bekräftigungsfunktion von § 27 Abs. 1 TKG betrifft, so ist hier anzumerken, dass es – zwar nach allgemein gehaltenen Gesichtspunkten – für sich schon eine Ausgleichsordnung recht weitgehend vorstrukturiert. Der angemahnten Behutsamkeit stünde es bei lückenhaften bzw. nicht vollendeten Konfliktschlichtungsaussagen einer Norm nicht entgegen, diese im Wege der Klärungsfunktion mittels des § 27 Abs. 1 TKG zu schließen, es sei denn, es ergibt sich aus Sinn und Zweck der Norm etwas anderes.

---

<sup>842</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 248.

<sup>843</sup> Ders, S. 165f.

<sup>844</sup> Ders, S. 166.

<sup>845</sup> Ders, S. 167.

## 2. § 28 TKG – Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten

§ 28 stellt die Maßstäbe auf, an denen die konkreten Entgeltregulierungsentscheidungen zu messen sind.<sup>846</sup>

### a) § 28 Abs. 1 S. 1 TKG

#### aa) Wortlaut

Betrachtet man § 28 Abs. 1 TKG, so muss zunächst einmal zwischen dem ersten und zweiten Satz differenziert werden. Im § 28 Abs. 1 S. 1 TKG wird dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht untersagt „bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich“ zu verfahren. Bei oberflächlicher Betrachtung finden hier keine Nennung und damit keine Abgrenzung von Wettbewerbern sowie Endnutzern statt. Allerdings – so viel juristisches Vorverständnis darf erlaubt sein – deutet die Formulierung „Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ auf ein Austauschverhältnis mit einem anderen Rechtssubjekt hin.

Schließlich verspricht § 28 Abs. 1 S. 1 TKG nicht nur den Zugangspetenten bei der Entgeltbestimmung Schutz, sondern auch den Wettbewerbern auf dem Endkundenmarkt sowie den Endkunden selber. Dies geht aus der Formulierung „Anbieter von Telekommunikationsdiensten, der über beträchtliche Marktmacht verfügt“, hervor.

#### bb) Genetische Auslegung

§ 28 Abs. 1 S. 1 TKG fügt ein der Vorgängernorm des § 24 TKG 1996 unbekanntes allgemeines Verbot zum Missbrauch von beträchtlicher Marktmacht ein.<sup>847</sup> Dieses dürfe u.a. nicht diskriminierend sein. Wie bereits im Rahmen der Erörterung zum Drittschutz in der Zugangsregulierung erläutert, ist ein Diskriminierungsschutz stets als drittschützend zu erachten.

#### cc) Teleologie

Bleibt im Rahmen der grammatischen Auslegung noch eine Individualisierung der an dem herausgearbeiteten Austauschverhältnis Beteiligten unklar, so greift hier nun die Zielbestimmung des § 27 Abs. 1 TKG dahingehend ein, dass diese zu den von §

---

<sup>846</sup> Schuster/Ruhle, § 28 TKG, Rn. 1.

<sup>847</sup> BT-Drs. 15/2316, S. 67.



27 Abs. 1 TKG geschützten Wettbewerbern und Endnutzern konkretisiert wird. Dies gilt umso mehr, als § 28 Abs. 1 S. 1 TKG lediglich mit der Formulierung „Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ konkreter ausfällt als § 27 Abs. 1 TKG, so dass hier im Wege eines Erst-recht-Schlusses die beschriebene Individualisierung vorgenommen werden kann.

*dd) Konfliktschlichtungsformel*

Was die Anerkennung der sich im § 28 Abs. 1 S. 1 TKG gegenüberstehenden Interessen angeht, so ist hier auf das zur Auslegung gemäß der Schutznormlehre Gesagte zurückzugreifen. § 27 Abs. 1 TKG als Leitvorschrift der Entgeltregulierung gehört in das multipolar-normative Umfeld des § 28 Abs. 1 S. 1 TKG. Die bloße Andeutung der „Gegenseitige“ des marktmächtigen Unternehmens in der Formulierung des § 28 Abs. 1 S. 1 TKG („bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“) wird durch § 27 Abs. 1 TKG konkretisiert und verdeutlicht. Damit erkennt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG die Interessen von Wettbewerber und Endnutzer am Schutz vor Missbrauch mittels der Hilfestellung des § 27 Abs. 1 TKG an. Das Interesse des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht kommt in § 28 Abs. 1 S. 1 TKG selber zum Ausdruck. Die Gewichtung der Interessen fällt hierbei klar zu Gunsten des Schutzes vor Missbrauch durch das marktmächtige Unternehmen aus. Damit fordert § 28 Abs. 1 S. 1 TKG als Konfliktschlichtungsprogramm eine diskriminierungsfreie Entgeltgestaltung.<sup>848</sup>

*b) § 28 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2 TKG*

Die bisherige Bewertung des Drittschutzgehaltes des § 28 TKG setzt einen falschen Schwerpunkt, wenn maßgeblich an § 28 Abs. 1 S. 2 TKG sowie an § 28 Abs. 2 TKG angeknüpft wird.<sup>849</sup>

Richtig war es in der Vorgängernorm zu § 28 TKG, den § 24 TKG 1996, den Drittschutz maßgeblich an den Maßstäben des § 24 Abs. 2 TKG 1996 zu beurteilen. Diese Formulierung wurde nahezu identisch in § 28 Abs. 1 S. 2 TKG 2004 übernommen. Insofern kann zunächst verstanden werden, dass hier eine Kontinuität der gesetzlichen Bewertung auch in der Frage des Drittschutzes angenommen wurde.<sup>850</sup>

---

<sup>848</sup> Verstärkt wird diese Wertung durch § 28 Abs. 1 S. 2 2. HS TKG, indem eine sachliche Rechtfertigung anerkannt wird.

<sup>849</sup> So Fetzer, § 28 TKG, Rn. 18; Rn. 17; Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 127f.

<sup>850</sup> So wohl Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 127f.

Unberücksichtigt blieb hingegen, dass an der norminternen Mechanik wesentliche Veränderungen vorgenommen wurden. Der Gesetzgeber änderte die Eingangsformulierung dahingehend, dass nun ein Missbrauch „insbesondere“ dann gegeben sei, wenn einer der drei Varianten vorliege. Gesetzestechnisch handelt es sich hierbei um ein legislatorisches Beispiel.<sup>851</sup>

Beispiele haben dabei eine Indizwirkung,<sup>852</sup> das bedeutet konkret für § 28 TKG, dass durch § 28 Abs. 1 S. 2 TKG die abstrakte Anordnung des § 28 Abs. 1 S. 1 TKG etwas veranschaulicht wird. Im Allgemeinen werden beispielhafte Aufzählungen als nicht abschließende verstanden.<sup>853</sup> Das bedeutet, dass über die drei Fälle des § 28 Abs. 1 S. 2 TKG hinaus noch weitere drittschützende Fälle sich unmittelbar aus § 28 Abs. 1 S. 1 TKG ergeben können.<sup>854</sup>

Auch im Falle der gesetzlichen Vermutung des § 28 Abs. 2 TKG ergibt sich kein eigener oder auch nur zusätzlicher Drittschutzgehalt. Gesetzliche Vermutungen haben Fragen der Beweislastverteilung zum Gegenstand, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.<sup>855</sup>

### 3. § 29 TKG – Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

§ 29 TKG trifft einzig im § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG eine Aussage zu Wettbewerbern und Endnutzern; damit entfällt hier eine Bezugnahme auf § 27 Abs. 1 TKG, da § 29 TKG diese beiden Gruppen von sich aus individualisiert.

Allerdings scheidet ein Drittschutz an der mangelnden Interessenanerkennung, sowohl auf der Ebene der Schutznormlehre als auch der Konfliktschlichtungsformel. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG hat lediglich zum Zweck eine „sachgerechte Ausübung“ des Entgeltregulierungsrechts durch die BNetzA zu sichern. Die Auswirkungen auf die Wettbewerber und Endnutzer sind damit lediglich im Rahmen des Prüfprogramms der BNetzA zu berücksichtigen und stellen mithin keine eigenständige Rechtsposition dieser Gruppen dar.

---

<sup>851</sup> Schneider, Gesetzgebung, Rn.. Für die sehr ähnliche Formulierung des § 30 Abs. 1 S. 2 EnWG wird das ausdrücklich so bezeichnet, BT-DS 15/3917 S. 63; Robert, § 30 EnWG, Rn. 13/15ff.

<sup>852</sup> Schneider, Gesetzgebung, Rn. 363.

<sup>853</sup> Schneider, Gesetzgebung, Rn. 362.

<sup>854</sup> So auch Müller, § 28 TKG, Rn. 9.

<sup>855</sup> Schneider, Gesetzgebung, Rn. 364ff.

#### 4. § 30 TKG – Entgeltregulierung

Im Falle des § 30 TKG rückt das Zusammenspiel von Zugangs- und Entgeltregulierung erneut in den Vordergrund. Aus den Formulierungen des § 30 TKG ist unmittelbar keine Entscheidung für den Schutz von Wettbewerbern zu erkennen.

Wegen der Privatrechtsbezogenheit einer Entgeltgenehmigung werden im Grundsatz subjektive öffentliche Rechte, zumindest die Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 TKG berührt;<sup>856</sup> dies mag ausreichen, um im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Zulässigkeitsprüfung eine Klagebefugnis i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO nachzuweisen. Insofern gehen die Aussagen, dass § 30 TKG keinen Drittschutzgehalt erkennen lasse, fehl.<sup>857</sup>

Jenseits dieser Grundsatzüberlegung ist festzuhalten, dass § 30 Abs. 1 S. 1 TKG sowie § 30 Abs. 4 S. 1 TKG ausdrücklich Bezug auf § 21 bzw. § 18 TKG nehmen. Die Frage, die sich hier stellt, ist, ob sich § 30 TKG hier als Fortsetzung besagter Zugangsregulierungsvorschriften im Entgeltregulierungskontext bewerten lässt.

§ 30 Abs. 1 S. 1 TKG nimmt die nach § 21 TKG auferlegten Zugangsmaßnahmen als Tatbestandsvoraussetzung auf und knüpft für die dazugehörigen Entgelte die Genehmigungsbefähigung durch die BNetzA daran. Die drittschützende Wirkung des § 21 TKG auf Zugang würde im Nachhinein unterlaufen, wenn der marktmächtige Netzinhaber die Möglichkeit hätte, den Zugang über die Entgeltgestaltung unmöglich zu machen. Insofern muss § 30 Abs. 1 S. 1 TKG nicht nur durch den Verweis auf § 21 TKG, sondern auch aus einem notwendigen Korrespondenzverhältnis dieser beiden Normen ein Drittschutzgehalt zukommen. Dies lässt sich mit der Wettbewerbsetablierungsfunktion der Marktregulierung erklären. Versuche in Rechtsprechung<sup>858</sup> und Literatur,<sup>859</sup> die Wettbewerbsförderung als objektives Gemeininteresse darzustellen, ist nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>860</sup> und dem zur Wettbewerbernützlichkeits Ausgeführten nicht länger haltbar. Dies gilt umso mehr, als in der Zugangsregulierung und in der Zugangsentgeltregulierung nur schwerlich verschiedene Verständnisse vom Individualschutz des Wettbewerbs nicht nur neben,

---

<sup>856</sup> Vgl. Abschnitt D.I.2.

<sup>857</sup> Dies liegt maßgeblich daran, dass die Privatrechtsbezogenheit der Entgeltgenehmigung offenkundig nicht berücksichtigt wird, so von Fetzer, § 30 TKG, Rn. 65; Scheurle, § 30 TKG, Rn. 113.

<sup>858</sup> Anstelle vieler: BVerwG NVwZ 2003, 605 (607).

<sup>859</sup> Fetzer, § 30 TKG, Rn. 65.

<sup>860</sup> BVerwG MMR 2003, S. 241 (247).

sondern sogar gegeneinander existieren können. Sehr ähnlich muss im Fall des § 30 Abs. 4 S. 1 TKG argumentiert werden.

Ebenso ist die Aussage abzulehnen, dass § 27 TKG i.R.v. § 30 TKG keinen Drittschutz begründen könne.<sup>861</sup> Vor dem Hintergrund des eben Gesagten verdeutlicht § 27 Abs. 1 TKG jedenfalls im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverpflichtung des § 30 Abs. 1 S. 1 TKG noch einmal die Schutzbedürftigkeit vor Missbrauch in der Entgeltgestaltung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

#### 5. § 31 TKG – Entgeltgenehmigung

Ob § 31 TKG drittschützend ist, hängt maßgeblich davon ab, ob der diesen Paragraphen prägende Grundsatz von der effizienten Leistungsbereitstellung ein subjektives öffentliches Recht enthält. Insbesondere das Effizienzkriterium muss hier sorgfältig untersucht werden. Das Effizienzkriterium spielt im Rahmen der wettbewerbs-simulierenden Funktion der Marktregulierung eine Rolle, da angenommen wird, dass jedes am Markt tätige Unternehmen seine Produkte effizient erbringt.<sup>862</sup> Damit knüpft das Effizienzkriterium also an die Anbieterperspektive an, weswegen ein Drittschutz der Nachfrager nicht intendiert sein kann.<sup>863</sup>

Allerdings darf nicht vergessen werden, dass auch § 31 TKG unter dem individualschützenden Vorbehalt des § 27 Abs. 1 gestellt ist. Auch wenn § 31 TKG aus seinem Wortlaut und auch aus seinen Bezügen zu den nachfolgenden Kalkulationsvorschriften wenig Anlass für einen Drittschutz erkennen lässt, kann sich im konkreten Fall dennoch ein Individualschutz im Lichte von § 27 Abs. 1 TKG als notwendig erweisen.

#### 6. Unterabschnitt 2 – Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

Die §§ 32 – 38 TKG haben, selbst im Lichte des § 27 Abs. 1 TKG, da im Wesentlichen Verfahrensvorschriften, nur einen geringen Drittschutzgehalt.<sup>864</sup>

---

<sup>861</sup> So Fetzer, § 30 TKG, Rn. 65.

<sup>862</sup> So Müller, § 31 TKG, Rn. 12.

<sup>863</sup> Der Versuch, einen Drittschutz nur für Fälle des nach § 25 TKG angeordneten Zugangs zu konstruieren, wie es Hölscher/Lünenburger, § 30 TKG, § 30 TKG, Rn. 113 behaupten, geht insofern fehl, als der Kreis der (potenziellen) Wettbewerber im Rahmen der Zugangsregulierung eigentlich als ausreichend individualisiert betrachtet wird, vgl. Abschnitt D. II.

<sup>864</sup> Schuster/Ruhle, § 27 TKG, Rn. 18. Auch bzgl. § 35 Abs. 3 TKG ist hier nichts anderes anzunehmen; es leitet sich hier keine gegenüber §§ 30 und 31 TKG besondere privatrechtsbezogene Wirkung ab, wie dies von Mayen/Lünenburger, § 36 TKG, Rn. 114 behauptet wird.

## 7. § 39 – Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen

Einzig in der Norm des § 39 TKG wird sich der Preisgestaltung auf den Endkundenmärkten gewidmet. Hierbei ist zwischen der Ex-ante-Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 1 TKG und der Ex-post-Entgeltregulierung nach § 39 Abs. 3 TKG zu unterscheiden.

### a) Wortlaut

Dabei ist innerhalb des § 39 TKG noch einmal zu unterscheiden zwischen solchen Anordnungen, die sich alleine aus § 39 TKG ergeben, und solchen, die aus der Zugangsentgeltregulierung mit hineingenommen werden.<sup>865</sup> Gleichmaßen für beide Arten von Maßnahmen im Rahmen des § 39 TKG gilt § 28 TKG als Maßstab, der aber im Falle der einbezogenen Wertungen der Zugangsentgeltregulierung um § 31 TKG ergänzt wird.<sup>866</sup> Hierbei sind vor allem die vorläufige Untersagung nach § 39 Abs. 3 S. 3 TKG sowie die Forderungsuntersagung nach § 39 Abs. 4 S. 3 TKG zu nennen.<sup>867</sup>

Geht es um die genuin aus § 39 TKG entspringenden Anordnungen, so muss der konkrete Wortlaut genauer untersucht werden. § 39 Abs. 1 S. 1 TKG benennt mit den „Telekommunikationsdienste[n] für Endnutzer“ eine abgegrenzte Gruppe.<sup>868</sup> Umstrittener ist hingegen, ob § 39 Abs. 1 S. 1 TKG auch einen Interessenschutz der Endnutzer vornimmt. Vielfach wird hierbei vorgebracht, dass § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG keine individualisierende Wirkung habe.<sup>869</sup>

### b) Systematisch

Dieser grammatikalischen Auslegung des § 39 TKG steht die systematische entgegen. Hierbei lassen sich die zur Frage der Zugangsregulierung herausgearbeiteten Erkenntnisse betreffend die Wettbewerbernützlichkeitsauswirkungen aus folgenden Erwägungen auf dem Endkundenmarkt nicht ohne weiteres übertragen. Der Endkundenmarkt findet nicht mehr auf der Wertschöpfungsstufe statt, die durch die die Regulierungsnotwendigkeit auslösende bottleneck-Situation geprägt ist. Daher ist hier fraglich, ob hier eine intensive Wettbewerbsetablierung notwendig wäre<sup>870</sup> und ob es sich hier

---

<sup>865</sup> So auch Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 125f.

<sup>866</sup> Jedenfalls wegen § 31 TKG auch Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 126.

<sup>867</sup> Systematisierung nach Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 130.

<sup>868</sup> Soweit auch Kühling/Neumann, § 39 TKG, Rn. 130.

<sup>869</sup> Fetzer, § 30 TKG, Rn. 65; Scheurle, § 39 TKG, Rn. 61.

<sup>870</sup> Vgl. Abschnitt B.IV.3.b.cc).

nicht um eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Positionen auf freie Marktbetätigung der Wettbewerber wäre.

Weiterhin lässt sich die Wettbewerbernützlichkeits mit ihrer Herleitung nicht auf die Endnutzer übertragen. Die Endnutzer stehen in keinem Wettbewerb mit dem marktmächtigen Unternehmen, zumindest nicht auf derselben Marktseite. Auch kann nicht – wie beim Wettbewerber – die Schutzdimension der Wettbewerbsförderung dadurch begründet werden, dass ohne diese kein Wettbewerb möglich wäre. Vielmehr würde es ohne Endnutzer ja am für einen Markt konstitutiven Element der Nachfrage von Telekommunikationsdiensten fehlen. Gleichwohl kann ein Markt sehr wohl ohne Wettbewerb existieren, wie der Gesamtzusammenhang der Marktregulierung aufzeigt, so dass hier Endnutzer wohl als Marktseite ein notwendiges, jedoch kein hinreichendes Kriterium für den Wettbewerb sind.

Soweit jedenfalls eine grundsätzliche Erwägung auf der Basis wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse und Bewertungen. Dem folgt aber das TKG nicht. Ausdrücklich anerkennt § 39 Abs. 1 S. 1 a. E. TKG, dass auch auf den Endkundenmärkten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht existieren können, die auch hier als unmittelbare Konsequenz der bottleneck-Situation im Netzzugangssektor einer Ex-ante-Regulierung bedarf, wodurch sich die Erwägungen zur Wettbewerbernützlichkeits behutsam auch auf die Endnutzerentgeltregulierung übertragen lässt.<sup>871</sup> Dabei können sich aber die Interessen von Endnutzern und Wettbewerbern hier gegenüberstehen, da die einen z.B. ein (kurzfristiges) Interesse an (zu) niedrig angesetzten Preisgestaltungen haben können, während die Wettbewerber darin in ihrer Position in Frage gestellt würden. Für diesen Konfliktfall dient § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG dahingehend als Auslegungshilfe, dass das Interesse der Endnutzer an niedrigen Kampfpreisen eben nur ein kurzfristiges ist und das Interesse an der „Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte“ hierbei stärker ist. Indem § 39 Abs. 3 S. 2 TKG ausdrücklich auf § 39 Abs. 1 S. 1 TKG Bezug nimmt, kann das Gesagte auch auf die Ex-post-Regulierung übertragen werden. Wegen der Nachträglichkeit sind hierbei die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit weniger hoch.<sup>872</sup>

---

<sup>871</sup> Dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit wird überdies dadurch genügt, dass § 39 Abs. 1 S. 2 TKG der BNetzA sich darauf beschränkt, solche Märkte zu regulieren, die auf denen in absehbarer Zeit nicht mit einem nachhaltigen Wettbewerb zu rechnen ist.

<sup>872</sup> Vgl. Abschnitt B.IV.

c) Teleologie

Auch im Rahmen der Endnutzerentgeltregulierung beansprucht § 27 Abs. 1 S. 1 TKG seine Wirkung. Insofern muss sowohl für die Ex-ante- als auch für die Ex-post-Regulierung klar herausgestrichen werden, dass § 27 Abs. 1 S. 1 TKG für § 39 TKG eine individualisierende Wirkung für Wettbewerber und Endnutzer entfaltet.

d) Konfliktschlichtungsformel

Trotz anderslautender Einschätzungen<sup>873</sup> ist auch im Lichte der Konfliktschlichtungsformel im § 39 TKG ein Drittschutzgehalt zu sehen. Hierbei wirken – wie bereits bei der klassischen Auslegung – die Leitvorschriften der §§ 2 Abs. 2 Nr. 2 sowie 27 Abs. 1 S. 1 TKG dahingehend, dass hinsichtlich des Interesses des markt-mächtigen Unternehmens gegenüber dem beständigen Interesse der Wettbewerber vor Missbrauch der Endkundenentgeltgestaltung sowie dem mittel- und langfristigen Interesse der Endkunden hieran zu Gunsten letzterer Gruppen entschieden wird und damit insgesamt dem Konfliktschlichtungsprogramm der missbrauchsfreien Preisgestaltung auf dem Endkundenmarkt unterstellt wird.

8. Zusammenfassende Betrachtung: TKG-Entgeltregulierung aus der Drittschutzperspektive

Die Entgeltregulierung hebt sich bezogen auf die Ausgestaltung des Drittschutzes in mehrfacher Hinsicht von anderen mit Marktregulierungsfragen befassten Normen ab.

So enthält kein anderer untersuchter Normenkomplex eine eigene „Zwischen“-Zielsetzung, wie es § 27 für die telekommunikationsrechtliche Entgeltregulierung leistet. Diese Norm verpflichtet die gesamte Entgeltregulierung, eine nachteilige Behandlung von „Endnutzern oder von Wettbewerbern“ zu verhindern, und prägt damit das gesamte Entgeltregulierungsregime auf den Schutz dieser Gruppen.<sup>874</sup> Flankiert wird diese „Zwischen“-Zielbestimmung vom generalklauselartigen<sup>875</sup> allgemeinen Missbrauchsverbot aus § 28 Abs. 1 S. 1 TKG der beträchtlichen Marktmacht bei der Entgeltbestimmung, sowohl bezüglich des Zugangsentgeltes als auch der Preisgestaltung auf dem Endkundenmarkt.

---

<sup>873</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 766.

<sup>874</sup> So wohl im Ergebnis auch Holznapel, Multimedia und Recht 2003, S. 513 (516f.).

<sup>875</sup> So auch Müller, § 28 TKG, Rn. 10.

Gerade die Regulierung der Zugangsentgelte stellt sich als Fortsetzung und Absicherung der Zugangsregulierung dar. Mittels des ausdrücklichen Bezugs auf § 21 in der leitenden Vorschrift der Zugangsentgeltregulierung § 30 TKG wird deutlich, dass trotz systematischer Trennung für die Regulierungspraxis nach TKG Zugangs- und Entgeltregulierung einen engen inneren Zusammenhang aufweisen. Die Normaussagen im zweiten Unterabschnitt „Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen“ müssen auch dahingehend gesehen werden, dass es sich hierbei um eine notwendige Ergänzung und Komplettierung der mit der TKG-Novellierung neu gestalteten Zugangsregulierung handelt. Für die Drittschutzfrage stellt sich also hier die Frage: Welchen Sinn machen subjektive öffentliche Rechte im Zugangsregulierungsregime, wenn diese auf der Ebene der Entgeltregulierung für Zugangsleistungen ausgehöhlt werden können?

Die zweite Besonderheit der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung liegt darin begründet, dass einzig hier die prinzipielle Schutzbedürftigkeit der Endkunden anerkannt wird.<sup>876</sup> Aber auch die Anerkennung der subjektiven öffentlichen Rechte der Endkunden bedarf des Rückgriffs auf die eindeutige Zielbestimmung des § 27 Abs. 1 TKG. Allerdings wird mittlerweile das allgemeine Kartellrecht als ausreichendes Marktaufsichtsinstrumentarium für den Endkundenmarkt angesehen.<sup>877</sup>

Somit wird die Entgeltregulierung vermittels des § 27 Abs. 1 TKG insgesamt auf einen Individualschutz verpflichtet, der sich prinzipiell in jeder Norm manifestieren kann, wenn auch nur wenige Vorschriften bei Betrachtung ihres Wortlauts bereits eine individualschützende Tendenz erkennen lassen.

#### **IV. Besondere Missbrauchsaufsicht**

Schließlich wird die Marktregulierung noch ergänzt durch eine Missbrauchsaufsicht im fünften Abschnitt (§§ 42f. TKG). Diese ist wegen der Anordnung des § 2 Abs. 3 TKG parallel zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht des GWB anwendbar.

---

<sup>876</sup> Vgl. zur Schutzbedürftigkeit der Endkunden Abschnitt D.III.

<sup>877</sup> So etwa Monopolkommission, Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, S. 12, 104.



## 1. § 42 TKG – Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

Ergänzend zu den Missbrauchsverboten aus Zugangs- und Entgeltregulierung legt § 42 TKG fest, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Stellung nicht missbräuchlich verwenden darf.

### a) Wortlaut

Am Wortlaut verhaftet ist die Bewertung des Drittschutzes nach § 42 TKG komplizierter, als von Rechtsprechung und Literatur angenommen. Diese lesen die für die Schutznormlehre notwendige Individualisierung aus dem Beispiel des § 42 Abs. 1 S. 2 TKG heraus.<sup>878</sup> Aus zu § 28 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 TKG Gesagtem geht jedoch hervor, dass Beispiele und gesetzliche Vermutungen eine verdeutlichende Wirkung für eine eigenständige Normaussage haben, also im Falle des § 42 TKG untersucht werden muss, ob und inwieweit sich aus § 42 Abs. 1 S. 1 TKG eine Individualisierung ergibt. Dem Wortlaut nach ist das nicht der Fall, es lässt sich kein Hinweis auf einen Wettbewerber oder Endnutzer erkennen.

### b) Historie

§ 42 TKG knüpft an § 33 TKG 1996 an.<sup>879</sup> § 33 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 legte unter Nennung der Wettbewerber fest, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zu den dort genannten Infrastrukturen und Leistungen gewährt werden musste.<sup>880</sup> Diese ausdrückliche Nennung der Wettbewerber ging im Rahmen der Novellierung des TK-Rechts 2004 verloren. Hintergrund ist, dass das systematische Verhältnis von Zugangs-, Entgeltregulierung sowie der besonderen Missbrauchsaufsicht neu zugeschnitten wurde. Der Zugangsanspruch wurde in die §§ 16–26 TKG hineingegeben,<sup>881</sup> so dass hier eher § 19 TKG als § 42 TKG als Nachfolger des Wettbewerberschutzes anzusehen ist.

---

<sup>878</sup> So BVerwG 6 C 21.06 vom 18.04.2007, Rn. 10; Gersdorf, § 42 TKG, Rn. 18; Schütz, § 42 TKG, Rn. 30.

<sup>879</sup> Als deutlicher Hinweis insofern BT-Ds. 15/2316, S. 71.

<sup>880</sup> Die Auffassung von Schütz, § 42 TKG, Rn. 1, geht insofern fehl, als er eine Zweistufigkeit konstatiert, indem er den Vermutungstatbestand des § 33 Abs. 2 S. 3 TKG 1996 als Voraussetzungen eines hoheitlichen Handelns der Regulierungsbehörde ansieht.

<sup>881</sup> Neitzel, § 42 TKG, Rn. 4.

c) Systematik

Systematisch ist zu unterscheiden, welchen Einfluss sowohl die normexterne als auch die norminterne Systematik auf den Drittschutzgehalt des § 42 TKG haben.

Normextern wird in der Literatur und Rechtsprechung betont, dass § 42 TKG sich an das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 GWB anlehnt.<sup>882</sup> Dieses allgemeine Missbrauchsverbot hat zum Zweck „eine Ausnutzung der vom Wettbewerb nicht kontrollierten Handlungsspielräume zulasten Dritter zu unterbinden“.<sup>883</sup> Auch § 19 Abs. 1 GWB erwähnt andere Unternehmen ebenfalls nicht. Daher stellt sich hier also die Frage, ob angenommen werden kann, dass ein Missbrauchsverbot stets andere Marktteilnehmer, seien es Wettbewerber oder Endnutzer, denklologisch voraussetzt, also die bloße Statuierung eines Missbrauchsverbot eine individualisierende Wirkung habe. Ein dahingehender Umkehrschluss, dass die beträchtliche Marktmacht nicht missbräuchlich verwendet werden dürfe, reicht nicht aus, um eine Individualisierung zu begründen. Es ist kein zwingender Schluss, dass ein Missbrauch der Marktmacht mit einem Nachteil der anderen Marktteilnehmer einhergeht. Hier ist vielmehr auch auf die gesamtwirtschaftliche Situation zu verweisen, die sehr wohl von einem Missbrauch erfasst sein kann.<sup>884</sup>

Normintern stellt sich die Frage, ob die Nennung der anderen Unternehmen im Beispiel des § 41 Abs. 1 S. 2 TKG sich auf den Grundtatbestand des § 42 Abs. 1 S. 1 TKG rückkoppeln lässt. Wegen des bloß indizierenden Charakters von Beispielen<sup>885</sup> ist es nicht möglich, dass Aussagen, die im Grundtatbestand nicht einmal angedeutet werden, durch ein Beispiel begründet werden. Das Verhältnis von Grundtatbestand und Beispiel ist, dass das Beispiel einen konkrete(re)n Anhaltspunkt gibt, wann die abstrakten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, es begründet aber keine Tatbestandsmerkmale.

---

<sup>882</sup> BT-Ds. 15/2316, S. 71; Neitzel, § 42 TKG, Rn. 4; Schütz, § 42 TKG, Rn. 1. Der von Neitzel, § 42 TKG, Rn. 4 gezogene Vergleich mit § 31 PostG geht insofern fehl, als hier mit „Nachfragern“ ausdrücklich ein geschützter Personenkreis benannt wird.

<sup>883</sup> So Möschel, § 19 GWB, Rn. 9.

<sup>884</sup> Möschel, § 19 GWB, Rn. 9.

<sup>885</sup> Schneider, Gesetzgebung, Rn. 363, vgl. Abschnitt E.III.2.b).

d) Konfliktschlichtungsformel

Auch gemäß der Konfliktschlichtungsformel ist § 42 Abs. 1 S. 1 TKG nicht drittschützend, da mangels Anerkennung der Interessen der Wettbewerber und/oder Endkunden ein zentrales Element eines Konfliktschlichtungsprogramms fehlt.

e) Beispiel- und Vermutungstatbestand, § 42 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 TKG

Dass es sich bei § 42 Abs. 1 S. 2 TKG um ein Beispiel handelt, wird durch die Formulierung „insbesondere“ deutlich.<sup>886</sup> Im Wesentlichen zeichnet § 42 Abs. 1 S. 2 TKG die abstraktere Formulierung des § 42 Abs. 1 S. 1 TKG nach und konkretisiert sie, ergänzt diese darüber hinaus um das Merkmal anderer Unternehmen. Damit findet sich in § 42 Abs. 1 S. 2 TKG jene Individualisierung der wettbewerbenden Unternehmen, die in § 42 Abs. 1 S.1 TKG vollständig fehlt. Ebenso nimmt die gesetzliche Vermutung des § 42 Abs. 2 TKG dies vor.

§ 42 TKG insgesamt hat ob der Sicherung der Wettbewerbsstrukturen eine drittschützende Wirkung;<sup>887</sup> dies korrespondiert mit dem bisher zum subjektivrechtlichen Element des Wettbewerbs Ausgeführten.<sup>888</sup> Vor diesem Hintergrund wird aber deutlich, dass § 42 TKG in seinen einzelnen Tatbeständen nur dann eine drittschützende Wirkung haben kann, wenn und soweit die Individualisierung von dem konkreten Tatbestand vorgenommen wird. Insofern gibt es nur einen Drittschutz für Fälle des Behinderungs- und Beeinträchtigungsmisbrauchs nach § 42 Abs. 1 S. 2 TKG sowie in vergleichbaren Fällen beim Diskriminierungsmisbrauch nach § 42 Abs. 2 TKG und – wegen der Inkorporation der Individualisierung aus § 22 TKG – im Fall des Verzögerungsmisbrauchs nach § 42 Abs. 3.<sup>889</sup>

Daher kommt § 42 TKG nur dann eine drittschützende Wirkung zu, wenn und soweit die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 S. 2, des Abs. 2 oder des Abs. 3 TKG erfüllt sind. Aufgrund der inhaltlichen Weite des Beispieltatbestands des § 42 Abs. 1 S. 2 TKG dürften die praktischen Konsequenzen für Rechtsschutzsuchende gering sein.

---

<sup>886</sup> Im Ergebnis so auch Schütz, § 42 TKG, Rn. 1.

<sup>887</sup> So BVerwG 6 C 21.06 vom 18.04.2007; Ellinghaus, § 42 TKG, § 42 TKG, Rn.43; Neitzel, § 42 TKG, Rn. 3; Schütz, § 42 TKG, Rn. 156.

<sup>888</sup> Vgl. Abschnitt E.II.6.a)aa)(4).

<sup>889</sup> Terminologie nach Schütz, § 42 TKG, Rn. 1, 38, 89, 122.

## 2. § 43 TKG – Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde

Indem § 43 TKG als Sanktionsmechanismus die Möglichkeit einräumt, den aus einem schuldhaften Verstoß gegen telekommunikationsrechtliche Anordnungen entstehenden wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen, werden keine subjektiven öffentlichen Rechte der Wettbewerber oder Endnutzer begründet.

## **V. Zusammenfassende Betrachtung**

Der zweite Teil des TKG stellt ein sehr ausdifferenziertes Regulierungsregime auf, dessen Breite und Tiefgang sich in der Gewährung subjektiver öffentlicher Rechte niederschlägt.

Von vereinzelt Normaussagen abgesehen ist die im Marktabgrenzungs- und -analyseverfahren ermittelte „beträchtliche Marktmacht“ das Tatbestandsmerkmal der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung. Der wettbewerbsrechtlichen Tradition folgend, nur negativ die Störungen – hier des wirksamen – Wettbewerbs zu definieren, hat die Regulierungsinstanz BNetzA einen großen Spielraum.<sup>890</sup> Wenn § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO davon spricht, dass eine materielle Entscheidung im gerichtlichen Rechtsschutz „Soweit [...] in seinen Rechten verletzt ist, [...]“ nimmt die BNetzA somit bei der Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände im Rahmen der Marktabgrenzung und -definition eine Vorsteuerung für die Reichweite des Drittschutzes von Wettbewerbern und Endkunden vor.

Vermittels der Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 S.1 TKG wird das Ergebnis nun mit den Regulierungsinstrumenten der marktmachtakzessorischen Zugangs- und Entgeltregulierung verknüpft. Diese konkreten Maßnahmen sind als Ermessensnormen ausgestaltet, so dass der Behörde in einer zweiten Hinsicht ein Spielraum zukommt, der die subjektive Berechtigung von Wettbewerbern und Endkunden ausgestaltet. Zu voreilig wäre es aber, wegen dieses doppelten, für die Drittschutzintensität bedeutsamen Spielraums den Schluss zu ziehen, dass damit genuine von der BNetzA mittels der Regulierungsverfügung begründete subjektive öffentliche Rechte einhergehen.<sup>891</sup> § 13 Abs. 5 TKG fasst mit der Regulierungsverfügung das Ergebnis des Marktregulierungsverfahrens nach §§ 10f. TKG und die konkreten Regulie-

---

<sup>890</sup> Vgl. dazu Abschnitt E.I.2.

<sup>891</sup> So Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 384.

rungsanordnungen als einheitlichen Verwaltungsakt zusammen, gegen den auch nur in Gänze der Rechtsschutz geltend gemacht werden kann.

Gleichwohl kann und muss beim Zustandekommen der Regulierungsverfügung differenziert werden. Die §§ 10f. TKG regeln – bei allen Spielräumen – ein Verfahren, das in eine Feststellung beträchtlicher Marktmacht einmündet. Die Normen des Marktregulierungsverfahrens und die der Zugangs- bzw. Entgeltregulierung greifen hierbei als Tatbestands- und Rechtsfolgennormen ineinander.<sup>892</sup> Beides fließt in der Regulierungsverfügung zusammen und soll der inneren Balance und der konsistenten Marktregulierung wegen als kompakte Einheit verstanden werden.

Die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung ist von zwei Momenten geprägt: zum einen der Berücksichtigung der beträchtlichen Marktmacht in der asymmetrischen Regulierung, zum anderen der des dynamischen Marktregulierungsverfahrens. Diese systemprägenden Aspekte schlagen unmittelbar auf das Drittschutzniveau in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung durch.

Die beträchtliche Marktmacht rechtfertigt in besonderer Weise eine Regulierung, die zugunsten von Wettbewerbern und Endkunden wirkt. Marktmacht ist allgemein im Wettbewerbsrecht ein Moment, das ein staatliches Eingreifen nicht nur rechtfertigt, sondern auch erforderlich macht.<sup>893</sup> Aus der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 S. 1 TKG geht hervor, dass beträchtliche Marktmacht einen wirksamen Wettbewerb hindert, also auch eine Wettbewerbs-etablierung und damit auch die drittschützende Dimension des Wettbewerbsbegriffes angesprochen ist.<sup>894</sup>

Zugleich ist aber auch das dynamische Marktregulierungsverfahren nach den §§ 9–15 TKG eine Rechtfertigung für das hohe Regulierungs- und Drittschutzniveau. Wengleich der Behörde ein relativ weiter Spielraum auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene zukommt, so wird hier doch eine passgenaue Regulierung implementiert. Keine pauschalen Typisierungen wie noch das TKG 1996 lösen die Regulierung aus, sondern eine fachlich versierte Tatbestandsermittlung mit einem Ermessen in der Wahl der Regulierungsinstrumente schafft eine genauere Grundlage als ein bloßer Gesetzesvollzug. Hieraus rechtfertigen sich auch die relativen weiten Spiel-

---

<sup>892</sup> Schwacke, Juristische Methodik, S. 25.

<sup>893</sup> Lübbert., Rn. 1; Möschel, Anhang I - § 21 GWB, Rn. 48 stellt fest, dass „Marktmacht“ als Synonym zum Marktbeherrschungsbegriff des Art. 82 EGV angesehen werden muss.

<sup>894</sup> Vgl. Abschnitt D.I.4.

räume der BNetzA als Regulierungsinstanz. Indem die BNetzA eine sehr viel präzisere Einschätzung dessen leisten kann, was an Marktentwicklung(-sgrad) vorliegt und wie korrigierend eingegriffen werden muss, dürfen dem Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht so weitreichende Vorgaben gemacht werden. Auch aus dieser Präzision rechtfertigt sich die nicht nur durchgängige, sondern auch intensive Abwägung des Konflikts zwischen Netzbetreiber und Wettbewerber und – einzig im TKG – dem Endnutzer zu Gunsten Letzterer. Es verwundert daher nicht, dass die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung als Referenzgebiet für alle Regulierungssektoren herangezogen wird.<sup>895</sup>

Auch in der Regulierung der beträchtlichen Marktmacht nach TKG lässt sich insofern nach den verschiedenen Regulierungsebenen „Ob“ und „Wie“ bzw. „Wie teuer“ unterscheiden.<sup>896</sup> § 21 TKG sichert dabei die Zielbestimmung der Wettbewerbsförderung durch ein subjektiven öffentlich rechtlichen Zugangsanspruch ab, wengleich die Anordnung in das Ermessen der BNetzA gestellt ist. Damit ist das „Ob“ im Sinne eines Drittschutzes von Wettbewerbern entschieden. Das „Wie“ bzw. „Wie teuer“ wird nun durch die „Zwischen“-Zielbestimmung des § 27 Abs. 1 TKG insgesamt der Vorgabe unterworfen, dass Wettbewerber und Endnutzer vor einem wettbewerbsfeindlichen Einsatz der Marktmacht zu schützen sind; eine besondere Rolle spielt § 30 TKG, der die Zugangsregulierung aus § 21 TKG drittschützend absichert. Ob dabei die Regulierungsverfügung in Anwendung des § 21 TKG nur eine abstrakte Art des Netzzugangs festlegt, der durch Zugangsverträge ausgestaltet wird,<sup>897</sup> ist dabei für die Klagemöglichkeiten der Wettbewerber unerheblich.

---

<sup>895</sup> So jedenfalls für das Eisenbahnrecht Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (160).

<sup>896</sup> Theobald/Kafka in: *Zenke/Wollschläger* (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 14.

<sup>897</sup> Schneider, in: *Fehling/Fehling-Ruffert*, S. 365, S. 387.

## **F. Drittschutz in der Marktregulierung des EnWG**

### **I. Grundlagen der Energiemarktregulierung**

Die hoheitliche Regulierung des Energiemarktes durch die BNetzA unterliegt anderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen als die der Telekommunikationsmärkte. Daher wird die Marktregulierung nach TKG und EnWG häufig gegenübergestellt.<sup>898</sup>

#### **1. Tatsächliche Grundlagen der Energiemarktregulierung**

Wie in allen Netzwirtschaften, so ist auch die wirtschaftliche Betätigung im Energiesektor durch die Infrastrukturabhängigkeit geprägt.<sup>899</sup> Im Gegensatz zum Telekommunikationsnetz sind die Energienetze nicht durch eine Interaktion der am Netz angeschlossenen geprägt, sondern sie erbringen als Verteilnetze eine Transportfunktion i.S.e. Quellen-Senken-Transports.<sup>900</sup> Gerade dieser Transport ist netzabhängig, so dass wegen des hier gegebenen natürlichen Monopols Wettbewerb ausgeschlossen ist.<sup>901</sup> Wegen dieser Netzabhängigkeit ist davon auszugehen, dass aktuelle energiepolitische Entscheidungen und Entwicklungen wie Energiewende und der damit einhergehende Netzausbau die zunehmende Dezentralisierung der Stromerzeugung und die Rekommunalisierung des Netzbetriebs auch die Wettbewerbssituation im Energiesektor stark beeinflussen werden.<sup>902</sup> Es zeichnet sich also ab, dass der Energiemarkt, zwar nicht in erster Linie aus wettbewerbspolitischen oder -rechtlichen Erwägungen, eine starke Veränderung erfahren wird.

Eine weitere Besonderheit des Energiesektors ist, dass mit Elektrizität und Gas zwei Transportgegenstände sich in ihren physikalisch-technischen Eigenschaften so grundlegend unterscheiden, dass hierzu auch – im Detail – verschiedene rechtliche Regelungen zur Marktregulierung notwendig geworden sind. Deswegen sind im Folgenden diese physikalisch-technischen Unterschiede sowie ihre Konsequenzen für die Marktregulierung näher zu beleuchten.

---

<sup>898</sup> So vom Grundgedanken her auch Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 7.

<sup>899</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 7.

<sup>900</sup> Vgl. zu entsprechenden grundlegenden Erwägungen Abschnitt B.I.2.a).

<sup>901</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 3; Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 26.

<sup>902</sup> Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 14.

### a) Elektrischer Strom

Der elektrische Strom ist wohl der wichtigere und auch für das allgemeine Bewusstsein prägendere Gegenstand der Energiemarktregulierung. Hinsichtlich des natürlichen Monopols des Stromnetzes ist grob zwischen weiträumigen Übertragungsnetzen und den lokalen Verteilernetzen zu unterscheiden. Diese Abstufung der Netze findet sich auch im EnWG wieder: §§ 11ff. EnWG regeln hier für die Betreiber der verschiedenen Ebenen des Stromnetzes – auch für das Gasnetz – verschiedene Aufgaben und Pflichten. Ein Indiz für diese Abstufung ist nach wie vor, wie groß die transportierte Stromspannung ist. Durch technische und rechtliche Veränderungen darf aber die Spannungsebene nicht mit den Funktionen „Ferntransport“ und „Verteilung“ gleichgesetzt werden, gerade die dezentrale Erzeugung und Einspeisung in die lokalen Verteilernetze steht dem entgegen.<sup>903</sup> Durch diese Durchbrechung der ehemals zentralen Erzeugungs- und damit integrierten Transportstruktur bilden sich jenseits des bottleneck-Netzes zwei Wertschöpfungsstufen heraus, in denen ein marktmäßiger Wettbewerb funktionieren könnte: zum einen die Erzeugung von Strom, zum anderen der Absatz.<sup>904</sup>

Elektrischer Strom bzw. die Versorgung damit ist nun zwei physikalischen Zwangspunkten unterworfen. Zunächst einmal ist Strom nicht speicherbar,<sup>905</sup> zum anderen ist es erforderlich, dass sich Einspeisung und Verbrauch im Gleichgewicht befinden. Dieses Gleichgewicht wird durch die sog. Systemdienste aufrechterhalten.<sup>906</sup> Nur wenn in einem ausreichend großen und verzweigten Netz genügend Kraftwerke ab- und zugeschaltet werden können, kann ein technisch sinnvoller Systemdienst geleistet werden. Damit ist der Systemdienst ein integraler Bestandteil des Stromnetzbetriebs und gehört damit zum natürlichen Monopol des Netzinhabers.<sup>907</sup> Dies sieht auch der Gesetzgeber so, wenn in den §§ 11–16 EnWG der Systemdienst in die Aufgaben der Netzbetreiber integriert sind.

---

<sup>903</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 134f.

<sup>904</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 134.

<sup>905</sup> Ders, S. 135.

<sup>906</sup> Ebenda.

<sup>907</sup> Insofern ist Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 136 nicht zuzustimmen, wenn diese im System ein eigenständiges natürliches Monopol sieht; dies würde den technisch einheitlichen Vorgang des Netzbetriebs wirtschaftswissenschaftlich auseinanderreißen. Vielmehr ist im Systemdienst eine stromspezifische Ausprägung der infrastrukturabhängigen Leistungserbringung zu sehen, die das natürliche Monopol verstärkt.



## b) Gas

Auch in der Gasversorgung ist das Infrastrukturelement ebenfalls durch eine bottleneck-Situation geprägt.<sup>908</sup> Dabei sind hier drei Ebenen zu unterscheiden. Übernational bringen Hochdruckleitungen das Gas von den Vorkommen zu den Verbrauchszentren, auf nationaler Ebene finden sich dann ebenfalls Hochdruckleitungen, die allerdings – da Gas speicherbar ist – durch Infrastrukturen zur Bevorratung ergänzt werden; je näher das Gasnetz an die Endverbraucher heranrückt, umso mehr fällt dann hier auch der Druck.<sup>909</sup> Auch hier wird der Absatz und die Erzeugung bzw. der Import von Gas als wettbewerbsfähige Stufen angesehen.<sup>910</sup> Wegen der grundsätzlichen Speicherbarkeit von Gas haben „Systemdienste“ im Gasnetz eine weniger wesentliche Funktion wie im Stromnetz.

## 2. Rechtlicher Rahmen der Energiemarktregulierung

### a) Europarecht

Wie im Telekommunikationssektor so ging auch im Energiebereich die Marktöffnung von der europäischen Ebene aus. Die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 96/92/EG setzte die ersten Impulse, die nationalen Energiewirtschaften wettbewerblich zu organisieren. Zur Umsetzung dieser Richtlinie überarbeitete der deutsche Gesetzgeber das Energiewirtschaftsgesetz von 1935. Es kam zu einer ersten Liberalisierung des bisher durch gesetzlich geschützte Monopole geprägten Energiemarktes. Dieses EnWG 1998 musste durch die sog. Beschleunigungsrichtlinien<sup>911</sup> erneut überarbeitet werden. Die wichtigste Konsequenz aus den Beschleunigungsrichtlinien für das nationale Energierecht war, dass ein rein privatrechtlicher Netzzugang durch einen hoheitlich regulierten abgelöst wurde.<sup>912</sup> Ergänzt und fortgeschrieben wurde dieser europäische Rechtsrahmen für die Energiemarktregulierung durch die Elektrizitäts- bzw. Gasbinnenmarkt-Richtlinie 2009.<sup>913</sup>

---

<sup>908</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 137.

<sup>909</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 137f.

<sup>910</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 138.

<sup>911</sup> 2003/54/EG für den Elektrizitätsbinnenmarkt, 2003/55/EG für den Erdgasbinnenmarkt.

<sup>912</sup> So Britz, Vorb. zu §§ 20ff., Rn. 19; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 21.

<sup>913</sup> 2009/72/EG sowie 2009/73/EG.

## b) Verfassungsrecht

Die wesentliche Feststellung zur verfassungsrechtlichen Begründung und Absicherung der Energiemarktregulierung ist, dass es – im Gegensatz zum Telekommunikations- und Eisenbahnrecht – keine konstitutionelle Verankerung einer staatlichen Verantwortung für die Versorgung mit Energie gibt. Grund hierfür ist, dass die Energieversorgung nie in dem Maß als eine staatliche Aufgabe geleistet wurde, wie es die Bundespost und Bundesbahn als nichtrechtsfähige Sondervermögen des Bundes es für Telekommunikation und Eisenbahn getan haben; es bedurfte daher keinerlei Vorschriften, die einen geordneten Rahmen für eine Aufgabenprivatisierung setzten, wie es Art. 87e und Art. 87f GG tun.<sup>914</sup>

Indem es an einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Vorgabe zur Energiemarktregulierung fehlt, wird folgerichtig auf die Grundrechte zurückgegriffen,<sup>915</sup> wobei deren Begründung und Vorsteuerung für die Energiemarktregulierung erörterungsbedürftig sind.

Nach Hermes kommt den Infrastrukturbereichen eine „Basisfunktion“, vor allem bezogen auf Art. 2 Abs. 1 GG zu. Dennoch müssen Infrastrukturen allgemeinzugänglich sein, damit die Grundrechte überhaupt erst ausgeübt werden können.<sup>916</sup> Insofern stellen Art. 87e und Art. 87f GG nur eine grundgesetzmännliche Konkretisierung einer allgemeinen und aus den Grundrechten herauszulesenden Gewährleistungsverantwortung dar.<sup>917</sup> Bezogen auf die Energiemarktregulierung besteht eine „staatliche Verantwortung für die Gewährleistung einer funktionierenden Energieinfrastruktur und Energieversorgung“<sup>918, 919</sup>. Die Rechtsfigur einer allgemeinen staatlichen Gewährleistungsverantwortung übersieht zwei Aspekte. Erstens wurden Art. 87e und 87f GG nicht als Klarstellung eines Meta-Konzepts aus den Grundrechten erlassen, sondern um der Privatisierung dieser Netzwirtschaften mit dem damit einhergehenden Übergang von der staatlichen Leistungserbringung hin zu einer Gewährleis-

<sup>914</sup> So wohl auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>915</sup> Vgl. dazu Abschnitt. B.V.4.

<sup>916</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 354.

<sup>917</sup> Ebenda.

<sup>918</sup> So jedenfalls zusammengefasst von Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>919</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 354. Dabei zieht er BVerfG 30 292 (323f.) heran, ohne allerdings hier zu differenzieren, wie stark diese Entscheidung durch die Daseinsvorsorge geprägt und wie wenig dies tatsächlich als Infrastrukturverantwortung zu verstehen ist. Burgi, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 269 (272) spricht sogar davon, dass die Ausgestaltung des Netzzugangs, wie er für den Energiesektor durch § 20 EnWG statuiert wird, sei Ausfluss einer staatlichen Schutzpflicht.

tungsverantwortung einen rechtlichen Rahmen zu geben.<sup>920</sup> Zweitens stehen bei der Energiemarktregulierung – wie in allen Netzwirtschaften – entgegengesetzte und zugleich grundrechtlich geschützte Interessen im Raum. Diese Interessen gilt es im Rahmen einer praktischen Konkordanz bestmöglich in Einklang miteinander zu bringen.<sup>921</sup> Der sozialpflichtigen Eigentumsgarantie der Netzinhaber und/oder -betreiber steht die Möglichkeit der wirtschaftlichen Entfaltung der Wettbewerber und auch der Endkunden aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber.<sup>922</sup> Aus bereits zuvor Ausgeführten geht allerdings klar hervor, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Interessenskonflikts ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>923</sup>

Soll das gegenwärtige Regulierungsregime im Energierecht nicht nur europa-, sondern auch verfassungsrechtlich begründet sein, so ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber der Entfaltung der Marktkräfte, die auf den wirtschaftlichen Betätigungsfreiheiten der Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 12 Abs. 1 GG beruhen, einen Vorrang eingeräumt hat. Vor dem Hintergrund, dass hier dem einfachen Gesetzesrecht als Manifestation der Abwägungs- und Ausgleichsentscheidung des Gesetzgebers ein Anwendungsvorrang zukommt,<sup>924</sup> haben die Grundrechte nur sehr begrenzt Einfluss auf die konkreten Anordnungen der Energiemarktregulierung.<sup>925</sup>

### *c) Einfachgesetzlicher Rahmen der Energiemarktregulierung*

Ebenso wie im TKG finden sich auch am Anfang des EnWG Aussagen zu den mit diesem Gesetz verfolgten Zwecken. Die Ausgestaltung der Zwecke erfolgt dabei, von der Grundstruktur her ebenso wie durch §§ 1 und 2 TKG, zweistufig. § 1 Abs. 1 EnWG legt allgemeine Gesetzesziele fest.<sup>926</sup> Für die Marktregulierung ist die „leistungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas“ von zentraler Bedeutung.

Die Regulierung wird erst im § 1 Abs. 2 EnWG als Zielsetzung festgeschrieben. Diese Norm nennt die Sicherung des Wettbewerbs und des leistungsfähigen Energie-

---

<sup>920</sup> Vgl. hierzu Abschnitte E.I.1.b)bb); G.I.2.b).

<sup>921</sup> Vgl. Abschnitt C.III.2, so im Ergebnis auch Burgi, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 269 (272).

<sup>922</sup> Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 43; Burgi (272).

<sup>923</sup> Vgl. Abschnitt C.III.3.a); so auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>924</sup> Vgl. Abschnitt C.III.3.b)

<sup>925</sup> So auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 1.

<sup>926</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 6.

versorgungsnetzen als Aufgaben der Energiemarktregulierung. Aus dieser Zweistufigkeit der Zielsetzungen des EnWG geht hervor, dass die Regulierungsziele gegenüber den allgemeinen Zielsetzungen eine „dienende Funktion“ haben,<sup>927</sup> das Wettbewerbsziel gemäß § 1 Abs. 2 sei insofern lediglich Mittel zum Zweck. Die wettbewerbssichernde Dimension ist erst durch das EnWG 2005 hinzugekommen<sup>928</sup> und steht damit exemplarisch für die Aufgabe des „Primats der privatautonomen Zugangsverhandlung“.<sup>929</sup>

Ebenso wie im TKG werden auch im EnWG die Zweckbestimmungen durch die Begriffsbestimmungen und verschiedene allgemeingültige Vorschriften des ersten Teils abgesichert. Die Entflechtungsvorschriften des zweiten Teils (§§ 6–10e EnWG) stehen in einem inhaltlichen Zusammenhang der Energiemarktregulierung, werden aber durch diese Untersuchung nicht weiter behandelt.

Teil 5 (Planfeststellungsverfahren, Wegenutzung) und Teil 6 (Sicherheit und Zuverlässigkeit der Energieversorgung) des EnWG befassen sich mit anderen Aspekten des Energierechts, Teil 7 mit dem organisatorischen Fragen des Energierechts. Aus den sonstigen Vorschriften des 9. Teils sind nur die §§ 111 und 111a EnWG von Interesse, ebenso haben die Schlussvorschriften aus Teil 10 keine besondere inhaltliche Steuerungswirkung für die Energiemarktregulierung.

Hier interessieren Teil 3, als eigentlicher Kern der Energiemarktregulierung (Abschnitt E.II. bis IV.),<sup>930</sup> Teil 4 wegen der Endkundenbelieferung (Abschnitt E.V) und Teil 8 wegen des besonderen Rechtsschutzverfahrens im Energieregulierungsrecht (Abschnitt E.I.2.d)).

Die Energiemarktregulierung wird durch eine Vielzahl von Verordnungen konkretisiert. Beruhend auf

- § 24 Nr. 1 bis 3 EnWG wurden die Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV), die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) sowie die Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) und die Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) erlassen.

---

<sup>927</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 8.

<sup>928</sup> Schneider, in: Lüdemann, S. 100 (106).

<sup>929</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 22.

<sup>930</sup> Im EnWG 2005 findet sich eine Kombination des „Wettbewerbs im Markt“, wie er im dritten Teil geregelt ist, sowie eines „Wettbewerbs um den Markt“ in § 46 Abs. 2-4 EnWG, Theobald, in: Theobald., Rn. 33ff.

- § 39 Abs. 1 S. 1 EnWG wurden die Stromgrundversorgungsverordnung (StromGKV) und die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGKV) erlassen.
- § 21a Abs. 6 EnWG wurde die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) erlassen.

Wenngleich diese Normen für die Rechtspraxis von Bedeutung sind, so lässt sich hier bereits vor Eintritt in die Untersuchung der Drittschutzgehalte der Marktregulierungsnormen des EnWG sagen, dass die Normaussagen der Verordnungen keinen eigenständigen Drittschutz begründen, allenfalls den Zugang betreffend die gesetzlichen Vorschriften konkretisieren oder deklaratorisch wiederholen.<sup>931</sup> Im Falle der anderen Verordnungen finden sich keine Ansätze für eine Individualisierung. Daher wird im Folgenden nur der Drittschutz in den Marktregulierungsnormen des EnWG untersucht.

#### *d) Rechtsschutzsystem des EnWG*

Einer eingehenden Erörterung bedarf das Rechtsschutzsystem des EnWG. Zunächst einmal ist in diesem Kontext festzuhalten, dass die europarechtlichen Vorgaben keine Anordnung zum Rechtsschutz treffen, davon abgesehen, dass ein solcher möglich sein muss.<sup>932</sup> Diesen Rechtsschutzanforderungen kommen § 31 EnWG (Abschnitt E.IV.3.) sowie die allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen nach § 65ff. EnWG entgegen. Mit beiden Verfahren wird jeweils ein spezifisch regulierungsrechtlicher Rechtsschutz gewährt.<sup>933</sup>

Gerade auch für den später noch vorzunehmenden Vergleich der die verschiedenen Netzwirtschaften begleitenden Rechtsmaterien ist es zentral festzuhalten, dass rechtliche Streitigkeiten der Energiemarktregulierung vollständig der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet sind. Begründet wird diese Rechtswegeentscheidung damit, dass verhindert werden solle, dass Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit zu unter-

<sup>931</sup> So etwa § 3 Abs. 1 S. 2, § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 S. 1, StromNZV, §§ 7 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 GasNZV.

<sup>932</sup> So auch Knauff, Verwaltungsarchiv 2007, S. 409 (398); als Beispiel für die grundsätzliche Möglichkeit des Rechtsschutzes ist Art. 23 Abs. 6 S. 1

<sup>933</sup> Antweiler/Nieberding, Neue Juristische Wochenschrift, S. 3673 (3675). Hierbei stehen die Missbrauchsinstrumente der Marktregulierung aus §§ 30f. EnWG in einem Spezialitätsverhältnis zu den allgemeinen Aufsichtsmaßnahmen nach §§ 65ff, Theobald/Werk, § 65 EnWG, Rn. 37f.; mit dieser Tendenz auch BT-DS 15/3917, S. 70

schiedlichen Interpretationen der energiemarktrechtlichen Bestimmungen kommen.<sup>934</sup> Gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde ist gemäß § 75 Abs. 1 EnWG die sog. Beschwerde nach §§ 65ff. EnWG zulässig, über die nach § 75 Abs. 4 EnWG das zuständige OLG zu entscheiden hat. Für alle „übrigen“ bürgerlich rechtlichen Streitigkeiten ist das LG zuständig. Aus diesen zwei Bestimmungen leitet sich auch eine wesentliche Unterscheidung für den Rechtsweg ab. Die hoheitlichen Regulierungsmaßnahmen aus dem 3. Teil des EnWG (§§ 11-35 EnWG) der BNetzA werden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegenwärtig vom Kartellsenat des OLG Düsseldorf überprüft.<sup>935</sup> Die Preisgestaltung jenseits der – noch näher zu erläutern- den – öffentlich-rechtlichen Genehmigungen werden auf der Basis durch § 102 EnWG vor den LG verhandelt und regelmäßig auf der Basis von § 315 BGB entschieden.<sup>936</sup>

*aa) Beschwerdebefugnis nach §§ 75 Abs. 2 i.V.m. 66 Abs. 2 EnWG*

Das Vorbild für das energierechtliche Beschwerdeverfahren im achten Teil (§§ 65ff. EnWG als bei der Regulierungsbehörde angesiedeltes Verfahren, §§ 75ff. EnWG als gerichtlicher Rechtsschutz gegen das behördliche Verfahren) ist das kartellrechtliche der §§ 63ff. GWB. § 75 Abs. 4 S. 1 EnWG stellt eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 2. HS VwGO dar.<sup>937</sup> Aus der strukturellen Prägung durch das Kartellrecht leitet sich auch die sog. formale Beschwerdebefugnis her. Formal ist gemäß § 75 Abs. 2 EnWG jeder beschwerdebefugt, der am Regulierungsverfahren gemäß § 66 Abs. 2 EnWG zu beteiligen war.

Gleichwohl wird, um Popularklagen entgegenzutreten, von der Rechtsprechung jenseits des Wortlauts von § 66 Abs. 2 EnWG noch eine materielle Beschwer gefordert.<sup>938</sup> Gerade bei der Betrachtung des § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG wird deutlich, dass ein erhebliches Berühren der Interessen für eine Beteiligung ausreicht.<sup>939</sup> Wie auch im kartellrechtlichen, so muss auch im energierechtlichen Beschwerdeverfahren von

<sup>934</sup> Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 2.

<sup>935</sup> Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 1.

<sup>936</sup> Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 8.

<sup>937</sup> Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 1.

<sup>938</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 157; Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 37.

<sup>939</sup> Wird jemand nicht am behördlichen Verfahren beteiligt, obwohl dieser notwendig beizuladen gewesen wäre, so stellt dies eine Verletzung, so begründet dies eine Beschwerdebefugnis, so Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 41.

den Beteiligten keine Verletzung von subjektiven öffentlichen Rechten plausibel gemacht werden, sondern es reicht, wenn wirtschaftliche Interessen betroffen sind.<sup>940</sup>

Somit könnte die Antragsbefugnis nach § 66 Abs. 2 EnWG tendenziell weiter als die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO gelten.<sup>941</sup> Allerdings erfährt diese Betrachtung eine zweifache Einschränkung.

Hilzinger und Danner weisen darauf hin, dass eine zulässige Klage die Geltendmachung einer Rechtsverletzung fordert.<sup>942</sup> Wenn nun aber ausdrücklich ein Rechtsanspruch z.B. für die Verpflichtungsbeschwerde gefordert wird,<sup>943</sup> dann darf bezweifelt werden, ob der Unterschied zwischen der Beschwerdebefugnis nach §§ 75 Abs. 2, 66 Abs. 2 EnWG und der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO über die Begrifflichkeit hinausgeht. Zusätzlich hat der BGH festgehalten, dass das Verfahren nach den §§ 65ff., 75ff. EnWG alleine nicht einen effektiven Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG sicherstelle, da weder ein Anspruch auf Beiladung zum Regulierungsverfahren bestehe noch regelmäßig die Erheblichkeitsschwelle bei kleineren Korrekturen überschritten werde.<sup>944</sup>

#### *bb) Bürgerlich-rechtliche Entgeltkontrolle nach § 315 BGB*

Indem durch die Regulierungsbehörden nur Preisobergrenzen festgelegt werden (§ 21a und 23a EnWG), wird die konkrete Preisgestaltung zwischen den Vertragspartnern ausgehandelt. Deswegen gelten rechtliche Auseinandersetzung um Entgelte nicht als ein durch den Beschwerdezug angreifbares Handeln der Regulierungsbehörde, sondern als bürgerlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 102 EnWG.<sup>945</sup> Materiell-rechtlich wird die Billigkeitskontrolle der Entgelte gemäß § 315 BGB herangezogen.

§ 315 Abs. 1 BGB eröffnet den Anwendungsbereich der Billigkeitskontrolle nur für solche Fälle, in denen es keine Leistungsvereinbarung gibt.<sup>946</sup> Vorschriften der Grundversorgungen wie § 5 Abs. 2 StromGKV, § 5 Abs. 2 GasGKV, die den Liefere-

---

<sup>940</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 157; Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 46.

<sup>941</sup> So auch Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 157; Knauff, Verwaltungsarchiv 2007, S. 409 (398).

<sup>942</sup> Danner in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 173; Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 49.

<sup>943</sup> So jedenfalls Danner in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 173.

<sup>944</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 24, 26ff.

<sup>945</sup> So auch Hilzinger, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., S. 706, Rn. 48f.

<sup>946</sup> So im Ergebnis BGHZ 97, 212 (222f.); BGH EnZR 105/10, Rn. 16.

ranten ein einseitiges Preisbestimmungsrecht einräumen stehen der Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Billigkeitskontrolle nicht entgegen.<sup>947</sup> Hierbei muss unterschieden werden.<sup>948</sup> Der Ausgangspreis als wesentlicher Vertragsbestandteil muss als ausgehandelt gelten, weswegen § 315 Abs. 1 BGB Sperrwirkung entfaltet. Hingegen wird bei den zumeist einseitig vorgenommenen Preiserhöhungen § 315 Abs. 3 S. 2 BGB angewandt. Gegen diese Praxis richtet sich der Vorwurf, dass mit dieser Unterscheidung eine künstliche Aufspaltung des Preises bewirkt wird.<sup>949</sup>

Die Prüfungstiefe der Entgelte durch die ordentlichen Gerichte auf der Grundlage von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB war stets relativ gering,<sup>950</sup> sie ist durch die Novellierungen des Energierechts nicht größer geworden. Mit § 111 Abs. 3 EnWG wurde die Missbrauchskontrolle der Zugangsentgelte der kartellbehördlichen Kontrolle entzogen, und § 315 Abs. 3 BGB stellt insofern auch keinen in sich eigenständigen Ansatz eine kartellähnlichen Preismissbrauchskontrolle auf.<sup>951</sup>

Traditionell wurde in der Rechtsprechung eine entsprechende Anwendbarkeit der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB dann anerkannt, wenn eine faktisch-monopolistische Preisbestimmungsmacht im Bereich der Daseinsvorsorge die Preisverhandlungen zu leeren Formalismen degradierte.<sup>952</sup> Durch die Liberalisierung des Energiemarktes sah sich der BGH dazu veranlasst, in einer Reihe von Leitentscheidungen die faktisch-monopolistische Preisbestimmungsmacht als obsolet zu betrachten.<sup>953</sup>

Es stehen also zwei Befunde im Raum: zunächst der, dass die hoheitliche Preisregulierung durch Genehmigung aus § 23a EnWG und das System der Anreizregulierung nur Preisobergrenzen festsetzt und unterhalb dieser das Privat-

---

<sup>947</sup> Becker/Blau, in: Theobald, S. 690/Blau, Rn. 84ff.

<sup>948</sup> Becker/Blau, in: Theobald, S. 690/Blau, Rn. 88.

<sup>949</sup> Becker/Blau, in: Theobald, S. 690/Blau, Rn. 91.

<sup>950</sup> So Becker/Blau, in: Theobald, S. 690/Blau, Rn. 82.

<sup>951</sup> Rieble, § 315 BGB, § 315 BGB, Rn. 58f. BGH EnZR 105/10, Rn. 18 grenzt die kartellrechtliche Entgelt-überprüfung deutlich gegen die Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB ab.

<sup>952</sup> Becker/Blau, in: Theobald, S. 690/Blau, Rn. 92.

<sup>953</sup> BGH Az: VIII ZR 144/06 Rn. 8; Az: VIII ZR 36/06 Rn. 34, wobei hier die Substitution eines Energieträgers zum Heizen durch einen anderen die Monopolstellung entfallen lassen solle; Az: VIII ZR 138/07 Rn. 17. Zur letztgenannten Entscheidung ist jedoch anzumerken, dass hier aus dem § 10 EnWG 1998 eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, „die allgemeinen Tarife der Gasversorger – anders als diejenigen der Stromwirtschaft – keiner behördlichen Genehmigung mehr zu unterwerfen“, herausgelesen wurde. Diese Rechtsprechungslinien bestätigend Rieble, § 315 BGB, § 315 BGB, Rn. 63.



recht gefordert ist,<sup>954</sup> und des Weiteren, dass die Überprüfung dieser privatrechtlichen Vereinbarungen die Monopolrechtsprechung aufgegeben wird, weil der Energiemarkt de jure marktmäßigen Mechanismen unterworfen ist.<sup>955</sup> Es bedarf daher nur noch einer sehr eingeschränkten bis keinen Anwendung der Entgeltprüfung durch § 315 Abs. 3 BGB.<sup>956</sup>

Diese Schlussfolgerung steht in zweifacher Hinsicht auf schwankendem Grund. Vor dem Hintergrund, dass tatsächliche Faktoren der Energienetze hier weiterhin ein natürliches Monopol bestehen lassen, ist dies problematisch; erschwerend tritt hinzu, dass wesentliche Segmente des Energiemarktes wenigstens oligopolistisch geprägt sind.<sup>957</sup> Die Billigkeitsprüfung mit dem Hinweis darauf aufzugeben, dass mit der rechtlich vorgeschriebenen hoheitlichen Regulierung die monopolistische Struktur des Energiemarktes entfiere, greift zu kurz. Die Regulierungsinstrumente können die Marktentwicklung nur allmählich beeinflussen. Noch deutlicher ist die physikalisch-technisch notwendige Verknüpfung von Netzinhaberschaft und Systemdiensten, welche für sich ein monopolistisches Moment haben;<sup>958</sup> also auch hierdurch wird die bottleneck-Situation zusätzlich stabilisiert.

Viel einschneidender dürfte allerdings die Feststellung des BGH sein, dass § 315 Abs. 3 BGB zur Sicherung „des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes für die Netznutzer“ weiterhin anwendbar bleiben müsse, da die vom EnWG bereitgestellten behördlichen Rechtsschutzmöglichkeiten unzureichend seien.<sup>959</sup> Dies bezieht sich auch auf die bereits durch die Regulierungsbehörde genehmigten Netznutzungsentgelte<sup>960</sup> und widerspricht damit einem „Überprüfungsmonopol zugunsten der Regulierungsbehörden“ für die Behördenentscheidungen vorgeblich aus §§ 111 Abs. 3

---

<sup>954</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 19; vgl. auch Abschnitt E.III.6.

<sup>955</sup> So etwa Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 173.

<sup>956</sup> Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 61.

<sup>957</sup> So Danner in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 17, der im Bereich im Bereich der Stromerzeugung eine (staatliche aktiv beförderte) Marktmachtkonzentration von 80 % sieht, was „zu Lasten eines signifikanten Binnenwettbewerbs“ gehe.

<sup>958</sup> Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 36f.

<sup>959</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 24ff.; dabei weist der dort verhandelte Fall mit seinem Fehlen einer ausdrücklichen Leistungsvereinbarung eine Nähe zur BGH-Entscheidung Stromnetznutzungsentgelt II (Az. KZR 8/05) auf.

<sup>960</sup> So wohl BGH EnZR 105/10, Leitsatz, Rn.19ff.

und 30 Abs. 1 S.2 Nr. 5 2. HS EnWG.<sup>961</sup> Wenn der Maßstab des billigen Ermessens durch die §§ 21ff. EnWG konkretisiert wird<sup>962</sup> und das gerichtliche Prüfungsermessen an diese Vorschriften gebunden ist,<sup>963</sup> dann kommt das alles einer Prüfung behördlichen Handelns doch bereits sehr nahe. Es stellt sich daher die Frage, ob § 315 Abs. 3 BGB nicht mit der Aufgabe überbeansprucht wird, das notwendigerweise in einem regulierten Netzzugangsregime enthaltene hoheitliche Handeln mit zu überprüfen.

Offen bleibt auch nach dem BGH-Urteil Stromnetznutzungsentgelt V<sup>964</sup> die Frage, wie mit den Fällen der analogen Anwendung umgegangen werden soll. Der Einwand, dass die Rechtslage des EnWG, nicht die marktmäßige Realität auf den Energiemärkten, der althergebrachten Monopolistenrechtsprechung entgegenstehe, kann nicht gänzlich aufgehoben werden, sondern hier nur auf ein nicht vermindertes Rechtsschutzbedürfnis hingewiesen werden.

Daher ist der Schlussfolgerung Danners zuzustimmen, dass das gegenwärtige Rechtsschutzsystem des EnWG den § 315 Abs. 3 BGB überstrapazierte und hier der Gesetzgeber gefordert sei,<sup>965</sup> auch um die Rechtsschutzgewährleistung aus Art. 19 Abs. 4 sowie Art. 103 Abs. 1 GG, materiell-rechtlich um die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG hinreichend abzusichern.

## **II. Anschlussregulierung**

Das System der Energiemarktregulierung im dritten Teil des EnWG trennt zwischen dem Anschluss (zweiter Abschnitt) an das Energienetz und dem Zugang (dritter Abschnitt) zwecks wirtschaftlicher Nutzung. Damit wird den verschiedenen Regelungsbedürfnissen der technischen Möglichkeit, auf das Energienetz zuzugreifen, einerseits und der weitaus komplizierteren Nutzung einer bottleneck-Infrastruktur zur Leistungserbringung andererseits Rechnung getragen.<sup>966</sup> Zugleich ist der Netzananschluss aber notwendige Voraussetzung für den Netzzugang.<sup>967</sup>

---

<sup>961</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 19; § 113 Abs. 3 EnWG schließe nur ein Vorgehen der Kartellbehörden aus (Rn. 18 und 20), und § 30 Abs. 1 EnWG gelte nur im Rahmen des behördlichen Missbrauchsverfahrens (Rn. 21).

<sup>962</sup> So BGH KZR 36/04, Rn. 12; KZR 8/05, Rn. 13; EnZR 105/10, Leitsatz, Rn. 34.

<sup>963</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 34.

<sup>964</sup> BGH EnZR 105/10.

<sup>965</sup> Danner in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 23.

<sup>966</sup> So im Ergebnis auch Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 4f.

<sup>967</sup> BT-DS 15/3917 S. 58.

## 1. § 17 EnWG – Netzanschluss

Ausweislich der Gesetzesbegründung dient § 17 EnWG der Umsetzung von Art. 23 Abs. 2 EitRI'03 sowie Art. 25 Abs. 2 GasRI'03.<sup>968</sup>

Bei Anwendung der klassischen Auslegungsregeln wird dem Wortlaut nach von § 17 Abs. 1 EnWG

- Letztverbrauchern i.S.d. § 3 Nr. 2 EnWG
- gleich- bzw. nachgelagerten Energieversorgungsnetzen und -leitungen
- Erzeugungs- und Speicheranlagen

ein Anspruch auf Netzanschluss gewährt.<sup>969</sup> Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte dieser Norm gestützt.<sup>970</sup> Entgegenstehende Auffassungen, dass es sich um Kontrahierungszwang handle und der Anspruch nur auf Vertragsschluss gehe,<sup>971</sup> greifen zu kurz.

Auch bei Anwendung der Konfliktschlichtungsformel ergibt sich, dass § 17 Abs. 1 EnWG ein subjektives öffentliches Recht begründet. Indem die „Betreiber von Energienetzen“ und die Anspruchsberechtigten genannt werden, dürfen ihre gegenläufigen Interessen als anerkannt gelten. Die wechselseitige Gewichtung fällt klar zu Gunsten der Anschlusspetenten aus. Das Konfliktschlichtungsprogramm wird ausdrücklich als der Kriterienkatalog, also das „Wie“ des Anspruchs, ausformuliert und fordert einen diskriminierungsfreien, transparenten und angemessenen Netzanschluss.<sup>972</sup>

## 2. § 18 EnWG – Allgemeine Anschlusspflicht

Zentrale Verpflichtung des § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG, der der Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 S. 3, Art. 23 Abs. 2 EitRI'03, Art. 3 Abs. 1, Art. 25 Abs. 2 GasRI'03 dient, ist es, dass die Netzbetreiber der allgemeinen Versorgung gemäß § 3 Nr. 17 EnWG jedermann an das Energieversorgungsnetz anschließen müssen.

Oberflächlich ist vom Wortlaut her keine Eingrenzung des Berechtigtenkreises zu erkennen.<sup>973</sup> Erst aus dem Kontext der Anspruchsinhalts, nämlich, dass der Netzanschluss zu den „allgemeinen Bedingungen für den Netzanschluss von Letztverbrau-

---

<sup>968</sup> BT-DS 15/3917 S. 58.

<sup>969</sup> So auch Hartmann, § 17 EnWG, Rn. 32; Säcker/Boesche, § 17 EnWG, Rn. 3.

<sup>970</sup> BT-DS 15/3917 S. 58.

<sup>971</sup> So Salje, § 17 EnWG, Rn. 10f.

<sup>972</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 761f.

<sup>973</sup> Bruhn, § 18 EnWG, § 18 EnWG, Rn. 16; Hartmann, § 18 EnWG, Rn. 10.

chern“ zu gewähren ist, wird deutlich, dass nur Letztverbraucher i.S.d. § 3 Nr. 25 EnWG aus § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG berechtigt sind.<sup>974</sup> Die Gesetzesbegründung nennt klassische Letztverbraucher wie Privathaushalte und Kleingewerbe als verstärkt Betroffene.<sup>975</sup>

Trotz Gegenauffassung<sup>976</sup> ist davon auszugehen, dass § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG ein subjektives öffentliches Recht begründet.<sup>977</sup>

Neben der Verpflichtung von Netzbetreibern der allgemeinen Versorgung und der Berechtigung der Letztverbraucher ist der Tatbestand des § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG auch sachlich enger als § 17 Abs. 1 EnWG gefasst. Erfasst ist nur der Anschluss in Niederspannungs- bzw. Niederdruckbereichen.<sup>978</sup>

Wiederum ergibt sich auch aus der Konfliktschlichtungsformel ein Drittschutzgehalt. Wie bereits zu § 17 Abs. 1 EnWG ausgeführt, werden die gegenläufigen, in der Anschlussregulierung aufeinandertreffenden Interessen zu Gunsten des Anschlusspetenten entschieden, so dass hier das Konfliktschlichtungsprogramm „zu allgemeinen Bedingungen“ den Netzanschluss vorsieht.

### 3. §§ 19 und 19a EnWG

Bereits mit der Überschrift von § 19 EnWG als „technische Vorschriften“ wird das Fehlen von subjektiven Berechtigungen deutlich. Gleiches gilt für § 19a EnWG.

## **III. Zugangsregulierung**

Auch in der Energiemarktregulierung werden die Vorschriften den Netzzugang betreffend als Herzstück betrachtet.<sup>979</sup> Mit dem Netzzugang wird das natürliche Monopol des Netzbetreibers durchgebrochen und überhaupt erst eine Leistungserbringung auf der Netzinfrastruktur durch Dritte ermöglicht.<sup>980</sup> Damit kommt den §§ 20–28a EnWG eine zentrale und für das Regulierungsregime des EnWG prägende Rolle zu.

---

<sup>974</sup> So auch Bourwieg, § 18 EnWG, § 18 EnWG, Rn. 14; Hartmann, § 18 EnWG, Rn. 12.

<sup>975</sup> BT-DS 15/3917 S. 58.

<sup>976</sup> Salje, § 18 EnWG, Rn. 6.

<sup>977</sup> BT-DS 15/3917 S. 58f.

<sup>978</sup> Bruhn, § 18 EnWG, § 18 EnWG, Rn. 11.

<sup>979</sup> Theobald/Zenke/Dessau, in: Theobald., Rn. 74; vgl. Abschnitt E.II.6.

<sup>980</sup> Britz, Vorb. zu §§ 20ff., Rn. 13; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 15.

## 1. § 20 EnWG – Zugang zu den Energieversorgungsnetzen

Mit § 20 EnWG setzt der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben aus Art. 9 lit. f, Art. 14 Abs. 3, Art. 20 Abs. 1, Art. 23 Abs. 4 EltRI'03 sowie Art. 18 Abs. 1 S. 1 GasRI'03 um.

Es geht um die Frage nach der dogmatischen Einordnung des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG; diese Diskussion wurde bereits um die Vorgängernorm des § 6 EnWG 1998 geführt.<sup>981</sup> So geht Britz davon aus, dass § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG keinen „Zugangsautomatismus“, also keinen gesetzesunmittelbaren Zugangsanspruch, enthalte, sondern lediglich einen Kontrahierungszwang,<sup>982</sup> und begründet dies damit, dass aus §§ 23, 24 Abs. 1 S. 1 StromNZV und § 3 Abs. 1 S. 1 GasNZV den Petenten ein Anspruch auf Abschluss von Netznutzungs- bzw. Lieferantenrahmenverträgen eingeräumt werde.<sup>983</sup> Diese Vorschriften beruhen gesetzesrechtlich auf § 20 Abs. 1a S. 1 und Abs. 1b S. 1 EnWG, in denen der Abschluss entsprechender Netznutzungs- und Lieferantenrahmenverträge angeordnet wird. Diese Vorschriften werden allerdings bloß als Konkretisierungen eines Rechtsanspruchs verstanden.<sup>984</sup>

### a) Wortlaut

Dem Wortlaut nach stellt § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG klar einen gesetzlichen Anspruch dar. Die Betreiber von Energieversorgungsnetzen „haben jedermann [...] Netzzugang zu gewähren“. Hieraus geht unzweifelhaft nicht nur eine Verpflichtung, sondern auch eine damit korrespondierende Berechtigung hervor. Es besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Netzzugang.<sup>985</sup> Diese Auslegung wird auch durch die Gesetzesbegründung gestützt.<sup>986</sup>

### b) Systematik

Systematisch wird diese Auslegung weiter untermauert – normintern dadurch, dass § 20 Abs. 1a S. 1 EnWG ausdrücklich von der „Ausgestaltung des Rechts auf Zu-

---

<sup>981</sup> Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn.27ff.; Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 26; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 38.

<sup>982</sup> Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 38.

<sup>983</sup> Hier sieht Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 43 durchaus die praktischen Probleme ihrer Auslegung wie „Zugangsverweigerungsanreize“.

<sup>984</sup> Lüdtke-Handjery, § 20 Abs. 1a EnWG, § 20 Abs. 1a EnWG, Rn. 1; Nevelling, § 20 Abs. 1b EnWG, Rn. 30; Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 26.

<sup>985</sup> So auch Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 21/24; {Salje Salje, § 20 EnWG#482}, Rn. 21; Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 26.

<sup>986</sup> BT-DS 15/3917 S. 59.

gang“ spricht.<sup>987</sup> Aber auch aus dem Aufbau des § 20 EnWG lassen sich Rückschlüsse auf einen gesetzlichen Anspruch ziehen. Das „Ob“ des Netzzugangs wird mit § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG festgelegt.<sup>988</sup> Durch die § 20 Abs. 1a und Abs. 1b EnWG und §§ 23, 24 StromNZV, § 3 Abs. 1 S. 1 GasNZV wird für den Elektrizitäts- bzw. Gassektor das „Wie“ durch entsprechende Verträge geregelt; Netznutzungs- und Lieferrahmenvertrag sind also für die nachgeordnete Durchführung, nicht jedoch zur Begründung der Rechte vorgesehen.

Diese Auslegung wird auch durch einen Blick in die StromNZV gestützt. In § 3 Abs. 1 S. 2 StromNZV heißt es: „Der Anspruch auf Netznutzung wird begrenzt durch die jeweiligen Kapazitäten der Elektrizitätsversorgungsnetze“, der Anspruch wird also deklaratorisch wiederholt. Dass hier unter keinen Umständen und mit Blick auf die vertragliche Ausgestaltung gemäß § 20 Abs. 1a EnWG ein Kontrahierungszwang hineingelesen werden kann geht, aus §§ 24 Abs. 1 S. 1 und § 25 Abs. 1 StromNZV hervor. Den Netznutzern (§ 24 Abs. 1 S. 1 Strom NZV) und den Lieferanten aus (§ 25 Abs. 1 StromNZV) wird ein eigenständiger Anspruch auf den Abschluss eines Netznutzungs- bzw. Lieferantenrahmenvertrages i.S.d. § 20 Abs. 1a S. 1 und 2 EnWG zuerkannt.<sup>989</sup> Damit ist die Möglichkeit, den Netzzugang vertraglich auszugestalten, hier abschließend für die Ebene des „Wie“, nicht des „Ob“ ausgestaltet.<sup>990</sup>

Wenn auch in der GasNZV der Zugangsanspruch nicht noch einmal deklaratorisch wiederholt wird, so wird mit § 7 Abs. 1 S. 1, GasNZV ein Abschlussanspruch für den Netzkopplungsvertrag angeordnet.

### c) Teleologie

Schließlich spricht auch die teleologische Auslegung für einen gesetzlichen Anspruch. Indem § 1 Abs. 2 EnWG die „Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas“ als Regulierungsziel festlegt, geht hieraus klar hervor, dass dies nicht ohne einen gesetzlichen

---

<sup>987</sup> So auch Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 37.

<sup>988</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762

<sup>989</sup> § 24 Abs. 1 S. 1 und § 25 Abs. 1 StromNZV konkretisieren damit das Gebot des § 20 Abs. 1a S. 1 EnWG: „Zur Ausgestaltung des Rechts auf Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen nach Absatz 1 haben Letztverbraucher von Elektrizität oder Lieferanten Verträge mit denjenigen Energieversorgungsunternehmen abzuschließen, [...]“

<sup>990</sup> Vgl. hierzu auch Theobald/Kafka in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 14.

Netzzugangsanspruch geleistet werden kann.<sup>991</sup> Das ganze Konstrukt der Netzzugangsregeln hängt davon ab, dass Dritten ein wirksames Mittel an die Hand gegeben wird, auf das Energienetz zuzugreifen.<sup>992</sup> Gerade wegen dieser Wettbewerbernützlichkeits des Wettbewerbs kann nur ein gesetzlicher Anspruch helfen, nachhaltig, soweit die tatsächlichen Gegebenheiten dies zulassen, für eine marktmäßige Leistungserbringung im Energiesektor Sorge zu tragen. Damit stellt ein gesetzlicher Anspruch auf Netznutzung das „Herzstück“ der Zugangsregulierung auch nach dem EnWG dar.<sup>993</sup>

Für die Begründung subjektiver öffentlicher Rechte problematischer ist der sehr weite Berechtigtenkreis. Jedermann zieht keinerlei Grenzen ein. Hier hilft vor allem eine systematische Betrachtung weiter. Zunächst einmal zieht § 20 Abs. 1 S. 4 EnWG den Kreis der Berechtigten bereits enger, indem hier von „Netznutzern“ gesprochen wird, die in § 3 Nr. 28 EnWG legaldefiniert werden.<sup>994</sup> Indem § 20 Abs. 1a S. 1 nun „Letztverbraucher von Elektrizität oder Lieferanten“ auffordert, zwecks Ausgestaltung des Anspruchs einen Netznutzungsvertrag zu schließen, wird der Berechtigtenkreis noch einmal konkretisiert.<sup>995</sup> Daher ist von einer hinreichenden Abgrenzbarkeit der Berechtigten von der Allgemeinheit auszugehen.

Auch durch Anwendung der Konfliktschlichtungsformel ergibt sich das Bild, dass § 20 Abs. 1 EnWG drittbeschützend ist.<sup>996</sup> Die gegenläufigen Interessen werden anerkannt und im Sinne der Zugangspetenten gewichtet und in das Konfliktschlichtungsprogramm des sachlich gerechtfertigten und deswegen<sup>997</sup> diskriminierungsfreien Netzzugangs gestellt.

Kommt beim durch diese Norm verpflichteten Netzinhaber eine beträchtliche Marktmacht, wie sie das Verfahren nach §§ 10f. TKG festzustellen sucht, in Betracht, so ist diese wegen der Zielbestimmung des „wirksamen Wettbewerbs“ aus § 1 Abs. 2 EnWG dahingehend zu berücksichtigen, dass gegen diesen ein noch größeres

---

<sup>991</sup> So auch Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 21; vgl. Abschnitt D. II.6.a)aa)(4).

<sup>992</sup> So auch Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 26.

<sup>993</sup> So im Ergebnis auch Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 25.

<sup>994</sup> Hartmann, § 20 EnWG, Rn. 21.

<sup>995</sup> {Salje Salje, § 20 EnWG#482}, Rn. 7f.; wobei gesehen wird, dass es an einer umfassenden gesetzlichen Definition des Lieferantenbegriffes fehlt und nur der Gaslieferant nach § 3 Nr. 19b beschrieben wird.

<sup>996</sup> So im Ergebnis auch Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762.

<sup>997</sup> So sehen Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 78 die sachliche Rechtfertigung und die Diskriminierungsfreiheit als zwei Seiten einer Medaille an.

Schutzbedürfnis und damit korrespondierend ein noch intensiverer Drittschutz geltend gemacht werden kann.<sup>998</sup>

## 2. § 20a EnWG – Lieferantenwechsel

§ 20a EnWG enthält als eine Verfahrensvorschrift keine drittschutzbegründenden subjektiven öffentlichen Rechte.

## 3. § 21 EnWG – Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang

§ 21 EnWG setzt Art. 23 Abs. 2 lit. a S. 1, Abs. 4 EltRI'03, Art. 25 Abs. 2 GasRI'03 um,<sup>999</sup> aus denen es eine ganze Reihe der Kriterien in das Zugangsregime des EnWG hineinträgt.<sup>1000</sup> § 21 spielt für die wettbewerbsetablierende Intention des EnWG insofern eine zentrale Rolle, als der Zugangsanspruch aus § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG nicht durch überzogene Bedingungen und Entgelte faktisch ausgehebelt werden soll. So sind auch die vertraglichen Umstände hier mit hineinzuzählen, wie etwa allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>1001</sup> Zu diesem Zweck statuiert § 21 Abs. 1 EnWG einen allgemeinen Kriterienkatalog für Netzzugangsentgelte und -bedingungen.

### a) Drittschutzgehalt aus Kriterienkatalog

Die Kriterien werden mitunter als „objektive Grundsätze“ verstanden,<sup>1002</sup> was einem drittschützenden Gehalt dieser Norm entgegensteht. Diese Sichtweise greift aber zu kurz. Die in § 21 Abs. 1 EnWG aufgeführten Kriterien können keineswegs als bloß objektiv gelten, sondern diesen kommt auch ein erhebliches Maß an Individualschutz zu.

### aa) Angemessenheit

Das Angemessenheitskriterium beruht auf Art. 23 Abs. 4 a.E. EltRI'03, Art. 25 Abs. 4 a.E. GasRI'03.<sup>1003</sup> Das Erfordernis der Angemessenheit ist inhaltlich wenig greifbar und bedarf daher eingehenderer Erläuterungen.<sup>1004</sup> Allgemein wird Angemessenheit auf das Verhältnis des Zugangsentgelts zur dafür erhalten Netznutzung

<sup>998</sup> Vgl. hierzu Abschnitt H.I.3.a).

<sup>999</sup> Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 45.

<sup>1000</sup> Mit Ausnahme der internen und externen Gleichbehandlung, die bereits in §§ 6 Abs. 1, 6a Abs. 2 EnWG 1998 normiert waren, Theobald/Zenke/Dessau, in: Theobald., Rn. 81.

<sup>1001</sup> Missling, § 21 EnWG, Rn. 23.

<sup>1002</sup> So Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 21.

<sup>1003</sup> Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 22 sieht den europarechtlichen Bezug allerdings als dünn an, da aus den Richtlinien nur hervorgehe, dass die Netznutzungsentgelte in einem vernünftigen Verhältnis zur Netznutzung stehen müssten.

<sup>1004</sup> So auch Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 53; Missling, § 21 EnWG, Rn. 24.



bezogen und dabei – in der positiven Formulierung – durch den unbestimmten Begriff der Adäquanz ersetzt.<sup>1005</sup> Mehr begriffliche Konturierung erfährt die Klärung des Angemessenheitsbegriffs bei negativer Formulierung als „nicht missbräuchlich“,<sup>1006</sup> allerdings wird eine für die Rechtsanwendung handhabbare Ausdeutung der Angemessenheit durch im Gesetz enthaltene Maßstäbe und Kalkulationsmethoden geleistet;<sup>1007</sup> insbesondere § 21 Abs. 2 EnWG täte dies.<sup>1008</sup> Schmidt-Preuß bestreitet allerdings, dass dieses Herunterbrechen des Erfordernisses der Angemessenheit auf die Kalkulations- und Umsetzungsvorschriften noch einen subjektivrechtlichen Gehalt habe.<sup>1009</sup>

Auch wenn die Angemessenheit in einer ganzen Reihe kalkulatorischer Vorschriften konkret umgesetzt wird, so behält sie im Rahmen der generalklauselartigen Formulierung des § 21 Abs. 1 EnWG eine drittschützende Wirkung. Hier schlägt also wieder in hohem Maße die wettbewerberschützende Dimension der Wettbewerbs-etablierung durch. Der Anspruch aus § 20 Abs. 1 EnWG ist doch nur dann von Wert, wenn die Zugangspetenten das Netz zu an den Leistungen orientierten Preisen nutzen können; nur dann ist ein wirksamer Wettbewerb überhaupt denkbar.<sup>1010</sup>

#### *bb) Diskriminierungsfreiheit*

Den Anreizen der Netzbetreiber, Zugangspetenten die Netznutzung zu erschweren, kann nur mit dem in § 21 Abs. 1 EnWG normiertem Diskriminierungsverbot begegnet werden.<sup>1011</sup> Das Diskriminierungsverbot wird dabei in zwei seiner Dimensionen ausdrücklich von § 21 Abs. 1 EnWG benannt.<sup>1012</sup>

Als vertikales Diskriminierungsverbot („dürfen nicht ungünstiger sein, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unter-

---

<sup>1005</sup> So Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 53; Missling, § 21 EnWG, Rn. 24; Böwing, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 26.

<sup>1006</sup> Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 53.

<sup>1007</sup> So jedenfalls Missling, § 21 EnWG, Rn. 24.

<sup>1008</sup> Ebenda. Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 56 führt begrifflich die Kette von Angemessenheit zu den Kosten eines effizienten Betreibers wie folgt aus: Angemessen  $\cong$  nicht missbräuchlich  $\Rightarrow$  wettbewerbsanaloger Preis (Als-ob-Preis) = Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde  $\cong$  Kosten, die im Wettbewerb durchsetzbar wären = Kosten eines effizienten Betreibers (Sollkosten).

<sup>1009</sup> So Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 763 der bereits in § 21 Abs. 2 „eine pauschalierende, breitflächige Kalkulationsvorschrift“ sieht, „die der Kostenorientierung verpflichtet ist“, und der daher kein Drittschutzgehalt zukomme.

<sup>1010</sup> Martini, Deutsches Verwaltungsblatt 2008, S. 21 (24).

<sup>1011</sup> Britz, Vorb. zu §§ 20ff., Rn. 20.

<sup>1012</sup> Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 23.

nehmen angewendet“) verbietet es, externe Netznutzer gegenüber konzerninternen ungleich zu behandeln,<sup>1013</sup> und beruht auf Art. 23 Abs. 4 a.E. EltRI'03, Art. 25 Abs. 4 a.E. GasRI'03. Ermittelt wird eine vertikale Diskriminierung durch eine Gegenüberstellung von vergleichbaren Fällen, wobei der Maßstab der Ungleichbehandlung die intern angewandten Bedingungen und Entgelte sind.<sup>1014</sup> Zu beachten ist diesbezüglich aber, dass gemäß der Entflechtungsvorschrift in § 7 Abs. 2 EnWG erst ab 100.000 Kunden eine organisatorische Trennung durch eine eigenständige Rechtsform des die Netzinfrastruktur nutzenden Konzernteils vorgeschrieben ist. Damit entfällt das Vergleichsobjekt i.S.d. vertikalen Diskriminierungsverbots unterhalb der Schwelle des § 7 Abs. 2 EnWG.<sup>1015</sup>

Das horizontale Diskriminierungsverbot gebietet, allen externen Netznutzer zu den gleichen Bedingungen und Entgelten Zugang zum Energienetz zu gewähren.<sup>1016</sup> Strukturell ist es dem § 20 Abs. 1 Alt. 2 EnWG entlehnt, mit dem Unterschied, dass eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von § 21 Abs. 1 EnWG nicht vorgesehen ist.<sup>1017</sup> Im EnWG 1998 war das horizontale Diskriminierungsverbot nicht ausdrücklich erwähnt, wurde aber aus §§ 6 Abs. 1, 6a Abs. 2 EnWG durch teleologische und systematische Auslegung hergeleitet.<sup>1018</sup>

Dass ein Diskriminierungsverbot den Interessen der Zugangspetenten dient, ist einleuchtend und überdies in vorherigen Ausführungen hinreichend deutlich dargestellt worden.<sup>1019</sup>

### cc) Transparenz

Das Transparenzgebot aus § 21 Abs. 1 EnWG geht zurück auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 EltRI'03, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GasRI'03. Es dient der Sicherung und Ergänzung der Angemessenheit und des Diskriminierungsverbotes durch die Möglichkeit einer

---

<sup>1013</sup> Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 24.

<sup>1014</sup> Missling, § 21 EnWG, Rn. 28. Dieser sieht hierin auch eine zusätzliche Absicherung des Angemessenheitskriteriums, da mit der Vergleichbarkeit hier ein handhabbarer Maßstab geliefert wird.

<sup>1015</sup> So auch Missling, § 21 EnWG, Rn. 29.

<sup>1016</sup> Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 51; Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 29.

<sup>1017</sup> Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 51.

<sup>1018</sup> Busse von Colbe, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 29.

<sup>1019</sup> Vgl. Abschnitt D.II.3.c) und 4.

Überprüfung der Bedingungen und Entgelte des Netzbetreibers.<sup>1020</sup> Damit dient das Transparenzgebot der „effektiven Durchsetzung des Netzzugangsanspruchs“.<sup>1021</sup>

*b) Drittschutz aus Zusammenspiel mit § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG*

§ 21 EnWG darf in seiner subjektive öffentliche Rechte begründenden Dimension nicht nur isoliert betrachtet werden. Verfahrensmäßig wird § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG durch § 20 Abs. 1a und Abs. 1b EnWG konkretisiert, § 21 Abs. 1 EnWG hat das materiell-rechtliche „Wie“ des Netzzugangs zum Gegenstand.<sup>1022</sup> Das bedeutet, dass § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG und § 21 Abs. 1 EnWG in einem inneren Sachzusammenhang stehen. Der gesetzliche Netzzugangsanspruch wird erst durch § 21 Abs. 1 EnWG rechtlich abgesichert. Nur durch die Sicherstellung, dass die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs so auszugestalten sind, dass der Anspruch in einem wirtschaftlichen Rahmen genutzt werden kann, kann sich überhaupt die wettbewerbs-etablierende Funktion, die die §§ 20ff. EnWG i.S.d. § 1 Abs. 2 EnWG ausüben, entfalten.

Dieses Ineinandergreifen des „Ob“ des gesetzlichen Netzzugangsanspruchs aus § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG und des materiellen „Wie“ im Sinne einer Gewährleistung desselben macht deutlich, dass sich eine drittschützende Wirkung aus § 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 EnWG ergibt. Gerade zwecks Bestimmung des Berechtigtenkreises wäre hier systematisch auf § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG zu verweisen.

Für die Konfliktschlichtungsformel zieht Schmidt-Preuß aus diesem Zusammenspiel der beiden Zentralnormen der Netzzugangsregulierung das Konfliktschlichtungsprogramm des diskriminierungsfreien Zugangs.<sup>1023</sup>

4. § 21a EnWG – Regulierungsvorgaben für Anreize für eine effiziente Leistungserbringung

Zu berücksichtigen ist, dass die Anreizregulierung zur kostenorientierten Netzentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG ein zeitlich abgestuftes System darstellt. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 ARegV werden die Netzentgelte seit dem 1. Januar 2009 im Wege der Anreizregulierung bestimmt. An sich will die Anreizregulierung gemäß § 21a

---

<sup>1020</sup> Groebel, § 21 EnWG, § 21 EnWG, Rn. 50 Missling, § 21 EnWG, Rn. 34.

<sup>1021</sup> Missling, § 21 EnWG, Rn. 34.

<sup>1022</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762. Damit würde auch deutlich, dass die Bedingungen und Entgelte des Netzzugangs keine eigenständige Regelungsmaterie in der Systematik des EnWG sind, Theobald/Zenke/Dessau, in: Theobald., Abs. 81.

<sup>1023</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762.

EnWG und ARegV lediglich beim Adressaten Impulse zur Effizienzsteigerung setzen.<sup>1024</sup> Von einem eigenständigen Drittschutz aus der Anreizregulierung ist daher nicht auszugehen.

#### 5. §§ 21b-23 EnWG – Messung und Ausgleichenergie

Wenngleich in der (Strom-)Messung ein Segment des Energiemarktes identifiziert wird, in dem potenziell marktmäßige Mechanismen dauerhaft Wirkung entfalten können, sind die betreffenden Vorschriften des EnWG (§§ 21b–21i EnWG) ohne jedweden Drittschutzgehalt.

Die Regelungen zur Ausgleichsenergie (§§ 22 und 23 EnWG) enthalten zwar Kriterien, die auf einen Drittschutz hindeuten (transparent, nichtdiskriminierend). Allerdings werden keine Berechtigten genannt, weswegen es hier an der Anerkennung deren Interessen fehlt.

#### 6. § 23a EnWG – Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang

§ 23a unterstellt die kostenorientierten Entgelte nach § 21 Abs. 2 S. 1 EnWG einem präventiven Erlaubnisvorbehalt; liegen die Voraussetzungen der Genehmigung vor, so ist die Erteilung eine gebundene Entscheidung.<sup>1025</sup>

Die Netzentgeltgenehmigung stellt einen privatrechtsbezogenen Verwaltungsakt dar, der eine öffentlich-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für privatautonomes Verhalten ist.<sup>1026</sup>

Die Netzentgeltgenehmigung hat aber keine privatrechtsgestaltende Wirkung.<sup>1027</sup> Die genehmigten Entgelte sind eine Obergrenze (vgl. § 23a Abs. 2 S. 2 EnWG), die nicht über-, allerdings sehr wohl unterschritten werden kann.<sup>1028</sup> Die konkrete Ausgestaltung der Netzentgelte und -zugangsbedingungen bleibt aber den Vertragsverhandlungen zwischen Netzbetreiber und Zugangspetenten vorbehalten.<sup>1029</sup> Durch die

---

<sup>1024</sup> Pedell, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß u. a., Rn. 9ff.

<sup>1025</sup> So auch Britz, § 23a EnWG, Rn. 7; Litpher/Richter, § 23a EnWG, § 23a EnWG, Rn. 13f.

<sup>1026</sup> Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (153).

<sup>1027</sup> Missling, § 23a EnWG, Rn. 237; Greinacher/Helmes, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2008, S. 12 (13); Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (153f.).

<sup>1028</sup> Britz, § 23a EnWG, Rn. 8; Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (154f.).

<sup>1029</sup> BVerwGE 95, 133 (135); Greinacher/Helmes, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2008, S. 12 (13).

Billigkeitskontrolle aus § 315 BGB ist der Netznutzer jedoch nicht schutzlos gestellt.<sup>1030</sup>

Jenseits der materiellen Reichweite der Netzentgeltgenehmigung wird jedoch diskutiert, ob sie dem Grunde nach bereits eine drittschützende Wirkung entfaltet.<sup>1031</sup>

a) Wortlaut

Aus § 23a Abs. 1 EnWG lässt sich ein Berechtigtenkreis bestimmen. Indem „Entgelte für den Netzzugang“ unter das Genehmigungserfordernis gestellt sind, werden im Umkehrschluss die zum Netzzugangsentgelt Verpflichteten miteinbezogen. Weil aber der Wortlaut von § 23a keine rechtlich geschützten Interessen konturiert, lässt sich kein Drittschutz aus § 23a Abs. 1 oder Abs. 2 herleiten.<sup>1032</sup>

b) Genese

Voreilig erscheint die Auffassung, dass die Genese des § 23a EnWG deswegen gegen eine drittschützende Wirkung spreche, weil der Gesetzgeber trotz der Kenntnis der Rechtsprechung zu § 12 BTOElt<sup>1033</sup> die Entgeltgenehmigung nur als einen privatrechtsbezogenen Verwaltungsakt ausgestaltet habe.<sup>1034</sup> Eine solche Interpretation übersieht, dass § 23a EnWG mit seiner Ex-ante-Entgeltgenehmigung im ursprünglichen Entwurf zum novellierten EnWG 2005 nicht vorgesehen war, sondern erst im Vermittlungsverfahren eingefügt wurde.<sup>1035</sup> Kern dieser Debatte ist die mit einer Ex-post-Preiskontrolle verbundene Unsicherheit der Netznutzer gewesen,<sup>1036</sup> und § 23a EnWG wurde erst kurz vor Abschluss der Verhandlungen noch mit eingefügt.<sup>1037</sup>

Wenngleich der Text des § 23a EnWG sich an dem § 12 BTOElt orientiert,<sup>1038</sup> darf doch vor dem Hintergrund der kontroversen Entstehung und der Tatsache, dass § 23a EnWG systematisch als Ex-ante-Entgeltregulierung hervorsteicht, nicht ohne weiteres

---

<sup>1030</sup> BGH EnZR 105/10; Missling, § 23a EnWG, Rn. 237.

<sup>1031</sup> Sehr ausführlich und ablehnend hierzu Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (153f.).

<sup>1032</sup> So auch Missling, § 23a EnWG, Rn. 239; Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (153).

<sup>1033</sup> BVerwGE 95, 133 (135).

<sup>1034</sup> So Missling, § 23a EnWG, Rn. 239, der sich bezieht auf Sauerland, Recht der Energiewirtschaft 2007, S. 153 (155f.). Deutlich davon distanzierend Litpher/Richter, § 23a EnWG, § 23a EnWG, Rn. 74, der einen zu großen Unterschied zwischen § 12 BTOElt und § 23a sieht, als dass aus der alten Rechtsprechung Rückschlüsse auf die aktuelle Rechtslage geschlossen werden könnten.

<sup>1035</sup> Missling, § 23a EnWG, Rn. 15ff.; Theobald/Zenke/Dessau, in: Theobald., Rn. 77.

<sup>1036</sup> Missling, § 23a EnWG, Rn. 17f.

<sup>1037</sup> Missling, § 23a EnWG, Rn. 24.

<sup>1038</sup> Missling, § 23a EnWG, Rn. 17.

ein bewusstes Akzeptieren der Rechtsprechung zu § 12 BTO/Elt angenommen werden. Vielmehr ist hier ein politischer Aushandlungsprozess zu unterstellen, der wenig Rücksicht auf juristische Systematik nahm.

c) Systematik

Gerade im Licht der Entstehungsgeschichte von § 23a EnWG muss sehr vorsichtig hinsichtlich der systematischen Auslegung argumentiert werden.

Zum einen stellt § 23a EnWG wegen seines Ex-ante-Charakters eine Besonderheit im Normengefüge des EnWG 2005 dar, so dass sich hier im Sinne einer „Gleichförmigkeit“ des ansonsten ex post angelegten Netzzugangsregimes des EnWG Rückschlüsse verbieten. Gleichwohl dient § 23a EnWG der Durchsetzung des gesetzlichen Netzzugangsanspruchs aus § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG und dessen absichernden Kriterienkatalogs aus § 21 Abs. 1 EnWG. Gerade indem § 23a Abs. 2 S.1 EnWG die „Anforderungen dieses Gesetzes“ zur Voraussetzung der Genehmigung macht, entfalten die drittschützenden Zugangskriterien hier ihre Wirkung. Insofern kann hier ein Drittschutz aus § 23a Abs. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 EnWG angenommen werden.<sup>1039</sup>

Zugleich darf in der Durchbrechung der noch deutlich an dem Kartellrecht angelehnten<sup>1040</sup> und weit weniger drittschutzintensiven Ex-post-Kontrolle ein Indiz für einen Drittschutz gesehen werden. So ist hier eine mit dem telekommunikationsrechtlichen Regulierungsregime vergleichbare Ausgangslage und Ausgestaltung erkennbar,<sup>1041</sup> welche einen relativ dichten Drittschutz aufweist.<sup>1042</sup>

d) Teleologie

§ 1 Abs. 2 EnWG nennt die „Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs“ als Regulierungsziel. Wie bereits ausgeführt, hat der Begriff Wettbewerb in seiner regulierungsrechtlichen Wirkung auch eine individualschützende Komponente. Wettbewerb setzt notwendigerweise mehrere miteinander konkurrie-

---

<sup>1039</sup> Dies wird selbst anerkennend angedeutet von Sauerland, *Recht der Energiewirtschaft* 2007, S. 153 (155).

<sup>1040</sup> Siehe hierzu die ursprüngliche Überlegung, hoheitliche Maßnahmen im Bereich der Preis- und Entgelt-aufsicht nur durch die Missbrauchskontrolle nach § 30 vorzunehmen, *Missling*, § 23a EnWG, Rn. 15.

<sup>1041</sup> So *Litpher/Richter*, § 23a EnWG, § 23a EnWG, Rn. 75.

<sup>1042</sup> Vgl. Abschnitt E.III.

rende Marktteilnehmer voraus. Insofern sind auch hier drittschutzverneinende Argumente aus dem Wettbewerbsbegriff heraus zu verneinen.<sup>1043</sup>

Gerade weil § 23a EnWG nicht in das übrige System der Zugangsregulierung so ohne weiteres eingefügt werden kann, muss hier auf die übergeordneten Zwecke aus § 1 Abs. 2 EnWG, aber auch der Zugangsregulierung zurückgegriffen werden. Daher wird auch durch die teleologische Auslegung des § 23a EnWG subjektive öffentliche Rechte begründet.

Kommt beim durch diese Norm verpflichteten Netzinhaber eine beträchtliche Marktmacht, wie sie das Verfahren nach §§ 10f. TKG festzustellen sucht, in Betracht, so ist diese wegen der Zielbestimmung des „wirksamen Wettbewerbs“ aus § 1 Abs. 2 EnWG dahingehend zu berücksichtigen, dass gegen diesen ein noch größeres Schutzbedürfnis und damit korrespondierend ein noch intensiverer Drittschutz geltend gemacht werden kann.<sup>1044</sup>

e) *Konfliktschlichtungsformel*

Folgt man Schmidt-Preuß, so muss eine drittschützende Wirkung des § 23a EnWG mit der Begründung abgelehnt werden, dass diese Norm ein Genehmigungserfordernis im Rahmen der „pauschalisierenden, breitflächigen Kalkulationsvorschrift, die [die] Kostenorientierung“<sup>1045</sup> des § 21 Abs. 2 EnWG darstellt. Zusätzlich werden in den §§ 4ff. der StromNEV und §§ 4ff. GasNEV, die nach § 23a Abs. 2 EnWG zu den rechtlichen Anforderungen der Entgeltgenehmigung gehören, „regulatorische Fixierung der Entgeltkalkulation und ihrer Parameter“ vermutet.<sup>1046</sup>

Außer Betracht bleibt an dieser Stelle wiederum § 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 EnWG, obwohl Schmidt-Preuß hierin selber eine drittschützende Normenkette sieht.<sup>1047</sup> Hierbei wirken diese Zentralnormen des Netzzugangsregimes auch auf § 23a EnWG ein, zumal der 3. Abschnitt aus Teil 3 des EnWG systematisch keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Zugang an sich und den Bedingungen und Entgelten macht.<sup>1048</sup> §§ 20 Abs. 1 S. 1 EnWG i.V.m. § 21 Abs. 1 kommt daher die

---

<sup>1043</sup> Vgl. Abschnitt D.I.4.

<sup>1044</sup> Vgl. hierzu Abschnitt H.I.3.a).

<sup>1045</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 763.

<sup>1046</sup> Ebenda.

<sup>1047</sup> So Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762f.

<sup>1048</sup> Theobald/Zenke/Dessau, in: Theobald., Rn. 77.

Funktion einer legislatorischen Leitlinie zu,<sup>1049</sup> auch weil § 23a Abs. 2 S. 1 EnWG ausdrücklich die Anforderungen des EnWG zur Voraussetzung der Genehmigung macht.

Die widerstreitenden Interessen werden damit anerkannt, dass aus § 23a Abs. 1 die mit den Entgelten berechtigten bzw. verpflichteten Vertragsparteien angesprochen sind. §§ 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 EnWG wirken nun dahingehend auf § 23a Abs. 2 EnWG ein, dass die Interessen der Zugangspetenten so gewichtet werden, dass die Genehmigung auch zur Sicherung des diskriminierungsfreien sowie des Zugangs überhaupt nach §§ 20 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 1 EnWG dient.

#### 7. §§ 24-28a EnWG

§ 24 EnWG enthält eine Verordnungsermächtigung an die Exekutive. Nach § 24 S. 3 1. HS EnWG muss „das Interesse an der Ermöglichung eines effizienten und diskriminierungsfreien Netzzugangs“ berücksichtigt werden und das Ganze nach § 24 S. 3 2. HS EnWG auch den Regulierungszielen nach § 1 Abs. 2 EnWG dienen. Eine drittschützende Wirkung scheidet deswegen aus, weil es sich dabei ausschließlich um Vorgaben an den Ordnungsgeber handelt, die nicht auf eine (berechtigende) Wirkung auf andere angelegt ist.

§ 26 EnWG entzieht den Zugang zu vorgelagerten Rohrleitungsnetzen und Speichereinrichtungen im Gassegment dem regulierten Zugang nach §§ 20–24 EnWG und statuiert stattdessen einen verhandelten Netzzugang auf der Basis der §§ 27 und 28 EnWG.<sup>1050</sup> Aus § 27 EnWG<sup>1051</sup> und § 28 EnWG<sup>1052</sup> geht jedoch hervor, dass der Streit um § 6a EnWG 1998, ob ein Kontrahierungszwang oder ein gesetzlicher Zugangsanspruch vorliege, zu Gunsten des gesetzlichen Zugangsanspruchs entschieden wurde.<sup>1053</sup>

### **IV. Besondere Sanktionsmechanismen**

Abschnitt 4 des dritten Teils des EnWG statuiert eine Reihe von Instrumenten, die in der Anschluss- und der Zugangsregulierung aufgestellten Grundsätze abzusichern

<sup>1049</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 165f. Vgl. Abschnitt D.III.1.e) sowie zur Verwendung im Rahmen der TK-Entgeltregulierung.

<sup>1050</sup> Barbknecht, § 26 EnWG (2010), § 26 EnWG, Rn. 1.

<sup>1051</sup> „haben anderen Unternehmen [...] zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die angemessen und nicht ungünstiger sind, als [...]“.

<sup>1052</sup> „haben anderen Unternehmen den Zugang [...] zu angemessenen und diskriminierungsfreien [...] Bedingungen zu gewähren“.

<sup>1053</sup> Barbknecht, § 26 EnWG (2010), § 26 EnWG, Rn. 5.



und bei Verstößen zu sanktionieren. Gerade mit Blick auf den Ausschluss des allgemeinen Wettbewerbsrechts aus § 111 EnWG kommt diesen Vorschriften eine besondere Bedeutung zu.<sup>1054</sup>

### 1. § 29 EnWG – Verfahren zur Festlegung und Genehmigung

§ 29 EnWG, der Art. 23 Abs. 2 Beschleunigungsrichtlinie-Strom und Art. 25 Abs. 2 Beschleunigungsrichtlinie-Gas umsetzt, gibt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit, in den ausdrücklich von Gesetzes oder Verordnung wegen bestimmten Fällen sog. Festlegungsentscheidungen hinsichtlich Methoden und Bedingungen<sup>1055</sup> des Netzanschlusses und -zugangs zu treffen. Ermöglicht wird damit, den Regulierungsaufwand dadurch zu reduzieren, dass anstelle einer Vielzahl von Genehmigungen bzw. Missbrauchsentscheidungen eine einheitliche Festlegung ggü. einem, mehreren oder allen Netzbetreibern ermöglicht wird.<sup>1056</sup>

§ 29 Abs. 1 EnWG gibt der Regulierungsbehörde allerdings keine materiellen Entscheidungskompetenzen; diese ergeben sich ausschließlich aus dem Gesetzes- und Verordnungsrecht.<sup>1057</sup> Die Festlegung stellt insofern eine bloße Konkretisierung dar.<sup>1058</sup> § 29 EnWG stellt mithin bloß eine Befugnisnorm ohne materiellen Gehalt für die Regulierungsbehörde dar.<sup>1059</sup> Aus beidem, der bloßen Ermächtigung der Verwaltung und der ergänzenden Funktion der Festlegungsentscheidung, geht hervor, dass § 29 EnWG sowohl nach der Schutznormlehre als auch nach der Konfliktschlichtungsformel keine drittschützende Wirkung entfaltet.

---

<sup>1054</sup> Robert, § 30 EnWG, Rn. 2.

<sup>1055</sup> Der Bedingungsbegriff ist hierbei weit zu verstehen, so dass auch der Preis hierunter fällt; so Schmidt-Preuß, § 29 EnWG, § 29 EnWG, Rn. 29.

<sup>1056</sup> Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 455; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 56. Gerade dieser Umstand macht die Einordnung in die Formen des Verwaltungshandeln schwierig, anstelle vieler: Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 465ff.; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 57.

<sup>1057</sup> So auch Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 456. In einem gewissen Widerspruch hierzu steht sein Befund von der „quasi (oder faktischen) gesetzgeberischen Tätigkeit“ des Gesetzgebers, Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 7.

<sup>1058</sup> Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 458, der die Gesetzesbegründung BT-DS 15-3917, S. 62 so begreift, dass § 29 eine Ergänzung des Energierechts in die Tiefe, nicht in die Breite darstellt.

<sup>1059</sup> Britz, § 29 EnWG, Rn. 1; Attendorn, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 452/456.

## 2. § 30 EnWG – Missbräuchliches Verhalten eines Netzbetreibers

§ 30 EnWG setzt Art. 23 Abs. 8 ElrRI'03 sowie Art. 25 Abs. 8 GasRI'03 um. § 30 EnWG ist, wie andere Missbrauchstatbestände sektorspezifischer Regulierung auch (§§ 28 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 S. 1 TKG) am allgemeinen Wettbewerbsrecht, namentlich §§ 19 und 20 GWB, angelehnt.<sup>1060</sup> Eine wichtige Gemeinsamkeit mit den anderen Missbrauchsverboten der sektorspezifischen Rechtsmaterien besteht darin, dass auch bei § 30 Abs. 1 EnWG zwischen dem ersten und zweiten Satz deutlich unterschieden werden muss.<sup>1061</sup>

§ 30 Abs. 1 S. 1 EnWG verbietet den Energienetzbetreibern, ihre Marktstellung missbräuchlich einzusetzen. Wie bereits vielfach erwähnt, enthält solch ein Missbrauchsverbot stets eine individualschützende Komponente.<sup>1062</sup> Vom Wortlaut her enthält § 30 Abs. 1 S. 1 eine drittschützende Wirkung. Aus der Genese geht auch dies wegen der ausdrücklichen Bezugnahme auf die „materiellen Wertungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“<sup>1063</sup> hervor. Vor allem wegen der angesprochene Rechtsschutzmöglichkeit, die in § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG steckt,<sup>1064</sup> sowie die Möglichkeit, den Netzzugang mittels § 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 EnWG auch hoheitlich anzuordnen, mithin den Netzzugangsanspruch aus § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG hierdurch hoheitlich abzusichern,<sup>1065</sup> sprechen auch systematische Erwägungen für eine drittschützende Wirkung. Schließlich ist auch aus dem Sinn und Zweck des § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG ein Drittschutz herzuleiten. § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG darf „nicht darauf reduziert werden, dass Rechte des Einzelnen nur als Mittel zum Schutz des Systems der Energieversorgung begründet werden sollen“.<sup>1066</sup>

In § 30 Abs. 1 S. 2 EnWG werden Beispieltatbestände benannt, die den Missbrauchstatbestand konkretisieren.<sup>1067</sup> Gegenüber den zu §§ 28 Abs. 1 und § 42 Abs. 1 TKG gemachten Aussagen<sup>1068</sup> zum Verhältnis der drittschutzbegründenden Missbrauchstatbeständen und der Beispiele wäre hier nichts weiter hinzuzufügen.

---

<sup>1060</sup> Robert, § 30 EnWG, Rn. 13; Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 61.

<sup>1061</sup> Vgl. Abschnitt D.III.2.b), D.IV.3.a).

<sup>1062</sup> So auch konkret für § 30 Abs. 1 S. 1 Weyer, § 30 EnWG, § 30 EnWG, Rn. 5.

<sup>1063</sup> So BT-DS 15/3917 S. 63.

<sup>1064</sup> Vgl. Abschnitt E.I.2.d).

<sup>1065</sup> So besonders deutlich, wenn Britz, Vorb. zu §§ 20ff., Rn. 22 dies als eine der Vorbemerkungen zum Netzzugangsregulierungsregime der §§ 20ff. erwähnt.

<sup>1066</sup> Weyer, § 30 EnWG, § 30 EnWG, Rn. 5.

<sup>1067</sup> So auch BT-DS 15/3917 S. 63; Robert, § 30 EnWG, Rn. 13/15ff.

<sup>1068</sup> Abschnitt D.III.2.b), D.IV.3.a).

Zu diesem Befund kommt auch die Anwendung der Konfliktschlichtungsformel. Auch hier sei auf die Ausführungen zu §§ 28 Abs. 1 S. 1 sowie 42 Abs. 1 S. 1 TKG verwiesen, die in den Marktmissbrauchstatbeständen das Konfliktschlichtungsprogramm der diskriminierungsfreien Entgeltgestaltung verwirklichen.

### 3. § 31 EnWG – Besonderes Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde

§ 31 EnWG steht in einem engen Zusammenhang zu § 30 EnWG.<sup>1069</sup> Während § 30 EnWG die allgemeine Missbrauchsaufsicht bietet, stellt § 31 EnWG eine Sonderregelung dar.<sup>1070</sup> Zugleich stellt § 31 EnWG eine Sonderregelung gegenüber dem allgemeinen Aufsichtsverfahren der § 65ff. EnWG dar.<sup>1071</sup>

Allerdings wird mit § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG nur ein Antragsrecht eingeräumt, wofür auch die Entstehung des EnWG 2005 spricht.<sup>1072</sup> Mithin verleiht § 31 EnWG nur ein Verfahrensrecht, das allerdings hinsichtlich einer gerichtlichen Überprüfung als Indiz für ein materielles Recht gewertet werden kann.<sup>1073</sup>

### 4. § 32 EnWG – Unterlassungsanspruch, Schadensersatzanspruch

Sowohl nach Schutznormlehre als auch nach Konfliktschlichtungsformel ist § 32 EnWG als drittschützend zu verstehen.<sup>1074</sup>

Es ist in § 32 Abs. 1 S. 1 EnWG ein eindeutig identifizierbarer und von der Allgemeinheit abgrenzbarer Berechtigtenkreis zu erkennen, dem hier das Recht auf „Beseitigung einer Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr [...] Unterlassung“ zuerkannt wird. Besonders durch die Schadensersatzverpflichtung aus § 32 Abs. 3 S. 1 EnWG wird deutlich, dass in § 32 Abs. 1 S.1 EnWG schützenswerte Rechte begründet werden.

### 5. § 33 EnWG – Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde

Ebenso wie im Fall der strukturgleichen und im Wortlaut sehr ähnlichen telekommunikationsrechtlichen Vorteilsabschöpfung aus § 43 TKG handelt es sich bei § 33 EnWG um eine bloße Sanktionsnorm, die keine subjektiven öffentlichen Rechte begründet.

---

<sup>1069</sup> So Robert, § 31 EnWG, Rn. 3.

<sup>1070</sup> Ausführlich zum Verhältnis Robert, § 31 EnWG, Rn. 3.

<sup>1071</sup> BT-DS 15/3917 S. 80.

<sup>1072</sup> BT-DS 15/3917 S. 63.

<sup>1073</sup> Vgl. dazu Abschnitt C.V.

<sup>1074</sup> So auch Attendorp, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, S. 449.

## 6. § 35 EnWG – Monitoring

§ 35 EnWG ist eine Befugnisnorm, die der Regulierungsbehörde die Möglichkeit gibt, zum Zweck der Aufgabenerledigung ein Monitoring durchzuführen.

## **V. Letztverbraucherversorgung**

Der vierte Teil des EnWG, auch als Energievertragsrecht bezeichnet, wird dem Schuldrecht zugeordnet.<sup>1075</sup> Dass diese Rechtsmaterie im EnWG blieb, ist insofern von Vorteil, als hiermit deutlich wurde, dass diese Verträge den Grundsätzen eines regulierten Marktes unterworfen sind.<sup>1076</sup> Zugleich geht aus der systematischen Stellung im EnWG als eigenständiger Teil deutlich hervor, dass das EnWG die Versorgung der Letztverbraucher nicht einen vom natürlichen Monopol geprägten Problemkomplex betrachtet und deswegen nicht als weiteren Abschnitt des dritten Teils als Bestandteil der „Regulierung des Netzbetriebs“ integriert hat.<sup>1077</sup>

Damit fällt die Letztverbraucherversorgung des vierten Teils des EnWG formal aus dem Untersuchungsrahmen dieser Arbeit heraus. Gleichwohl sollen hierzu einige Ausführungen gemacht werden, vor allem weil andere marktregulierende Gesetze sich durchaus der Frage der Entgeltregulierung gegenüber den Verbrauchern widmen (§ 39 TKG).

### 1. § 36 – Grundversorgungspflicht

In Kontinuität zur Rechtslage des § 10 EnWG 1998 sind die Energiegrundversorger gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG in ihrem Netzgebiet dazu verpflichtet, Haushaltskunden zu den von ihnen veröffentlichten Pflichten zu versorgen. Damit ist der Kreis der Berechtigten klar von der Allgemeinheit abgegrenzt.<sup>1078</sup> Der Inhalt der Grundversorgungspflicht wird durch die Grundversorgungsverordnungen für den Strom- und Gassektor (GVVStrom und GVVGas) geleistet, die auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung aus § 39 Abs. 1 S. 1 ergangen sind; im Ergebnis läuft die Grundversorgung aber auf eine Vollversorgung hinaus.<sup>1079</sup>

---

<sup>1075</sup> Busche, Vor § 36 EnWG, Rn. 1f.

<sup>1076</sup> Ebenda. Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 4 sieht zwar im Grundsatz eine Regulierung des Energievertriebs als gegeben an, allerdings weit weniger intensiv als in der Anschluss- oder Zugangsregulierung.

<sup>1077</sup> So im Ergebnis auch: Eder, § 36 EnWG, § 36 EnWG, Rn. 15.

<sup>1078</sup> Busche, Vor § 36 EnWG, Rn. 8.

<sup>1079</sup> So unter besonderer Berücksichtigung der richtlinienkonformen Auslegung auch Busche, Vor § 36 EnWG, Rn. 5f.

Allerdings geht das subjektive öffentliche Recht aus § 36 nicht auf einen gesetzlichen Anspruch. Zunächst einmal kann hier angeführt werden, dass üblicherweise im Bereich der Daseinsfürsorge von einem Kontrahierungszwang ausgegangen wird.<sup>1080</sup> Aus § 36 Abs. 3 EnWG („auf der Grundlage des Absatzes 1 geschlossenen Energielieferverträgen“) geht hervor, dass § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG nur einen Anspruch auf Abschluss eines solchen die Grundversorgung sicherstellenden Energieliefervertrages hat.

## 2. §§ 37–42 EnWG

Die restlichen Vorschriften des Vierten Teils enthalten als Vorgaben an die Energieversorger und Verordnungsermächtigungen keinerlei drittschützenden Gehalt.

## **VI. Zusammenfassende Betrachtung**

Die energierechtliche Marktregulierung wird von § 20 und § 21 EnWG geprägt, die beide unter der Zugangsregulierung firmieren. Insofern greifen beide Normen auch eng ineinander. Das gesetzlich begründete Zugangsrecht aus § 20 Abs. 1 EnWG wird durch die Mindestanforderungen an die Zugangsentgelte und -konditionen abgesichert. Beide Normen tun dies, indem Wettbewerbern subjektive öffentliche Rechte eingeräumt werden. Allerdings bleibt die subjektive Berechtigung und damit der Drittschutz auf dieser sehr grundsätzlichen Ebene stehen. Die den Netzzugang regelnden Rechtsverordnungen bringen keine eigene Individualisierung mit hinein. Die Berechtigung des Wettbewerbers zum „Ob“ und „Wie“ des energierechtlichen Netzzugangs bleibt damit recht allgemein.

Der Befund zur Netzentgeltregulierung, also des „Wie teuer“, bringt dem schutzbedürftigen Zugangspetenten nur eine noch theoretische Rechtsposition im Rahmen der Preisgestaltung. Die kostenorientierte Ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte nach § 23a EnWG mag nach der vorgenommenen Prüfung die individualschützende Dimension der §§ 20 und 21 EnWG in das Prüfprogramm mit aufnehmen. Allerdings war § 23a EnWG praktisch relevant in der ersten Regulierungsperiode, die 2008 zu Ende ging.<sup>1081</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 ARegV werden seit dem 1. Januar 2009 die Netzentgelte im Wege der Anreizregulierung festgelegt. Weder in § 21a EnWG noch in der ARegV sind Hinweise auf eine Individualisierung zu erkennen.

---

<sup>1080</sup> Busche, Vor § 36 EnWG, Rn. 40ff.; Eder, § 36 EnWG, § 36 EnWG, Rn. 7ff.

<sup>1081</sup> Theobald/Kafka in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 169.

Für den Schutz der Wettbewerber sind die sich mit der Netzentgeltregulierung befassenden Vorschriften des EnWG bzw. der hierauf beruhenden Verordnungen ein blinder Fleck.

Auch in diesem Kontext muss daher das BGH-Urteil Stromnetznutzungsentgelt V<sup>1082</sup> eingeordnet werden. Würde nicht die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle aus § 315 Abs. 3 BGB auf Teile des regulierungsbehördlichen Verfahrens angewendet werden,<sup>1083</sup> dann würden in der energierechtlichen Marktregulierung Rechtsschutzlücken aufklaffen.<sup>1084</sup> Es bleibt abzuwarten, ob diese Ausweitung des Kontrollprogramms des § 315 Abs. 3 BGB die für vertragliche Leistungsbestimmungen angelegte Norm überstrapaziert. Von einer sich aufdrängenden Lösung des Rechtsschutzproblems in der Energiemarktregulierung kann nicht gesprochen werden. Oder kurz gesprochen: Materiell-rechtlich haben die Wettbewerber nur einen holzschnittartigen, prozessrechtlich einen durch den BGH mit dem Feigenblatt der zivilrechtlichen Billigkeitsprüfung zugedeckten Rechtsschutz.

Auch wenn die Regulierung des Endkundenmarktes für die Wettbewerbsetablierung keine *conditio sine qua non* ist, kann nicht behauptet werden, dass ein Rechtsschutz von Endkunden kein Thema wäre.<sup>1085</sup> Der in § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG festgelegte Kontrahierungszwang stellt keine Norm der Endkundenentgeltregulierung dar, sondern sichert nur den vertragsmäßigen Bezug von Strom. Gerade wenn mit dem Urteil Stromnetzzugangsentgelt V der § 315 Abs. 3 BGB auch auf behördliche Verfahren angewandt werden kann und weil die Endkundenmarktaufsicht aus § 29 GWB seit 1. Januar 2013 nicht stattfindet,<sup>1086</sup> werden wohl dem Gedanken des § 315 Abs. 3 BGB wieder im ureigensten Bereich der Preiskontrolle auch ggü. Endkunden Auftrieb bekommen.<sup>1087</sup>

---

<sup>1082</sup> BGH EnZR 105/10.

<sup>1083</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 19.

<sup>1084</sup> BGH EnZR 105/10, Rn. 24ff.

<sup>1085</sup> So wohl Danner in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 8; Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise., S. 2.

<sup>1086</sup> So aus § 131 Abs. 7 GWB. Obwohl mehrfach Preisaufsichtsverfahren auf der Grundlage des § 29 GWB durchgeführt wurden, bewertet Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 24f. diese Norm kritisch und hat sich gegen eine Verlängerung über den 31. Dezember 2012 hinaus ausgesprochen.

<sup>1087</sup> Anders Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 2.

Dieser Einschätzung einer geringen Berechtigung von Wettbewerbern und Endkunden entspricht die Bewertung des gegenwärtigen Standes der Wettbewerbsentwicklung in den Energiemärkten. Für die eng mit der Netzinhaberschaft verknüpften Systemdienste wird eine oligopolistische Struktur angenommen.<sup>1088</sup> Für das Bestehen eines Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt gibt es Indizien,<sup>1089</sup> wie es auch dagegen sprechende, wie z.B. Marktmachtkonzentrationen, gibt.<sup>1090</sup> In den letzten vier Jahren sind – sinkenden Netzzugangsentgelten zum Trotz – die Endkundenentgelte angestiegen.<sup>1091</sup> Insofern kommt die Monopolkommission zu einer ambivalenten Einschätzung der Wettbewerbsentwicklung in den Energiemärkten.<sup>1092</sup>

Gerade vor dem Hintergrund der Veränderungen in der Energiewirtschaft durch Energiewende u.Ä. stellt sich die Frage, ob auch der Regulierungsrahmen angepasst werden müsste, um auch diesen wettbewerbsrelevanten Herausforderungen gewachsen zu sein.

---

<sup>1088</sup> So Zenke/Wollschläger in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 36f.

<sup>1089</sup> So liest die Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 293 aus einer Reihe von Statistiken das Vorhandensein eines Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten heraus.

<sup>1090</sup> Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 24 merkt an, dass z.B. von der Marktmacht der vier größten Stromerzeuger im Grundversorgungsbereich ein Risiko für die langfristige positive Entwicklung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten ausgehe.

<sup>1091</sup> Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 23f.

<sup>1092</sup> „Die Monopolkommission sieht in der Entwicklung des Wettbewerbs im Energiesektor in den vergangenen Jahren Licht und Schatten. Zuversichtlich stimmt die Monopolkommission, dass der politische Wille, die Energiemärkte wettbewerbspolitisch weiterzuentwickeln, auf europäischer und auf nationaler Ebene im Grundsatz vorhanden scheint. Allerdings bestehen auf den Energiemärkten weiterhin unterschiedliche und zum Teil erhebliche Wettbewerbsdefizite, die konsequent angegangen werden sollten“, Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 14.

## **G. Drittschutz in der Marktregulierung des AEG**

### **I. Grundlagen**

Auch die Regulierung des Eisenbahnmarktes unterliegt spezifischen Voraussetzungen, die zum einen die konkret im AEG bzw. darauf aufbauenden Rechtsverordnungen getroffenen Anordnungen erst begreifbar machen. Zum anderen ist dieser Hintergrund für die Auslegung der genannten Regulierungsvorschriften und die daraus resultierende Praxis prägend.

#### **1. Tatsächliche Grundlagen**

Die Wertschöpfung im Eisenbahnsektor lässt sich auf drei Ebenen unterscheiden:<sup>1093</sup>

- Die Infrastrukturebene umfasst die beiden Bereiche der eigentumsrechtlichen Bereitstellung und den Betrieb des Netzes,
- Die Steuerungsebene, also die Koordinierung der Streckennutzung, sowohl im Voraus durch die „Ex-ante-Koordinierung“<sup>1094</sup> Fahrpläne als auch die „Real-time-Koordinierung“<sup>1095</sup> der Zugbewegungen.
- Die Verkehrsebene.

Wie in den anderen Netzwirtschaften wird die Infrastrukturebene als nicht wettbewerbsfähige Ebene angesehen.<sup>1096</sup> Auf der Infrastrukturebene muss allerdings unterschieden werden. Sog. Serviceeinrichtungen wie Bahnhöfe, Werkstätten, Depots usw. werden regelmäßig als duplizierbar betrachtet und daher nicht als Bestandteil des natürlichen Monopols angesehen.<sup>1097</sup>

Aber auch die Qualifizierung der Schienenwege ist nicht ganz unumstritten. Zumindest stellen die Schienenwege eine wesentliche Einrichtung dar.<sup>1098</sup> Aber darüber hinaus gibt es Stimmen, die bei den Schienen die „Nichtduplizierbarkeit“ so weitgehend ansehen, dass es sich nicht nur um eine wesentliche „essential facility“, son-

---

<sup>1093</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 236f.

<sup>1094</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 237.

<sup>1095</sup> Ebenda.

<sup>1096</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 1; Gersdorf, Wirtschaft und Verwaltung 2010, S. 159 (159); § 10 Rn. 2; Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 238.

<sup>1097</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 238, der hierbei auch den Gesetzgeber hinter sich weiß, der z.B. in § 14 Abs. 5 die Entgeltregulierung der Serviceeinrichtungen ausdrücklich von der des Schienennetz Zugangs unterscheidet.

<sup>1098</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 237f.



dem um eine unentbehrliche „crucial facility“ handelt.<sup>1099</sup> Diese Aussage greift mit jenen ineinander, dass sich im Eisenbahnsektor wohl nie ein sich selbst tragender Wettbewerb aufbauen lässt.<sup>1100</sup> Auf die Schienenwege bezogen stehen hier weitaus stärker als in anderen regulierten Netzwirtschaften widerstreitende (ökologische) Interessen im Raum.<sup>1101</sup>

Von der Infrastrukturebene muss im Eisenbahnsektor die Steuerungsebene unterschieden werden.<sup>1102</sup> Allerdings wird gegenwärtig auch hier nicht von einem der wettbewerblichen Bewirtschaftung zugänglichen Marktsegment ausgegangen.<sup>1103</sup> Die Notwendigkeit, die auf den Schienen laufenden Verkehre in einen sicheren Fahrplan einzubetten und diesen zu koordinieren, wird als zu der Infrastrukturebene zugehörig angesehen.<sup>1104</sup> Allerdings würde hierdurch ein gemeinschaftsrechtlich bedenkliches Diskriminierungspotenzial geschaffen, indem dem Netzbetreiber auch die Aufgabe der Fahrplanerstellung und Zugkoordinierung zukommt.<sup>1105</sup> Auch wenn eine Trennung von Infrastruktur- und Steuerungsebene als nicht sinnvoll erachtet werden darf, so ist das aus dieser Einheit resultierende Diskriminierungspotenzial offensichtlich und löst damit ein Regulierungsbedürfnis aus.

Das AEG zielt gemäß seiner Zielbestimmung aus § 2 Abs. 1 S. 1 AEG auf die Schaffung eines „Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen“ und geht damit davon aus, dass hier ein Wettbewerb möglich erscheint.<sup>1106</sup> Allerdings wird bezweifelt, ob es sich beim Verkehrssegment tatsächlich um einen – eine Regulierung der Netzinfrastruktur vorausgesetzt – potenziell aus sich selbst tragfähigen Markt handelt. So sieht Gersdorf gerade auch auf der Verkehrsebene strukturelle Hindernisse, die hier der Etablierung eines Wettbewerbs entgegenstünden.<sup>1107</sup> So wirken Kosten für die Fahrzeuge und Investitionsanforderungen an Informations- und Vertriebssystemen als Zugangsbarrieren jenseits der

---

<sup>1099</sup> Koenig/Neumann/Schellberg, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2006, S. 139 (139).

<sup>1100</sup> Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (159).

<sup>1101</sup> Vgl. Hierzu Abschnitt B.IV.4.

<sup>1102</sup> Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 239.

<sup>1103</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 51; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 131; Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 240.

<sup>1104</sup> Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 241, wobei der Vergleich mit dem Energiesektor, konkret: den Systemdiensten, nicht an physikalischen Erfordernissen hängt.

<sup>1105</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 51; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 131.

<sup>1106</sup> So auch Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 237f.

<sup>1107</sup> Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (163f.); auch Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 2 identifiziert die technischen Hürden für die Infrastrukturnutzung als die höchsten.

bottleneck-Infrastruktur „Schiene“.<sup>1108</sup> Diese strukturellen Wettbewerbshindernisse auf dem Verkehrsmarkt machen eine Erweiterung der Zugangsregulierung auf diese Problemkomplexe erforderlich.<sup>1109</sup> Aus der Charakterisierung des Schienennetzes als „crucial facilities“ und den nicht von vornherein als unplausibel abzuqualifizierenden Hindernissen auf den Verkehrssegment ergibt sich eine „Koordinatenverschiebung“ der Eisenbahnnetzwirtschaft gegenüber der des Telekommunikation- und Energienetzes hin zu gravierenderen Wettbewerbshindernissen, der mit entsprechend schlagkräftigen Regulierungsinstrumenten zu begegnen ist.<sup>1110</sup>

Um die ökonomischen Rahmenbedingungen der Eisenbahnwirtschaft zu begreifen, muss schließlich darauf hingewiesen werden, dass nicht nur der intramodale Wettbewerb auf der Schiene, sondern auch der intermodale Wettbewerb der Schiene mit anderen Verkehrsträgern, vor allem der Straße, zu berücksichtigen ist.<sup>1111</sup> Insofern ist bei Bestimmung der Markt- und Wettbewerbsbedingungen zu bedenken, dass Schienenverkehre auch auf andere Verkehrsträger ausweichen können.<sup>1112</sup> § 1 Abs. 5 AEG macht für die Eisenbahnregulierung diese Wechselbeziehung zu einem Aspekt, der ins Kalkül genommen werden muss.<sup>1113</sup> Durch die von § 1 Abs. 5 AEG geforderte Angleichung der Wettbewerbsverhältnisse, also der Etablierung eines intramodalen Wettbewerbs im Eisenbahnsektor, wird die Möglichkeit gesehen, die Bahn gegenüber anderen Verkehrsträgern wettbewerbsfähiger zu machen.<sup>1114</sup>

## 2. Rechtlicher Rahmen

Wie in allen sektorspezifischen Regulierungsmaterien ergibt sich auch für die Eisenbahnregulierung der rechtliche Rahmen aus dem Zusammenspiel von gemeinschafts(sekundär)rechtlichen Vorgaben, Verfassungsrecht und den Zielbestimmungen und der Systematik der einfachgesetzlichen Anordnungen.

---

<sup>1108</sup> Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (164), der z.B. die Möglichkeit langfristiger Rahmenverträge als Mittel sieht, damit den Wettbewerbern die notwendige Planungssicherheit zu geben. Anders wird dies von Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 237f. betrachtet, der kaum ein Drohpotenzial der Netzinhaber gegenüber potenziellen Wettbewerbern sieht.

<sup>1109</sup> Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (164f.).

<sup>1110</sup> So wohl auch Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (163ff.) wenn er konstatiert, der geringe Marktanteil von Verkehrswettbewerbern im Bahnsektor sei auf die strukturellen Eintrittsbarrieren zurückzuführen.

<sup>1111</sup> Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 241.

<sup>1112</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 2; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 124.

<sup>1113</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 2 sieht hierin aber nur eine ansatzweise Verarbeitung.

<sup>1114</sup> Höppner, *Die Regulierung der Netzstruktur*, S. 241.

### a) Europarecht

Wie in den anderen Netzwirtschaften, so kam es auch im Eisenbahnsektor in den 1990ern zu Impulsen zur Öffnung der bis dahin als Monopol bewirtschafteten Märkte.<sup>1115</sup> So wurde die Richtlinie 91/440/EG erlassen, die einen Anspruch auf den Netzzugang (Art. 10 Abs. 1), die Regelung der Nutzungsentgelte (Art. 10 Abs. 2 und 3) und die Entflechtung (Art. 6 bis Art. 8) statuierte.

Ergänzt wurde dieser erste Ansatz zur Öffnung des Eisenbahnmarktes durch die RL 95/19/EG, mit der die Zuweisung der Fahrwege (Art. 3 bis Art. 5) und die Entgeltberechnung (Art. 6 bis Art. 9) weiter ausdifferenziert wurden.

Mit dem sog. „Eisenbahnpaket“<sup>1116</sup> der Richtlinien 01/12-13/EG im Jahr 2001 bekam die Marktöffnung neue Impulse. Hierdurch wurden die vorhergehenden Richtlinien angepasst oder sogar ersetzt.<sup>1117</sup>

Ruge schreibt der gegenwärtig für die Netzregulierung im Eisenbahnsektor zentralen Richtlinie 2001/14/EG zwar einen größeren Detailgrad als ihre Vorgängerrichtlinie zu, allerdings sei seitens der nationalen Gesetzgeber noch sehr viel Konkretisierungsarbeit notwendig.<sup>1118</sup>

### b) Verfassungsrecht

Schwieriger als die Rolle des Gemeinschaftsrechts, das unbestritten die auslösenden Impulse zur Marktöffnung gegeben hat,<sup>1119</sup> ist der Einfluss des Verfassungsrechts auf die wettbewerbsorientierte Regulierung des Eisenbahnsektors zu bewerten.

Verfassungsrechtlich fußt das Eisenbahnrecht auf Art. 87e GG. Aus Art. 87e Abs. 3 und Abs. 4 ergibt sich der verfassungsrechtliche Rahmen der Eisenbahnmarktregulierung. Art. 87e Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GG stehen dabei in einem nicht zu unterschätzenden Spannungsverhältnis,<sup>1120</sup> das auf zweierlei Ebenen besteht.

Zunächst besteht ein Spannungsverhältnis auf der Ebene der Normanordnungen. Art. 87e Abs. 3 GG behandelt die Frage des sog. Privatwirtschaftlichkeitserfordernis-

---

<sup>1115</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 51 ordnet diesen Vorgang in die Umsetzung des primärrechtlichen Auftrages zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrsbereich (Art. 49, Art. 51 Abs. 1, Art. 70, Art. 71 AEGV) ein.

<sup>1116</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 45.

<sup>1117</sup> RL 91/440/EG wurde durch RL 01/12/EG textlich angepasst, RL 01/14/EG ersetzte die Richtlinie 95/19/EG.

<sup>1118</sup> Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (9).

<sup>1119</sup> So Möstl, Art. 87e, Rn. 54; Frenzel, Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht 2006, S. 57 (62).

<sup>1120</sup> So wohl auch Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (10f.).

ses oder -prinzips,<sup>1121</sup> welches durch Art. 87e Abs. 3 S. 2 und 3 GG hinsichtlich der materiellen Privatisierung substanzielle Einschränkungen erfährt, auf die nur mit Blick auf ihre Wirkung auf die Marktregulierung eingegangen werden soll. Indem eine Duplizierbarkeit der Eisenbahninfrastruktur als noch weniger möglich gegenüber anderen Netzwirtschaften gilt,<sup>1122</sup> zugleich aber der Bund gemäß Art. 87e Abs. 3 S. 3 2. HS GG die Mehrheit der Anteile halten muss, wird er dauerhaft Mehrheits-eigner eines natürlichen Monopols sein.

Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG trifft dabei zwei Aussagen: Die Eisenbahnen des Bundes werden in privatrechtlicher Rechtsform als Wirtschaftsunternehmen geführt. Es werden also zum einen wegen der Rechtsform eine formale Privatisierung und zum anderen ob der Art des Handelns eine Aufgabenprivatisierung vorgeschrieben;<sup>1123</sup> es muss als gewinnorientiertes Wirtschaftsunternehmen agieren und ist nicht mehr als Teil des unmittelbaren Staatsapparates aus sich selbst heraus an das Gemeinwohl gebunden. Aus Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG wird dem Bund die Gewährleistungsverantwortung für die Sicherung der Allgemeinwohlbelange im Eisenbahnsektor übertragen. Das angesprochene Spannungsverhältnis besteht auf zweierlei Ebenen.

Weiterhin wegen der Normaussagen: Eine der privatwirtschaftlichen Logik folgender Aufgabenerfüllung, die gerade keine Gemeinwohlbelange enthält, wird der Gemeinwohl-gewährleistung gegenübergestellt.<sup>1124</sup> Darauf aufbauend konkretisiert sich das Spannungsverhältnis bei Betrachtung des Normadressaten: Beide, oberflächlich gegenläufigen Normaussagen, richten sich an den Bund. Wegen der ausgeführten dauerhaften Inhaberschaft des Bundes für das Schienennetz kann auch nicht von einer „Übergangsspannung“, wie sie z.B. im Telekommunikationsbereich vorlag, gesprochen werden.

Allerdings lösen Erfahrungen aus anderen regulierten Netzwirtschaften und auch aus dem Eisenbahnrecht selber dieses Spannungsverhältnis weitestgehend auf. Ein in der Praxis erprobtes Verfahren ist, dass unterschiedliche Organisationseinheiten des Bundes die verschiedenen Aufgaben wahrnehmen und dabei z.B. in Aufsichtsbeziehungen treten. So hatte z.B. das Eisenbahnbundesamt seit jeher gegenüber der

---

<sup>1121</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 126.

<sup>1122</sup> Vgl. Abschnitt G.I.1.

<sup>1123</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 171f.; Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 91.

<sup>1124</sup> So Stamm, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, S. 93f, der die „interne“ Sicherung in Privatwirtschaftlichkeit von der „externen“ dem Gemeinwohl dienenden Marktregulierung trennt.

staatswirtschaftlich betriebenen „Bundesbahn“ die Aufsicht für den Gemeinwohlaspekt „Sicherheit“.<sup>1125</sup> Auch für die Frage der Marktregulierung ist es bekannt, dass das regulierte, (noch) in der Anteilsmehrheit des Bundes befindliche Unternehmen, wie es bei der Deutschen Telekom AG der Fall ist, einer unabhängigen Regulierungsinstanz ausgesetzt ist. Dass die Deutsche Bahn AG also von der BNetzA marktreguliert wird, erfüllt das Privatwirtschaftlichkeitsprinzip und die staatliche Gewährleistungsverantwortung gleichermaßen.

Weitaus komplizierter ist allerdings die Frage, ob sich aus einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Absätze des Art. 87e GG ein Auftrag zur Wettbewerbsetablierung und -simulation i.S.d. § 2 Abs. 1 AEG herleiten lässt. Die Frage der wettbewerblichen Leistungserbringung wird vom Wortlaut des Art. 87e „am allerwenigsten und undeutlichsten“<sup>1126</sup> beantwortet; es fehlt eine vergleichbar auf einen Wettbewerb hindeutende Formulierung wie die „durch andere private Anbieter“ des Art. 87f Abs. 2 S. 1 a.E. GG.<sup>1127</sup> Möstl versucht mit detailreicher Argumentation, eine verfassungsrechtliche Fundierung der Marktregulierung im Eisenbahnrecht herzuleiten.<sup>1128</sup> So wird das Privatwirtschaftlichkeitserfordernis dahingehend verstanden, dass „das Bekenntnis zur Privatwirtschaftlichkeit grundsätzlich nur so gedeutet werden [kann, C.B.], dass damit implizit zugleich ein Bekenntnis zu einer marktmäßigen, wettbewerblichen Leistungserbringung verknüpft ist“.<sup>1129</sup> Dieses Argument verliert viel an Schlagkraft, wenn – aufbauend auf dem Abschnitt E. – in Erinnerung gerufen wird, dass im Energiesektor über Jahrzehnte Unternehmen in zivilrechtlicher Rechtsform Daseinsvorsorgeleistungen durch staatlich geschützte Monopole erbrachten.

Schließlich sei, so Möstl, mit Blick auf die Netzwirtschaften ein „allgemeiner Trend“ hin zu wettbewerbsmäßig betriebenen Daseinsvorsorgesektoren festzustellen.<sup>1130</sup> Zutreffend an dieser Feststellung ist, dass seit den 1990ern eine marktmäßige Leistungserbringung auch in der Daseinsvorsorge als dem Gemeinwohl am förderlichsten betrachtet wird. Dieser „Trend“ darf aufgrund der Formulierung „gewährleistet, dass dem Wohl der Allgemeinheit, [...]“ auch als für das Eisenbahnrecht

---

<sup>1125</sup> Vgl. § 5 Abs. 2 AEG.

<sup>1126</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 65

<sup>1127</sup> So auch Möstl, Art. 87e, Rn. 65; Brosius-Gersdorf, Die öffentliche Verwaltung 2002, S. 275 (281f.).

<sup>1128</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 66-71.

<sup>1129</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 69.

<sup>1130</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 68.

maßgebend betrachtet werden. Auch wenn dieser „Trend“ in einen gesamteuropäischen Kontext, insbesondere Art. 86 Abs. 2 aEGV, eingebunden ist, dem sich nicht ohne Weiteres entzogen werden kann, so ist daraus nicht der Schluss zu ziehen, dass abschließend eine marktmäßige Leistungserbringung im Bereich der Daseinsvorsorge als Ausprägung des Allgemeinwohls betrachtet werden kann oder muss. Außerdem stellt gerade der ökonomische Paradigmenwechsel hin zu einer marktmäßigen Leistungserbringung ein Beispiel dafür dar, dass die Beurteilung, wie dem Gemeinwohl am besten gedient werden kann, einem steten Wandel unterliegt. Bereits heute gibt es zumindest partiell gegenläufige Tendenzen, so z.B. zu einer Rekommunalisierung der Energienetze.<sup>1131</sup>

Der verfassungsrechtliche Boden, den Art. 87e Abs. 3 und Abs. 4 GG bieten, ist nicht stark genug, um tragfähige Tendenzen oder sogar Aufträge ableiten zu können. Auch insofern ist dem Urteil Möstls zuzustimmen, dass Art. 87e keine wirklich gelungene Verfassungsnorm sei, die Eckpfeiler für die Rechtsgestaltung durch die Legislative vorgebe.<sup>1132</sup>

Wenn und soweit die Verfassung unklar bleibt oder sogar schweigt, obliegt die Beurteilung des Gemeinwohls dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und dessen Einschätzungsprärogative.<sup>1133</sup> Im Fall der Eisenbahnmarktregulierung werden die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu einer marktmäßigen Leistungserbringung um die von Möstl herausgearbeiteten „Verfassungsindizien“ ergänzt und somit ein zumindest kleines Stück weit verfassungsmäßige Fundierung jenseits der Grundrechte<sup>1134</sup> bewirkt.

### *c) Einfachgesetzlicher Rahmen*

Wie in den anderen die Marktregulierung der Netzwirtschaften regelnden Gesetzen,<sup>1135</sup> so findet sich auch im § 1 AEG eine auf Wettbewerbsetablierung zielende Bestimmung. Insbesondere gilt dies für § 1 AEG umso mehr, als diese Vorschrift amtlich mit „Anwendungsbereich, Wettbewerbsbedingungen“ überschrieben ist.

---

<sup>1131</sup> So etwa Hüting/Hopp, *Recht der Energiewirtschaft* 2011, S. 255; Henneke/Ritgen/Henneke-Ritgen, *Kommunales Energierecht*, S. 24; Scholle, in: Gernert, S. 95, S. 95; einen „Megatrend“ sieht Bauer, in: Bauer/Büchner/Hajasch., S. 11 m.w.N. Bewusst äußert sich dazu Monopolkommission, *Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten*, S. 15.

<sup>1132</sup> Möstl, Art. 87e, Rn. 8.

<sup>1133</sup> Vgl. Abschnitt C. III.3.a)

<sup>1134</sup> Vgl. Abschnitt D.I.2.

<sup>1135</sup> Vgl. Abschnitte E.I.1.c) sowie F.I.2.c).

Konkret formuliert § 1 Abs. 1 S. 1 AEG: „Dieses Gesetz dient der Gewährleistung [...] der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen“.<sup>1136</sup>

Das AEG gibt keine eigenständige Definition des wirksamen und/oder unverfälschten Wettbewerbs. Es liegt daher nahe, wenigstens zur Konturierung des Begriffs des „wirksamen Wettbewerbs“ hier die Begriffsklärung durch § 11 Abs. 1 S. 1 bis 3 TKG heranzuziehen.<sup>1137</sup> Demgemäß läge kein Wettbewerb vor, wenn ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht innehat. Wegen der bottleneck-Situation bezieht sich die Sicherstellung des wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf die Schlüsselfunktion der (Schiene-)Infrastruktur.<sup>1138</sup> Vor dem Hintergrund, dass – qua Verfassungsvorgabe aus Art. 87e Abs. 3 GG – sich der weitaus größte Teil des Schienennetzes in der Hand der Deutschen Bahn AG befindet und nur sich für einzelne räumliche Märkte wie den Hamburger Hafen mit der Hafenbahn etwas anderes ergibt, kann von einer beträchtlichen Marktmacht<sup>1139</sup> mit einem großen Diskriminierungspotenzial ausgegangen werden. Das AEG begegnet diesen Herausforderungen im Eisenbahnbereich vorrangig durch die Unbundlingregelungen (§§ 9f. AEG) und die Ausgestaltung des Netzzugangs.<sup>1140</sup>

Weiterhin findet die Wettbewerbsbeziehung der Eisenbahn mit anderen Verkehrsträgern Berücksichtigung. Durch § 1 Abs. 5 AEG wird als übergeordnetes Allgemeinwohlziel die beste Verkehrsbedienung festgeschrieben, die unter anderem dadurch erreicht werden soll, dass „Wettbewerbsbedingungen der Verkehrsträger angeglichen werden“ und „durch einen lauterer Wettbewerb der Verkehrsträger eine volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung“ erfolgt.<sup>1141</sup>

---

<sup>1136</sup> Die Frage, ob der in § 1 Abs. 1 S. 1 AEG genannte Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen ebenfalls marktmäßig erbracht werden kann, ist mit Blick auf die unter Abschnitt G.I.1. beschriebene Nichtduplizierbarkeit und ökologischen Erwägungen zu verneinen. So auch Koenig/Neumann/Schellberg, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2006, S. 139 (139).

<sup>1137</sup> Vgl. Abschnitt E.I.2.c).

<sup>1138</sup> Hermes, § 1 AEG, Rn. 11.

<sup>1139</sup> Selbstverständlich sieht das AEG kein dem TKG vergleichbares Marktregulierungsverfahren vor. Allerdings handelt es sich bei der Definition des wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht um eine materielle, die zudem aus dem alle sektorspezifischen Regulierungsrechte prägenden Kartellrecht stammt.

<sup>1140</sup> Hermes, § 1 AEG, Rn. 11.

<sup>1141</sup> Die Abstufung des Allgemeinwohlziels „Verkehrsbedienung“, der der intermodale Wettbewerb eine dienende Funktion zuschreibt, wird wohl auch so gesehen von Hermes, § 1 AEG, Rn. 32ff.

Die wettbewerblichen Zielsetzungen stehen neben einer Vielzahl anderer Leitlinien, vor allem von Umweltaspekten;<sup>1142</sup> durch die Komplexität dieser Zielbündel wird die Regulierung des Eisenbahnmarktes umständlicher als die anderer Netzwirtschaften.<sup>1143</sup>

Das AEG enthält keine übergeordnete Systematik; die Paragraphen laufen ohne Abschnittsbildung durch. Allerdings liegt der Schwerpunkt der Marktregulierung auf den §§ 13–14g AEG. In den weiteren Kontext der Marktregulierung gehören aber auch die §§ 11f. AEG.

#### *aa) Verhältnis zum Kartellrecht*

Mit Blick auf die Marktregulierung durch das AEG ist anzumerken, dass es keine den § 2 Abs. 4 TKG und § 111 Abs. 3 EnWG vergleichbare Regelung zum Verhältnis des sektorspezifischen Regulierungsrechts gegenüber dem allgemeinen Kartellrecht gibt. Daher ist die Abgrenzung der Vorschriften des EnWG, vor allem die Netzzugangsvorschriften als Kern der sektorspezifischen Wettbewerbsetablierung nach allgemeinen Rechtsanwendungsregeln zu bestimmen.

Hierbei sind die Regulierungsvorschriften des AEG als Spezialvorschriften anzusehen. Insbesondere die zugangs- und entgeltregulierungsrechtlichen Anordnungen gehen gegenüber den §§ 19, 20 GWB als *lex specialis* vor.<sup>1144</sup> Trotzdem behält das allgemeine Wettbewerbsrecht zwei wesentliche rechtspraktische Wirkungen in der Eisenbahnregulierung. Zum einen findet eine nur allgemeine Wettbewerbs- bzw. Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB durch das Bundeskartellamt statt.<sup>1145</sup> Zum anderen, indem viele Prinzipien und Begrifflichkeiten<sup>1146</sup> bei der Auslegung des Eisenbahnregulierungsrechts mit herangezogen werden.<sup>1147</sup>

---

<sup>1142</sup> Ausführlich hierzu Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 16; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 125.

<sup>1143</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 5; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 121f.

<sup>1144</sup> So auch Lehnert, *InfrastrukturRecht* 2005, S. 247 (249); Ruge, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006, S. 1 (32).

<sup>1145</sup> Bartosch/Krzysztof, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, S. 15 (21).

<sup>1146</sup> So etwa die kartellrechtliche Vorprägung des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsbegriffs, vgl. Abschnitt G.III.1.c); so auch Ruge, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, S. 1405 (1405).

<sup>1147</sup> Ruge, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, S. 1405 (1408).



## *bb) Unbundling*

In der eisenbahnrechtlichen Literatur wird das besonders hohe Diskriminierungspotenzial betont, das davon ausgeht, dass Netz und Betrieb im Konzern Deutsche Bahn vertikal integriert sind.<sup>1148</sup>

Das AEG regelt das sog. unbundling in den §§ 9 und 9a AEG,<sup>1149</sup> die als Komplementärvorschriften zur Zugangs- und Entgeltregulierung betrachtet werden.<sup>1150</sup> Wenngleich die bisherige Entflechtungspraxis im Eisenbahnsektor einige aufsehenerregende Entscheidungen hervorgebracht hat, wie z.B. im „Konzernjuristen“-Urteil des VG Köln<sup>1151</sup>, so wird doch bezweifelt, ob das gegenwärtige Holding-Modell der Deutschen Bahn AG mit den Eisenbahnrichtlinien der EU vereinbar sei.<sup>1152</sup> Dieses Problem aufgreifend wird auch im Rahmen der in der politischen Diskussion befindlichen Bahnprivatisierung eine konsequente Trennung von Netz und Betrieb vertreten.<sup>1153</sup>

## **II. Anschlussregulierung**

Die Anschlussregulierung des AEG ergibt sich aus § 13 AEG. Im § 13 Abs. 1 S. 1 AEG heißt es: „Jede Eisenbahn hat angrenzenden Eisenbahnen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland den Anschluss an ihre Eisenbahninfrastruktur unter billiger Regelung der Bedingungen und der Kosten zu gestatten.“

Der Kreis der berechtigten angrenzenden Eisenbahnen bzw. deren Rechtsträger ist hinreichend von der Allgemeinheit verschieden.<sup>1154</sup> Zum Inhalt der Berechtigung stellt sich hier die Frage, ob lediglich ein Kontrahierungszwang oder ein gesetzliches Anschlussrecht besteht.<sup>1155</sup> Der Wortlaut deutet auf ein gesetzliches Anschlussrecht hin. „Jede Eisenbahn hat [...] den Anschluss zu gestatten.“ Mit dem „hat [...] zu“

<sup>1148</sup> Hermes, § 1 AEG, Rn. 10; Möstl, Art. 87e, Rn. 52; Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (583f.); Kramer, Die öffentliche Verwaltung 2008, S. 1036 (1037).

<sup>1149</sup> Vergleichbare Anordnungen enthält § 7 TKG, §§ 6ff. EnWG.

<sup>1150</sup> So jedenfalls Koenig/Schellberg/Schreiber, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, S. 981 (992).

<sup>1151</sup> VG Köln 14.11.2007, Az: 18 K 1596/07; demgemäß ist es der Deutschen Bahn nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 und 5 AEG nicht erlaubt, eine übergreifende Rechtsabteilung zu haben, die neben anderen Sparten auch für die Fragen des Netzzugangs- und des „Trassenmanagements“ zuständig ist. Kramer, Die öffentliche Verwaltung 2008, S. 1036 (1037) sieht bereits einen Verstoß gegen das Entflechtungsverbot aus § 9a Abs. 1 S. 1 AEG.

<sup>1152</sup> So Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (589), der sich auf die Anordnungen der RL 01/12/EG und RL 01/14/EG beruft.

<sup>1153</sup> So wohl Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 74; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 144.

<sup>1154</sup> Staebe, in: Schmitt/Staebe, S. 209, Rn. 248.

<sup>1155</sup> Für einen Kontrahierungszwang spricht Staebe, in: Schmitt/Staebe, S. 209, Rn. 244.

wird eine zum „muss“ synonyme Formulierung verwendet, mithin eine mit einem Anschlussrecht korrespondierende Anschlussverpflichtung der Eisenbahn aufgestellt.

Weiterhin spricht auch der systematische Zusammenhang für ein subjektives Anschlussrecht.<sup>1156</sup> Betont wird die Komplementarität von § 13 zu § 14 AEG, die sich auch aus § 13 Abs. 1 S.2 AEG ergibt.<sup>1157</sup> Indem § 14 AEG – wie noch zu zeigen sein wird – ebenfalls ein subjektiv-öffentliches Zugangsrecht einräumt, muss auch § 13 AEG zur Absicherung des Zugangsrechts ebenfalls als gesetzliche Anspruchsnorm ausgestaltet sein.<sup>1158</sup>

Auch aus der Perspektive der Konfliktschlichtungsformel stellt sich § 13 AEG als drittschützend dar.

### **III. Zugangsregulierung**

In der Eisenbahnmarktregulierung wird der Zugangsregulierung die zentrale Rolle bei der Marktöffnung und Wettbewerbsetablierung zuerkannt.<sup>1159</sup> Auch hier greift die am Beispiel der anderen Netzwirtschaften deutlich gewordene Erkenntnis, dass dem Wettbewerbshindernis einer bottleneck-Situation überhaupt nur durch ein Zugangsregime begegnet werden kann.<sup>1160</sup>

#### **1. § 14 Abs. 1 S. 1 AEG Zugang zur Eisenbahninfrastruktur**

Kernnorm des Zugangsregulierungsregimes des AEG ist § 14 Abs. 1 S. 1 AEG, der Eisenbahninfrastrukturunternehmen darauf verpflichtet, diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren. Diese Vorschrift nimmt alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen in die Pflicht, Zugang zu gewähren. Das AEG verfolgt also eine marktmachtunabhängige symmetrische Regulierung.<sup>1161</sup>

In der eisenbahnrechtlichen Debatte stellt § 14 Abs. 1 S. 1 AEG aber auch zweifach eine umstrittene Norm dar. Zum einen wird darüber diskutiert, welche Rechts-

---

<sup>1156</sup> So Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (601).

<sup>1157</sup> Gerstner, § 13 AEG, Rn. 4; § 14 Abs. 5.

<sup>1158</sup> So im Ergebnis wohl auch Gerstner, § 13 AEG, Rn. 17.

<sup>1159</sup> Bartosch/Krzysztof, Wirtschaft und Wettbewerb 2005, S. 15 (20); Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 51; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 129; Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (595); Kühling/Ernert, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 33 (33); Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (3); Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (230).

<sup>1160</sup> Vgl. Abschnitte E.II. und F.II. Vgl. zu grundsätzlichen wettbewerbstheoretischen Überlegungen Abschnitt B.IV.3.b)bb).

<sup>1161</sup> Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 251; Gerstner, § 14 AEG, Rn. 28.

natur die Zugangsnorm hat,<sup>1162</sup> und zum anderen ist umstritten, ob aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ein bloßer Kontrahierungszwang oder ein gesetzlicher Zugangsanspruch resultiert.

*a) Rechtsnatur des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG*

Die Frage um die Rechtsnatur des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG wird mit Blick auf den Rechtsschutz erörtert.<sup>1163</sup> Die Frage, ob zivilrechtliche Einwendungen dem Zugangsrecht entgegenhalten werden können, wurde zutreffend aus dem Kontext der Frage der Rechtsnatur herausgelöst.<sup>1164</sup>

Eine zivilrechtliche Rechtsnatur wird damit begründet, dass § 14 Abs. 1 S. 1 AEG keine Berechtigung oder Verpflichtung eines Trägers der öffentlichen Gewalt beinhaltet, mithin gemäß der modifizierten (formalen) Subjekttheorie kein öffentliches Recht gegeben sein kann.<sup>1165</sup> Eine solche Anwendung der modifizierten Subjekttheorie ist jedoch zu schematisch. In die Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht gehen weitaus mehr Überlegungen ein als nur die Berechtigung bzw. Verpflichtung staatlicher Gewalt. So ist der Sachzusammenhang zu berücksichtigen.<sup>1166</sup> Vor dem Hintergrund der staatlichen Verantwortung zur Wettbewerbsetablierung ist die Zugangsregulierung als öffentlich-rechtlich zu betrachten. Keines der sektorspezifischen Rechtsgebiete entzieht sich diesem staatlichen Auftrag; aus den beschriebenen Wettbewerbshindernissen einer sich als natürliches Monopol darstellenden Netzwirtschaft wird deutlich, dass sich die staatliche Verantwortung nicht darauf beschränken kann, einen Rechtsrahmen für das Interagieren der privaten Rechtssubjekte untereinander zu schaffen. Wenngleich § 14 Abs. 1 S. 1 AEG keinen unmittelbaren Bezug auf Träger hoheitlicher Gewalt nimmt, so wird doch aus dem

---

<sup>1162</sup> So Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 291; Koenig/Neumann, Verwaltungsarchiv 2008, S. 1 (13).

<sup>1163</sup> So jedenfalls Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (28); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406).

<sup>1164</sup> So das OVG Münster: „Wer seiner eigenen Leistungspflicht nicht genügt, kann nach Treu und Glauben nicht die Erfüllung der hiermit in einem hinreichenden Zusammenhang stehenden, ihm geschuldeten Leistungen fordern. [...] Der Grundsatz von Treu und Glaube durchzieht die gesamte Rechtsordnung.“ Beschluss vom 16.02.2006 abgedruckt in N & R 2006, S. 80 (82); zustimmend Koenig/Neumann, Verwaltungsarchiv 2008, S. 1 (13). Wohl entgegengesetzt Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (28); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406).

<sup>1165</sup> So Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (28); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406).

<sup>1166</sup> Anstelle vieler: Kopp/Schenke/Schenke/Kopp-Schenke., § 40 Rn. 11.

systematischen Kontext des § 14b Abs. 1, 1. HS AEG deutlich, dass die BNetzA sehr wohl aufgerufen ist, auch die Zugangsregulierung zu beaufsichtigen.

Fehl geht insofern auch das Argument, dass im Energieregulierungsrecht Rechtsstreitigkeiten vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgetragen werden, es sich also bei den Zugangsrechten um zivilrechtliche handeln müsse.<sup>1167</sup> § 75 Abs. 4 S. 1 EnWG erklärt das OLG für zuständig und stellt insofern eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 S.1 2.HS VwGO dar.<sup>1168</sup> Mit einer Rechtswegezuweisung ist allerdings keine Aussage zur Rechtsnatur der streitgegenständlichen Norm getroffen, und noch weniger ist ein Analogieschluss aus der Rechtswegezuweisung auf die Rechtsnatur von Zugangsrechten in anderen sektorspezifischen Gesetzen möglich.

#### *b) Inhalt des Zugangsrechts nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG*

Klar erkennbar ist aus § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AEG ein mehr als klar von der Allgemeinheit unterscheidbarer Berechtigtenkreis.<sup>1169</sup> Umstritten ist die dogmatische Einordnung des Zugangsrechts aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG; ebenso wie im Fall der energierechtlichen Zugangsnorm geht es darum, ob es sich nur um einen Kontrahierungszwang oder um einen gesetzlichen Zugangsanspruch handele.<sup>1170</sup>

#### *aa) Inhalt nach Schutznormlehre*

Ein erheblicher Teil der eisenbahnrechtlichen Literatur spricht sich für einen Kontrahierungszwang aus.<sup>1171</sup> Zentrales Argument für einen solchen Kontrahierungszwang ist, dass der Netzzugang erst rechtlich ausgestaltet werden muss, mithin ein verhandelter und kein regulierter Netzzugang vorliegt.<sup>1172</sup> Hinweise für den verhan-

---

<sup>1167</sup> Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (29); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1407).

<sup>1168</sup> Vgl. hierzu Abschnitt F.I.2.d)aa).

<sup>1169</sup> So auch Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 268f.; Kühling/Ernert, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2006, S. 33 (34).

<sup>1170</sup> Vgl. insofern die energierechtliche Diskussion zu § 20 EnWG, Abschnitt F.III.1.

<sup>1171</sup> Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 282f.; Frenzel, Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht 2006, S. 57 (61); Jung/Schultzky, InfrastrukturRecht 2005, S. 178 (179); Kardetzky, InfrastrukturRecht 2006, S. 273 (273); Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (230ff.).

<sup>1172</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 53; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 131f.; Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 282; Gerstner, § 14 AEG, Rn. 78; Jung/Schultzky, InfrastrukturRecht 2005, S. 178 (179); Kardetzky, InfrastrukturRecht 2006, S. 273 (273); Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (18ff.); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406); Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (230ff.).

delten Netzzugang ergeben sich vornehmlich aus § 14 Abs. 6 AEG<sup>1173</sup> sowie einer durch Art. 87e Abs. 3 und Abs. 4 GG geprägten Auslegung der Netzzugangsnorm des § 14 Abs. 1 S.1 AEG.<sup>1174</sup>

### *(1) Wortlaut*

§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG besagt: „Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur [...] zu gewährleisten.“ Aus dieser Formulierung lässt sich keine auf einen Vertragsabschluss zielende Verpflichtung erkennen. Aus der Anordnung „sind verpflichtet [...], Benutzung [...] zu gewähren“ geht ganz klar eine Pflicht aus der Norm selbst hervor. Die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur ist ohne weitere Vorbedingung zu gewähren. Der Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG spricht somit deutlich für einen gesetzesunmittelbaren Zugangsanspruch.<sup>1175</sup>

### *(2) Historie und Genese*

Bereits in der Version des AEG von 2002 besagte § 14 Abs. 1 S. 1 AEG 2002: „Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur von Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die dem öffentlichen Verkehr dienen.“ Hier ist positiv das Recht der Eisenbahnverkehrsunternehmen an der Mitbenutzung der Eisenbahninfrastruktur ausformuliert, was auch von der Kommentarliteratur als „subjektiv öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Netzzugang“ interpretiert wurde.<sup>1176</sup>

In nicht eindeutiger Weise gebraucht die Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 1 S. 1 AEG den Begriff des Kontrahierungszwanges. So heißt es zunächst: „Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind im durch Rechtsverordnung (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung) bestimmten Umfang verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung ihrer Infrastruktur zu gewähren und die dort beschriebenen Leistungen

---

<sup>1173</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 53 und 93; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 131f.; Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 282; Kardetzky, InfrastrukturRecht 2006, S. 273 (273); Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (18ff.); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406); Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (230ff.).

<sup>1174</sup> Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (20); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406), der darüber hinaus auch aus einer vergleichenden Perspektive zum TK-Sektor als gegeben ansieht.

<sup>1175</sup> Insofern trifft der Befund von Gerstner, § 14 AEG, Rn. 21/24, dass der Zugangsanspruch lakonisch, wohl i.S.v. unergiebig, formuliert sei, nicht zu.

<sup>1176</sup> Wittenberg/Wittenberg-Heinrichs-Mittmann-Zwanziger, Kommentar zum Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), Abschnitt A. § 14 Rn. 12a.

diskriminierungsfrei zu erbringen.<sup>1177</sup> Hiermit wird im Wesentlichen nur der Wortlaut von § 14 Abs. 1 S. 1 AEG wiedergegeben. Die Normaussage des § 14 Abs. 1 S. 3 AEG wird nun ebenfalls wiederholt: „Der Betreiber der Schienenwege ist zusätzlich verpflichtet, die von ihm betriebenen Schienenwege zur Nutzung bereitzustellen und bestimmte Mindestleistungen zu erbringen.“<sup>1178</sup> Zentral an diesen beiden Sätzen ist, dass die Gesetzesbegründung ebenso wie der Wortlaut des § 14 Abs. 1 AEG zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Allgemeinen und den Betreibern von Schienenwegen im Besonderen unterscheidet, wodurch sich nur der Zweck der nächsten zwei Sätze vollständig erschließt: „Eisenbahninfrastrukturunternehmen können damit den Umfang der von ihnen betriebenen Infrastruktur oder der von ihnen angebotenen Leistungen selbst bestimmen und unterliegen nur insoweit dem Kontrahierungszwang. Der Betreiber der Schienenwege hingegen kann über die Bereitstellung der von ihm betriebenen Schienenwege und der Mindestleistungen nicht selbst bestimmen.“<sup>1179</sup>

Die Interpretation dieser Formulierung bereitet einige Schwierigkeiten. Es werden die Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Betreibern der Schienenwege gegenübergestellt („hingegen“). Ein an der Oberfläche verhafteter Umkehrschluss würde also, weil die Eisenbahninfrastrukturunternehmen einem Kontrahierungszwang unterliegen, die Betreiber der Schienenwege einem Bereitstellungszwang unterwerfen, der sich als gesetzlicher Zugangsanspruch darstellt.

Eine solche Interpretation übersieht aber, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen „nur insoweit dem Kontrahierungszwang“ unterliegen, wie sie über die betriebene Infrastruktur und die angebotenen Leistungen selber bestimmen. Hierauf bezieht sich die Gegenüberstellung, nämlich dass die Betreiber der Schienenwege den Umfang der von ihnen betriebenen Schieneninfrastruktur nicht selber bestimmen können und somit vollumfänglich einem Kontrahierungszwang unterliegen.

Nun wird dieses Auslegungsergebnis dadurch inkonsistent, dass die Gesetzesbegründung § 14 Abs. 1 AEG als subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch, mindestens aber eine öffentlich-rechtliche Vorschrift sieht.<sup>1180</sup> Ein Kontrahierungszwang ist

---

<sup>1177</sup> BT-DS. 15/3280, S. 17f.

<sup>1178</sup> BT-DS. 15/3280, S. 18.

<sup>1179</sup> Ebenda.

<sup>1180</sup> Unstreitig ist, dass § 14 Abs. 1 S. 1 ein subjektives Recht enthält. Indem aber BT-DS 15/3280 S. 12 von „auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (§ 14 AEG) gewähren muss“ spricht,

aber stets als zivilrechtlich zu bewerten<sup>1181</sup> – ein Umstand, der dem Gesetzgeber zweifellos bekannt war.

Insofern lässt sich aus der genetischen Auslegung des § 14 Abs. 1 AEG keine eindeutige Erkenntnis herleiten.

### *(3) Systematik*

In systematischer Hinsicht ergibt sich sowohl aus der norminternen als auch aus der normexternen Systematik ein gesetzlicher Zugangsanspruch.

Normintern machen die Befürworter eines Kontrahierungszwangs das Konzept des verhandelten Netzzugangs an § 14 Abs. 6 AEG fest.<sup>1182</sup> Diese Norm besagt, dass „Einzelheiten des Zugangs, [...] zwischen Zugangsberechtigten und Eisenbahninfrastrukturunternehmen [...] zu vereinbaren“ sind. Wenn hier von Einzelheiten gesprochen wird und in der beispielhaften Aufzählung („insbesondere“) der Vertragsinhalte der Zugang an sich nicht einmal erwähnt wird, wird die Norm des § 14 Abs. 6 AEG überdehnt, wenn hierin der verhandelte Netzzugang fundiert wird. Vielmehr stellt sich hier ein Stufungsverhältnis zwischen § 14 Abs. 1 S. 1 und Abs. 6 AEG dar, wie es bereits zu § 20 Abs. 1 und Abs. 1a bzw. Abs. 1b EnWG erläutert wurde.<sup>1183</sup> Während § 14 Abs. 1 S. 1 AEG den Netzzugang vorschreibt, also das „Ob“ regelt, bleiben dem Vertrag, von dem in § 14 Abs. 6 AEG die Rede ist, nur die Einzelheiten des „Wie“. Wenn auch der Kritik an der widmungsrechtlichen Zwei-Stufen-Theorie zuzustimmen ist, so geht es doch zu weit, wenn gesagt wird, dass es sich beim Netzzugang gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 AEG um ein Rechtsverhältnis en bloque handelt.<sup>1184</sup> Wie in den anderen Netzregulierungen, so kann und muss auch in der Eisenbahnmarktregulierung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ des Netzzugangs unterschieden werden.

---

geht die Gesetzesbegründung mithin von einer subjektiven öffentlich rechtlichen Anspruchsnorm aus.

<sup>1181</sup> Anstelle vieler exemplarisch: Bydlinski, Archiv für die civilistische Praxis 1980, S. 1, der diesen aus privatrechtlichen Normen zu erklären sucht. Besonders deutlich wird der zivilrechtliche Charakter des Kontrahierungszwangs, indem er den Kontrahierungszwang im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten nur auf den Privatrechtsverkehr bezieht (S. 45f.).

Kilian, Archiv für die civilistische Praxis 1980, S. 47, der das Konzept des Kontrahierungszwanges sogar durch „öffentlich-rechtliche Vorschriften im Hinblick auf die Vertragsfreiheit“ als am stärksten relativiert sieht (S. 77).

<sup>1182</sup> Vgl. zu den Quellen Fn. 1173.

<sup>1183</sup> Vgl. Abschnitt G.III.1.

<sup>1184</sup> Anstelle vieler und am deutlichsten: Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (30); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1407).

Normextern verdeutlicht die Abgabepflicht aus § 11 Abs. 1 S. 1 und S. 2 AEG, dass ein Zugangsanspruch besteht. Entweder kann für die genannten Einrichtungen – also Schienenstrecken oder für den Betrieb wichtige Bahnhöfe – ein Zugangsrecht geltend gemacht werden oder es wird das Verfahren nach § 11 AEG betrieben.<sup>1185</sup> Ebenfalls wirken hier die zu der Anschlussregulierung nach § 13 AEG gemachten Aussagen im Sinne eines gesetzlichen Zugangsanspruchs.

#### *(4) Teleologie*

Wie in anderen Netzzugang gewährenden Vorschriften, so wirkt auch auf § 14 Abs. 1 S. 1 AEG die Zielbestimmung des § 1 Abs. 1 AEG ein. Unstrittig ist, dass der Gesetzgeber mehr Wettbewerb auf den Eisenbahnverkehrsmarkt etablieren will.<sup>1186</sup> Unverfälschter Wettbewerb gemäß § 1 Abs. 1 AEG baut dabei in erster Linie darauf, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfreien Zugang zur Schieneninfrastruktur erhalten.<sup>1187</sup> Auch hier gelten die bereits zu der Teleologie der Netzzugangsansprüche aus § 21 Abs. 1 TKG und § 20 Abs. 1 EnWG gemachten Ausführungen. Eine effektive Absicherung des Wettbewerbs baut maßgeblich darauf, dass ein effektiver Netzzugang gesichert ist. Dies ist am besten mit gesetzesunmittelbaren Zugangsansprüchen zu leisten. Diese effektivste Absicherung des Zugangsregulierungsregimes baut auch darauf, dass eine Wettbewerbernützlichkeitsgegebenheit gegeben sein muss, damit es in den zuvor monopolistisch betriebenen Märkten überhaupt zu marktmäßigem Verhalten kommen kann. In kaum einen anderen Wirtschaftsbereich ist der Wettbewerber so schutzbedürftig wie in den regulierten Netzwirtschaften. In kaum einen anderen Wirtschaftsbereich ist der einzelne Wettbewerber geradezu konstitutives Element wie in den zuvor monopolistischen strukturierten Netzwirtschaften. Die teleologische Auslegung weist auch bezogen auf § 14 Abs. 1 S. 1 AEG auf einen gesetzlichen Zugangsanspruch.

Kommt beim durch diese Norm verpflichteten Netzinhaber eine beträchtliche Marktmacht, wie sie das Verfahren nach §§ 10f. TKG festzustellen sucht, in Betracht, so ist diese wegen der Zielbestimmung des „wirksamen Wettbewerbs“ aus § 1 Abs. 1 S. 1 AEG dahingehend zu berücksichtigen, dass gegen diesen ein noch größe-

---

<sup>1185</sup> So auch BT-DS 15/3280, S. 18.

<sup>1186</sup> So Gerstner, § 14 AEG, Rn. 1f., 9.

<sup>1187</sup> Hermes, § 1 AEG, Rn. 10.



res Schutzbedürfnis und damit korrespondierend ein noch intensiverer Drittschutz geltend gemacht werden kann.<sup>1188</sup>

*(5) Verfassungskonforme Auslegung*

Nach zum verfassungsrechtlichen Boden, vor allem zu Art. 87e Abs. 3 und Abs. 4, Ausgeführten sind hieraus keine die Auslegung des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG steuernden Vorgaben zu erkennen.<sup>1189</sup> Insofern geht auch die Argumentation fehl, dass sich aus dem Privatwirtschaftlichkeitserfordernis des Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG auch nur eine Tendenz zum verhandelten Netzzugang und zum Kontrahierungszwang ergäbe.<sup>1190</sup>

*(6) Europarechtskonforme Auslegung*

Gersdorf leitet aus Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang II Nr. 1 RL 01/14/EG eine Richtlinienvorgabe her, die auf einen Zugangsanspruch hindeutet.<sup>1191</sup>

*bb) Konfliktschlichtungsformel*

Es ist noch zu klären, ob sich aus der Konfliktschlichtungsformel ein Drittschutz für die Wettbewerber herleiten lässt.

Ein Unwillen des verpflichteten Eisenbahninfrastrukturunternehmens zur Bereitstellung der Eisenbahninfrastruktur wird von § 14 Abs. 1 S. 1 AEG zumindest implizit anerkannt. Ebenfalls die Interessen der „Zugangsberechtigten“ durch deren Aufzählung in § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AEG. Die Gewichtung dieser Interessen fällt zu Gunsten der „Zugangsberechtigten“ aus, darauf deutet schon diese gesetzliche Terminologie hin. Die wechselseitige Einschränkung fällt – wie in den bereits behandelten Netzzugangsnormen § 21 TKG<sup>1192</sup> und § 20 Abs. 1 EnWG<sup>1193</sup> – entsprechend petentenfreundlich aus und wird damit unter das Konfliktschlichtungsprogramm des diskriminierungsfreien Netzzugangs gestellt.

---

<sup>1188</sup> Vgl. hierzu Abschnitt H.I.3.a).

<sup>1189</sup> Vgl. Abschnitt G. I .2.b).

<sup>1190</sup> So aber Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (19f.); Ruge, Deutsches Verwaltungsblatt 2005, S. 1405 (1406).

<sup>1191</sup> Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (601).

<sup>1192</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 757, vgl. Abschnitt E.II.6)a)bb).

<sup>1193</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 762, vgl. Abschnitt F.II.3.b).

### c) Diskriminierungsverbot

Wie bereits zur Telekommunikations- und Energieregulierung ausgeführt, kommt dem Diskriminierungsbegriff, ob nun positiv als Diskriminierungsfreiheit oder negativ als Diskriminierungsverbot formuliert,<sup>1194</sup> drittschützende Wirkung zu. Wie aus dem Konfliktschlichtungsprogramm diskriminierungsfreier Netzzugang hervorgeht, ist das Diskriminierungsverbot nicht vom Netzzugangsanspruch zu trennen, sondern stellt eine wichtige Klarstellung zur Art der Zugangsgewährung dar.

### 2. Betreiber von Schienenwegen § 14 Abs. 1 S. 1 und S. 3 AEG

Im Falle der expliziten Verpflichtung der Betreiber der Schienenwege muss unterschieden werden.

§ 14 Abs. 1 S. 3 a.E. AEG schreibt die Pflicht der Schienenwegebetreiber vor, „die von ihnen betriebenen Schienenwege [...] bereitzustellen“. Systematisch stellt sich diese Anordnung also unter Berücksichtigung des § 2 Abs. 3 und Abs. 3a AEG als Konkretisierung des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG dar, dass Schienenwege auch zu der dort genannten Eisenbahninfrastruktur gehören.<sup>1195</sup> Auch teleologisch kann nichts anderes gelten, da andernfalls die bottleneck-Schieneninfrastruktur nicht mehr der eigentlichen Zugangsanordnung unterliefe und damit die gesamte Zugangsregulierung gegenstandslos wäre.

Im Falle des sog. Mindestzugangspakets wird wegen der Formulierung „zusätzlich verpflichtet“ aus § 14 Abs. 1 S. 3 AEG damit argumentiert, dass dieses aus dem Rahmen der Zugangsregulierung, vor allem der Verpflichtung des diskriminierungsfreien Zugangs, herausfalle. Begründet wird dies damit, dass hier keine Fragen des Zugangs („Ob“), sondern nur der Leistungserbringung („Wie“) geklärt würden.<sup>1196</sup>

Dieser sehr oberflächlich am Wortlaut haftenden Auslegung muss mit systematischen und gemeinschaftsrechtlichen Argumenten entgegengetreten werden.

Wie zum Verhältnis des § 14 Abs. 1 S. 1 und Abs. 6 AEG festgestellt, so ist auch die eisenbahnrechtliche Zugangsgewährung zweistufig ausgestaltet. Es reicht daher nicht aus, das Mindestzugangspaket unter Hinweis auf das „Wie“ der Leistungserbringung aus der Zugangsregulierung herauszuinterpretieren.

---

<sup>1194</sup> Ebenfalls i.S.e. synonymen Verwendung sind Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 273 zu verstehen.

<sup>1195</sup> Förster/Kardetzky, in: Schmitt/Staebe, S. 133, Rn. 261.

<sup>1196</sup> So Gerstner, § 14 AEG, Rn. 76; Schmitt (234).

Schließlich spricht auch die europarechtskonforme Auslegung gegen ein Herausfallen des Mindestzugangspakets aus der Zugangsregulierung.<sup>1197</sup> Auch wenn Art. 5 Abs. 1 RL 01/14/EG als zugrunde liegende gemeinschaftsrechtliche Norm mit „Leistungen“ überschrieben ist und der Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 1 RL 01/14/EG sowie die systematische Einordnung im Kapitel II „Wegeentgelte“ auf die Entgelt- und Konditionenregulierung verweist, so handelt es sich doch um notwendig zum Zugang gehörende Leistungen. Insbesondere mit dem im Anhang II Nr. 1.b) zuerkannten Recht der Nutzung der Fahrwegekapaazitäten hat das Mindestzugangspaket doch einen klaren Bezug zur Zugangsregulierung.

### 3. Zugang zu Serviceeinrichtungen, § 14 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 AEG

Bezogen auf den Zugang zu sonstiger Eisenbahninfrastruktur sowie der Serviceeinrichtungen nach § 14 Abs. 5 AEG gilt der Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs.<sup>1198</sup>

### 4. Weitere Zugangsnormen, §§ 14a-14g AEG

Die weiteren Zugangsnormen des AEG erhalten zumeist als Verfahrensvorschriften nur insofern einen drittschützenden Gehalt, als § 14 Abs. 1 S. 1 AEG darauf ausstrahlt. Der Befund, dass sich der drittschützende Gehalt der eisenbahnrechtlichen Regulierung aus §§ 14d, 14e AEG ergebe,<sup>1199</sup> ist daher unzutreffend.

Einzig § 14a Abs. 2 AEG kommt eine herausgehobene Funktion zu. Bezogen auf die längerfristigen Rahmenverträge stellt die Genehmigung nach § 14a Abs. 2 AEG einen privatrechtgestaltenden Verwaltungsakt dar,<sup>1200</sup> der wegen seines Eingriffes in die Privatautonomie einen eigenständigen Drittschutz auszulösen vermag.

## **IV. Entgeltregulierung**

Die eisenbahnrechtliche Regulierung der Zugangsentgelte bemisst sich nach § 14 Abs. 4 und 5 AEG sowie den §§ 21 bis 24 EIBV.

---

<sup>1197</sup> So auch Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (601).

<sup>1198</sup> So Gerstner, § 14 AEG, Rn. 125, der sogar hier den Vergleich mit dem Zugang zu den Schienenwegen zieht.

<sup>1199</sup> So Kardetzky, InfrastrukturRecht 2006, S. 273 (277).

<sup>1200</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 94.

## 1. Schienennutzungsentgelte, § 14 Abs. 4 AEG, §§ 21–23 EIBV

Das sog. Wegeentgelt wird durch § 14 Abs. 4 AEG und die §§ 21–23 EIBV dem Regulierungsregime unterworfen.

Der Wortlaut dieser Vorschriften gibt kaum Anlass, eine drittschützende Wirkung anzunehmen, so dass hieraus die Schlussfolgerung gezogen wurde, die Wegeentgeltregulierung diene dazu, dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen Ausgleich für die Zugangsgewährung zu sichern.<sup>1201</sup>

§ 21 Abs. 6 EIBV ordnet immerhin an, dass die Entgelte „gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen“ sind. Hier hat also das horizontale Diskriminierungsverbot Eingang gefunden.

§ 14 AEG ist eine sehr vielschichtige Norm. Die in den einzelnen Absätzen dieser Norm getroffenen Aussagen werden in den anderen untersuchten Regulierungsgesetzen unter eigenständigen Paragraphen abgehandelt. Die Regulierung der Wegeentgelte durch § 14 Abs. 4 AEG ist also funktional mehr als ein bloßer Absatz. Dennoch entzieht sich § 14 Abs. 4 AEG nicht der prägenden Wirkung des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG. Die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots ist daher auch für die Ebene der Wegeentgeltbestimmung anerkannt.<sup>1202</sup>

Bei teleologischer Betrachtung wird erneut deutlich, dass Wettbewerber sich zumindest gegen eine Aushöhlung des Zugangsrechts werden wehren können müssen.<sup>1203</sup> § 1 Abs. 1 AEG hat als Zielbestimmung mit seiner Verpflichtung auf den Wettbewerb auch eine wettbewerbernützliche Dimension, die hier dieses Mindestschutzniveau einzieht.<sup>1204</sup>

Zu diesem Auslegungsergebnis kommt auch die Konfliktschlichtungsformel. Auch hier wird durch § 14 Abs. 1 S. 1 AEG die Abwägung der Interessen zu Gunsten der des Zugangspetenten vorgenommen und damit das Konfliktschlichtungsprogramm auf die diskriminierungsfreie Wegeentgeltgestaltung festgelegt.

---

<sup>1201</sup> Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (246); so wohl auch Ruge, Archiv des öffentlichen Rechts 2006, S. 1 (60).

<sup>1202</sup> Lehnert, InfrastrukturRecht 2005, S. 247 (248); Schmitt/Staebe, Verwaltungsarchiv 2009, S. 228 (246); Staebe, in: Schmitt/Staebe, S. 209, Rn. 497 und 500.

<sup>1203</sup> So auch Gersdorf, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 168, S. 576 (605); Koenig/Neumann/Schellberg, Wirtschaft und Wettbewerb 2006, S. 139 (140).

<sup>1204</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D. I.4. sowie die Abschnitte E.III. und F.III.

## 2. Entgelte für Service- und sonstige Einrichtungen, § 14 Abs. 5 AEG, § 24 EIBV

Die Entgelte für Service- und sonstige Einrichtungen werden am Maßstab des § 14 Abs. 5 AEG gemessen.

Der Wortlaut des § 14 Abs. 5 S. 1 AEG deutet unmissverständlich auf einen Individualschutz der Wettbewerber hin, die zunächst einmal als „Zugangsberechtigte“ ausdrücklich genannt werden. Weiterhin wird auch der Maßstab des Individualschutzes genannt, indem „die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten nicht missbräuchlich beeinträchtigt werden“ dürfen. Die Entgeltgestaltung wird damit einem ähnliche Missbrauchsverbot unterworfen, wie es in § 28 Abs. 1 S. 1 TKG existiert.<sup>1205</sup> Ebenfalls parallel zu dieser Vorschrift schließt § 14 Abs. 5 S. 2 AEG eine beispielhafte Aufzählung an, was unter dem missbräuchlichen Verhalten zu verstehen sei.

Für die systematisch und die teleologische Auslegung kann auf das zur Wegeentgeltregulierung nach § 14 Abs. 4 AEG Gesagte verwiesen werden. Ergänzend wäre hier aber anzumerken, dass durch das Beispiel aus § 14 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 AEG das Verbot (horizontaler) Diskriminierung aufgegriffen wurde.

Auch unter Berücksichtigung der Konfliktschlichtungsformel ergibt sich das Bild, dass die widerstreitenden Interessen zu Gunsten der Zugangsberechtigten im Sinne einer missbrauchsfreien Gestaltung der Entgelte für Service- und sonstige Einrichtungen abgewogen wurden.

## 3. Endkundenentgeltregulierung aus § 12 AEG

§ 12 Abs. 1 S. 1 AEG definiert Tarife als die „Beförderungsentgelte und Beförderungsbedingungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen“, welche gemäß § 12 Abs. 3 AEG einem Genehmigungserfordernis unterworfen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob § 12 AEG eine die Endkunden schützende Dimension zukommt.

Der Wortlaut der Norm unterlässt es, eine die Grundzüge der Norm durchziehende Individualisierung vorzunehmen. Zwar werden die „Endkunden“ oder „Reisenden“ in § 12 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 oder auch Abs. 6 S. 2 AEG ausdrücklich erwähnt.

---

<sup>1205</sup> So wohl auch Gerstner, § 14 AEG, Rn. 212; vgl. hierzu Abschnitt E.III.2.

Von § 12 Abs. 2 S. 2 AEG<sup>1206</sup> abgesehen, werden sie allerdings nicht als eigenständige Rechtssubjekte berechtigt, sondern lediglich als Anknüpfungspunkt für bestimmte Verfahrensregelungen herangezogen.

Gerstner hält eine drittschützende Wirkung auch deswegen für ausgeschlossen, weil die Genehmigung nach § 12 Abs. 3 AEG kein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, sondern nur eine objektive Wirksamkeitsvoraussetzung der jeweiligen Beförderungsverträge sei.<sup>1207</sup>

Aus systematisch-teleologischer Sicht muss darüber hinaus bezweifelt werden, ob § 12 AEG noch zur eigentlichen eisenbahnrechtlichen Marktregulierung gehört. Es fehlt dem AEG an einer Gliederungsebene oberhalb der einzelnen Paragraphen,<sup>1208</sup> so dass der Abfolge der einzelnen Paragraphen hier Bedeutung zukommt. Die diskriminierungsfreie Zugangsgewährung aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG erfolgt erst nach der Genehmigungspflicht der Tarife. Die Regelung der (Zugangs-)Entgelte ist, so auch im AEG, systematisch der Zugangsregulierung nachgelagert. Wenn § 12 AEG aber nicht zur Marktregulierung gezählt werden darf, dann stellt sich die Frage, ob die hier ausgeführten Schutzbedürftigkeiten der Endkunden im Rahmen der Marktregulierung überhaupt Anerkennung gefunden haben.

Insofern kann hier nicht von einer Klagebefugnis i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO aus § 12 AEG ausgegangen werden.<sup>1209</sup>

## **V. Zusammenfassende Betrachtung**

Es muss daran erinnert werden, dass es sich bei der Eisenbahninfrastruktur um eine besondere Form des natürlichen Monopols handelt.<sup>1210</sup> Es stellt sich daher die Frage, wieweit eine eisenbahnrechtliche Marktregulierung in der Wettbewerbsetablierung hier reichen kann. Die Aktivierung der Wettbewerber zur Innovation und Wohlfahrtsgewinnen wird am zwingenden Charakter der Eisenbahninfrastruktur, vor allem der Schienenwege, wenig ändern können. Nicht abzusehen ist, wie vergleichbare aus der Wettbewerbssituation resultierenden Impulse wie der telekommunikati-

---

<sup>1206</sup> Diese Norm stellt nur ein Diskriminierungsverbot für die Anwendung, nicht aber die zu genehmigende Ausgestaltung der Tarife dar.

<sup>1207</sup> So Gerstner, § 12 AEG, Rn. 80f.

<sup>1208</sup> Es bleibt die Frage offen, ob die Vorschriften des AEG jenseits der §§ 14–14g AEG überhaupt noch in den Regelungskomplex der Marktregulierung zu rechnen sind.

<sup>1209</sup> So auch Gerstner, § 12 AEG, Rn. 92ff.

<sup>1210</sup> Vgl. Abschnitt G:I.1.

onsrechtliche Infrastrukturwettbewerb und die Diversifizierung und Dezentralisierung der Stromerzeugung, in die Eisenbahnwirtschaft implementiert werden sollen; dies mag aber der Fantasielosigkeit des Verfassers geschuldet sein. Es wird also im Fall der Eisenbahn nicht zu einer Erosion des natürlichen Monopols kommen, sondern die sektorspezifische Regulierung wird hier dauerhaft den „Engpass Schiene“ offenhalten müssen.<sup>1211</sup> Nirgendwo sonst hängt die Wettbewerbsetablierung so sehr von der Wettbewerbssimulation durch die Regulierungsinstanzen ab; und insofern wird die Regulierung der Eisenbahn eine diese stützende Funktion im intermodalen Wettbewerb gemäß § 1 Abs. 5 AEG zuzumessen sein. In dem Kontext des intermodalen Wettbewerbs bekommt der intramodale Wettbewerb eine ganz andere Funktion. Die Ertüchtigung der Leistungserbringung auf der Schiene durch ein Mehr an Wettbewerb bekommt eine umweltpolitische Dimension. Durch eine Verbesserung der Eisenbahnverkehrsdienste darf mit Berechtigung angenommen werden, dass der „Marktanteil“ der Eisenbahn als umweltfreundlichster Verkehrsträger steigen wird.<sup>1212</sup> Auch wenn im Eisenbahnsektor das natürliche Monopol wohl nicht vollständig wegereguliert werden kann, so lässt sich wohl doch im Rahmen des ökonomisch, ökologisch und sozial Sinnvollen großes Potenzial für Wettbewerb erkennen.<sup>1213</sup>

Die Eisenbahnmarktregulierung ist wenig ausdifferenziert und strukturiert die Regulierungsfelder der Zugangs- und Zugangsentgeltregulierung nur holzschnittartig. Mögen auch industriepolitische Erwägungen bei der Kodifikationen der eisenbahnrechtlichen Marktregulierung sowie Rechtsanwendung einen beachtlichen Raum einnehmen,<sup>1214</sup> so bleibt doch für das Eisenbahnrecht die (gemeinschaftsrechtlich vorgegebene) Vorstellung, dass mittels eines Wettbewerbs auch hier eine verbesserte Leistungserbringung erreicht werden kann, der mit dem gegenwärtigen Instrumentarium des AEG und der EIBV nicht zu erreichen ist.<sup>1215</sup>

---

<sup>1211</sup> So Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 12; Gersdorf, Wirtschaft und Verwaltung 2010, S. 159 (159).

<sup>1212</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 16; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 125.

<sup>1213</sup> Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, S. 11f. sieht vor allem Möglichkeiten in Entflechtungen innerhalb des DB-Konzerns, ohne die jegliche Neufassung des Regulierungsrahmens das Diskriminierungspotenzial unangetastet ließe.

<sup>1214</sup> So jedenfalls Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 23; Fehling, in: Lüdemann, S. 118, S. 128.

<sup>1215</sup> Gersdorf, Wirtschaft und Verwaltung 2010, S. 159 (166); Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, S. 11f.

Dies kann nicht ohne Konsequenzen für die Gewährung eines verwaltungsprozessrechtlichen Drittschutzes sein. Beständig muss die Zugangsnorm des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG bzw. die Absicherung des Zugangsanspruchs zur Identifikation von subjektiven öffentlichen Rechten der Wettbewerber mit herangezogen werden. Damit wird die kritisierte Fokussierung des eisenbahnrechtlichen Regulierungsregimes auf die Zugangsregulierung weiter bestärkt.<sup>1216</sup> Aber gerade für die Herstellung des Gleichgewichts verschiedener (Grund-)Rechtspositionen muss eine vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffene Abwägungsentscheidung berücksichtigt werden. Für den Drittschutz im Eisenbahnregulierungsrecht bedeutet das konkret: Nahezu akzessorisch lässt sich ein Drittschutz nur unter Bezugnahme auf den diskriminierungsfreien Zugang aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG herleiten, welcher allerdings als ein allgemeiner Grundsatz nur ein stark vom Einzelfall abhängiges Individualschutzniveau der Wettbewerber sicherstellt.

Die Endkundenentgelte fallen insofern gänzlich aus dem Rahmen der eisenbahnrechtlichen Marktregulierung, weil diese nicht in einem systematischen und – wiederum der Holzschnittartigkeit geschuldet – einem mangelnden inhaltlichen Bezug zu § 14 AEG steht.

---

<sup>1216</sup> So Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 9; Gersdorf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2010, S. 159 (165).



## **H. Vergleichende Perspektive**

In den vorhergehenden Abschnitten wurden die Drittschutzgehalte der einzelnen, sich mit der Marktregulierung der Netzinfrastrukturen befassenden Regelungskomplexe untersucht. In dem nun folgenden Abschnitt sollen die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst werden.

Nachdem in den vorhergehenden Abschnitten die Drittschutzgehalte in den Marktregulierungsregime eines jeden Rechtskomplexes untersucht wurde, welcher sich mit der Wettbewerbsetablierung in den Netzwirtschaften beschäftigt, sollen die dort gewonnenen Erkenntnisse für zweierlei Vergleiche herangezogen werden. Zunächst sollen die einzelnen Rechtsgebiete einander gegenübergestellt werden (I.). Hierbei sollen die Schnittmengen und die Wechselbeziehungen aufgezeigt werden. Auch auf dieser Basis soll dann in einem weiteren Schritt der Drittschutz in den Regulierungsgesetzen herangezogen werden, um zu zwei ausgewählten Diskussionen zur (Fort-)Entwicklung des (Wirtschafts-)Verwaltungsrecht Stellung zu nehmen (II.).

### **I. Intern: Schnittmengen und Wechselbeziehungen der Regulierungsregime**

Ein Vergleich der Regulierungsregime stellt sich als weit schwieriger dar, als es die gemeinsamen tatsächlichen Voraussetzungen der tatsächlichen Voraussetzungen einer sektorspezifischen Regulierung eines natürlichen Monopols<sup>1217</sup> vermuten lassen.<sup>1218</sup>

#### **1. Abgleich der Regulierungsinstrumente**

Wie bereits aus den zusammenfassenden Betrachtungen der einzelnen Netzregulierungsrechte angedeutet wurde, zeigen sich erhebliche Unterschiede in den Drittschutzgehalten zugunsten von Wettbewerbern und Endkunden. Diese Differenzen sind in einem ersten Schritt anhand der konkreten Regulierungsinstrumente zu untersuchen.

---

<sup>1217</sup> Beispielfhaft genannt seien hier, dass in der Telekommunikationswirtschaft „nur noch“ die „letzte Meile“ als Monopol besteht (Abschnitt E.I.1.a)), im Elektrizitätssektor die „Systemdienste“ einen verstärkenden Effekt auf das natürliche Monopol haben (Abschnitt F.I.1.a)), oder ob es sich bei der Schieneninfrastruktur um eine „crucial facility“ handelt (so Koenig/Neumann/Schellberg, Wirtschaft und Wettbewerb 2006, S. 139 (139)).

<sup>1218</sup> Vgl. hierzu Abschnitt B.III. und IV.

### a) Zugangsregulierung

Alle hier untersuchten Rechtsgebiete setzen die eingangs aufgegriffene Forderung nach einer Zugangsregulierung auf,<sup>1219</sup> welche stets als zentraler Regelungskomplex der jeweiligen Regulierungsregime angesehen wird. Die weiteren Regelungen der Marktregulierung sind regelmäßig zur Absicherung des Netzzugangs ergangen.

Aus den gezogenen Schlussfolgerungen geht hervor, dass in jedem Regulierungsregime der Netzzugang für die Wettbewerber durch einen diese subjektiv berechtigenden gesetzlichen Zugangsanspruch ausgestaltet ist. Es besteht also in allen drei Rechtsgebieten eine drittschützende das „Ob“ regelnde Zugangsnorm.<sup>1220</sup> Ebenso greifen alle drei Zugangsregime den Gedanken der regulierten Selbstregulierung auf,<sup>1221</sup> wenn die Frage des „Wie“ durch den Netzzugang ausgestaltende Verträge erfolgen soll.<sup>1222</sup>

Diese Beobachtung wird dann aber durch einen oberflächlich nur quantitativen Befund relativiert, der allerdings qualitative Konsequenzen zeitigt. § 21 TKG als telekommunikationsrechtliche Leitnorm in der Zugangsregulierung ist eingebettet in die flankierenden Vorschriften der §§ 22–25 TKG, die zum Teil einen eigenständigen Drittschutz, zum Teil die Fortwirkung der des § 21 TKG beinhalten. Mit diesen Normen wird der Zugangsanspruch also durch ergänzende subjektive öffentliche Rechte der Wettbewerber abgesichert.

§ 20 Abs. 1 EnWG und § 14 Abs. 1 S. 1, S. 3 und Abs. 5 AEG stehen dabei als Zugangsansprüche alleine im Raum; es fehlt an stützenden und drittschützenden Normen zur Absicherung des „Ob“ des Netzzugangs.

### b) Netzentgeltregulierung

Die Netzentgeltregulierung der verschiedenen Regulierungsrechte hat ihre Gemeinsamkeit darin, dass die konkreten Berechnungsvorgaben keine individualschüt-

---

<sup>1219</sup> Vgl. B.IV.3.b)bb).

<sup>1220</sup> Vgl. Abschnitt E.II.6. mit § 21 TKG, F.III.1. mit § 20 Abs. 1 EnWG, G.III.1. mit § 14 Abs. 1 S. 1 AEG. Mehr zu den aus dieser Gemeinsamkeit zu ziehenden Schlussfolgerungen Abschnitt H.I.4.b).

<sup>1221</sup> Fehling, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 500, Rn. 73.

<sup>1222</sup> § 22 TKG, § 20 Abs. 1a und 1b EnWG, § 14 Abs. 6 AEG.

zende Perspektive haben. Es handelt sich regelmäßig um „abstrakt-generelle Vorgaben der kalkulatorischen Kostenrechnung“.<sup>1223</sup>

Allerdings beschränkt sich nach der hier vertretenen Auffassung der Rahmen der Netzentgeltregulierung nicht nur auf diese Vorschriften. Im TKG und im EnWG finden sich mit §§ 27f. TKG und § 21 EnWG Grundsatznormen, die einen drittschützenden Rahmen für die Netzentgeltgestaltung ziehen.

Allerdings ergeben sich hier systematisch Unterschiede, die auch für den Drittschutz der Netzentgeltregulierung von Bedeutung sein können. § 21 EnWG ist systematisch als Norm der Zugangsregulierung zu betrachten, also eine Sicherung des Netzzugangsanspruchs aus § 20 Abs. 1 EnWG und bezieht maßgeblich aus dem Zusammenspiel mit diesem Anspruch seine drittschützende Dimension.<sup>1224</sup> Die kostenbasierte Entgeltgenehmigung inkorporiert diese drittschützenden Anforderungen durch § 23a Abs. 2 S. 1 EnWG, hat aber seit Beginn der zweiten (Anreiz-)Regulierungsperiode seit 2009 seine praktische Bedeutung weitestgehend verloren.

Auch hier zeigt das TKG wieder den am feinsten auszisilierten Regelungskomplex. Zunächst gibt es innerhalb des die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung regelnden zweiten Teils des TKG einen eigenen Abschnitt für die Entgeltregulierung, der von einem die allgemeinen Vorschriften regelnden Unterabschnitt angeführt wird. Den Normen §§ 27 und 28 TKG kommt eine die ganze Entgeltregulierung prägende Kraft alleine schon aus deren systematischer Stellung zu. § 27 Abs. 1 TKG implementiert als „Zwischen“-Zielbestimmung in jeder Norm der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung eine drittschützende Dimension. Hieran wird der markanteste Unterschied der Entgeltregulierung aller Regulierungsrechte deutlich. Im Telekommunikationsrecht wird die Schutzbedürftigkeit der Endkunden als durchgehendes Erfordernis gesehen.

Besonders verwundert die Situation im AEG. Hier hat keine ausdrückliche Absicherung des Netzzugangsanspruchs durch die Regelungen der Netzentgeltregulierung in den Normtext des § 14 AEG Eingang gefunden, so dass dies aus dem Wettbe-

---

<sup>1223</sup> Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, S. 760. Bezogen ist diese Auffassung auf die §§ 31ff. TKG, lässt sich allerdings auf die Regelungen der StromNEV, GasNEV und der ARegV und der §§ 20ff. EIBV ausweiten.

<sup>1224</sup> Vgl. hierfür Abschnitt F.III.3.b).

werbsziel des § 1 Abs. 1 und dem Zugangsanspruch des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG als notwendige Kehrseite des Netzzugangs abgeleitet werden muss.

*c) Endkundenentgeltregulierung*

Bei Betrachtung einer Drittschutzbedürftigkeit der Endkunden trifft einzig das TKG mit § 39 TKG eine Schutzanordnung für Endkunden in der Preisgestaltung.

*d) Rechtsschutzsysteme*

Hinsichtlich der Rechtsschutzsysteme, also der Möglichkeit, überhaupt den Drittschutz aus den Regulierungsnormen geltend zu machen, fällt die energierechtliche Regulierung heraus. Dabei ist die Frage der abdrängenden Sonderzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit noch kein eigentliches Problem. Das Problem besteht – und dies durch den BGH seit dem Urteil-Stromnetzzugangsentgelt V bestätigt<sup>1225</sup> – darin, dass den Wettbewerbern nach der gesetzlichen Architektur des EnWG keine ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten zukommen und dass die zivilrichterliche Kontrolle des EnWG diese Rechtsschutzlücken nur mit zivilrechtlichen Instrumenten, in diesem Fall der Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB, schließen kann. Zwar dürften die drittschützenden Momente des § 20 Abs. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 EnWG in diese Billigkeitskontrolle Eingang finden.<sup>1226</sup> Dennoch ist zu bezweifeln, dass § 315 Abs. 3 BGB eine sachgerechte Grundlage für die Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörden darstellt und dadurch überstrapaziert wird. Insoweit kann nur an den Gesetzgeber appelliert werden, dass diese Rechtsschutzlücke sachangemessen vom Gesetzgeber auch im Interesse eines effektiven Drittschutzes geschlossen wird.

*e) Anerkennung der Marktmacht in den Regulierungsregime*

Ein markanter Unterschied zwischen der Regulierung nach TKG einerseits und EnWG und AEG andererseits ist, inwieweit die Regulierungsregime die „doppelte“ Marktmacht aus Inhaberschaft des natürlichen Monopols und der nur allmählichen Erosion der ehemaligen Staatsmonopolistenstellung bzw. staatlich sanktionierter Monopole im Falle der Energiewirtschaft anerkennt.

---

<sup>1225</sup> BGH EnZR 105/10.

<sup>1226</sup> Dies bleibt jedenfalls zu erwarten, wenn der BGH davon spricht, dass die §§ 21ff. EnWG eine Konkretisierung des Billigkeitsmaßstabes für das Energierecht darstellen, BGH EnZR 105/10, Rn. 34.

Die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung hat die asymmetrische Regulierung der beträchtlichen Marktmacht in ein komplexes und dynamisches Verfahren eingebettet,<sup>1227</sup> welches der Regulierungsinstanz Spielräume belässt, um eine möglichst passgenaue Regulierungsentscheidung zu treffen. Die Regulierung der Energie- und Eisenbahnnetze unterscheidet sich hiervon deutlich. Es wird der symmetrische Regulierungsansatz verfolgt, also dass alle Netzbetreiber gleichermaßen der Zugangsverpflichtung und damit der Pflichten der Entgeltgestaltung unterliegen.<sup>1228</sup> Die Perspektive der Marktmachtanerkennung in der Netzregulierung konsequent durchgehalten, würde dazu führen, dass streng genommen nur die §§ 16 und 18 TKG überhaupt mit den Regelungen des EnWG und des AEG verglichen werden können.

Mit dieser Grundsatzentscheidung in der Marktregulierung der einzelnen Sektoren geht einher, dass die dem symmetrischen Ansatz folgenden Regulierungsnormen einen viel geringeren „Auflösungsgrad“ haben. Erforderlich wäre eine passgenaue Regulierung der Marktmacht. Die symmetrische Regulierung typisiert pauschal alle Netzbetreiber als Verpflichtete. Dies ist insofern konsequent gedacht, als nur die Inhaberschaft der Netzinfrastruktur als natürliches Monopol als regulierungsbedürftig ausgemacht würde. Damit gleichsam als andere Seite der Medaille verbunden ist allerdings die Schaffung von Wettbewerb, was wiederum nicht ohne einen Abbau von Marktmacht denkbar ist. Insofern sind die Befunde, dass die Netzwirtschaften unterschiedliche Niveaus der Marktetablierung aufweisen, auch mit dieser grundsätzlichen Strukturierung der Regulierungsgesetze zu erklären.

Dieser grundsätzliche Befund der Regulierungsrechte kann nicht ohne Konsequenz für die hier vorzufindenden Drittschutzniveaus bleiben. Es obliegt dem Gesetzgeber, den Ausgleich widerstreitender Interessen und Rechtspositionen vorzunehmen oder wenigstens vorzustrukturieren. Der symmetrische Regulierungsansatz erscheint hierbei zunächst für eine Berechtigung der Wettbewerber vom Grundsatz her günstiger, da durch die typisierende Zusammenfassung aller Netzbetreiber mehr Berechtigungsadressaten möglich sind.

Wenn (beträchtliche) Marktmacht auf der Tatbestands- bzw. Verpflichtetenebene keine Beachtung findet, dann kann nicht in der Rechtsfolge bzw. Regulierungsanordnung eine einschneidende, der Marktmacht entgegentretende Aussage stehen,

---

<sup>1227</sup> Schütz, § 9 TKG, Rn. 9; vgl. Abschnitt E.I.2.a).

<sup>1228</sup> Schneider, in: Lüdemann, S. 100 (108); Abschnitt G.III.1.

ohne mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Konflikt zu geraten. Wegen der pauschalisierten Betrachtung aller Netzbetreiber, kann ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen auch nur bedingt an das Marktmachterfordernis anknüpfen, weil diese nicht durchgehend bei den Netzbetreibern unterstellt werden darf. Die Wettbewerber haben also in der konkreten Norm ein weniger hohes Drittschutzniveau. Beim Übertragen dieser gesetzesmechanischen Überlegung in die Rechtspraxis fällt auf, dass die Frage der Marktmacht sehr relevant ist, aber beim symmetrischen Ansatz nicht hinreichend gewürdigt wird. Das Drittschutzniveau der Wettbewerber ist damit weniger gut aufgestellt als bei einer Anerkennung der Marktmacht als ein regulierungsbedürftiges Moment.

*f) Zusammenfassende Betrachtung*

Jenseits der Grundsatzentscheidung, ob ein symmetrischer oder asymmetrischer Regulierungsansatz das Regulierungsregime prägt, ist der zentrale Unterschied zwischen der telekommunikations-, energie- und eisenbahnrechtlichen Marktregulierung die Regelungsichte. Das TKG normiert – zumindest auf der Ebene des Gesetzesrechts – am eingehendsten die Anforderungen an die Marktregulierung. Im Rahmen der Energiemarktregulierung werden viele Regelungen durch die auf dem EnWG basierenden Rechtsverordnungen<sup>1229</sup> getroffen. Die Eisenbahnmarktregulierung wird von § 14 AEG geleistet.

Weil Gemeinsamkeiten in den Bereich der Netzentgeltregulierung bestenfalls oberflächlich bestehen, bleibt nur eine zentrale Gemeinsamkeit der Regulierungsregime: ein gesetzlicher Zugangsanspruch als logisches Herunterbrechen der Wettbewerbszielsetzungen auf die Situation des Netzzugangs. Das Überwinden der wettbewerbshindernden Charakteristika der Netzinfrastruktur als natürliches Monopol kann überhaupt nur denklogisch möglich sein, wenn die damit einhergehenden Zugangsbarrieren neutralisiert werden.<sup>1230</sup> Die Konfliktschlichtungsprogramme der Zugangsnormen des § 21 TKG, des § 20 EnWG und des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG fallen als diskriminierungsfreier Netzzugang allesamt identisch aus.<sup>1231</sup>

Auch wenn nur noch das Offensichtliche ausgesprochen wird, zeigt sich doch, dass der Drittschutz im TKG am intensivsten ausgestaltet ist, dann die energierechtlichen

---

<sup>1229</sup> Vgl. hierzu Abschnitt F.I.c).

<sup>1230</sup> Vgl. hierfür Abschnitt B.III.1.

<sup>1231</sup> Vgl. Abschnitte D.II.6.a)bb), F.III.1 sowie G.III.b)bb).

Regulierungsnormen folgen und im AEG der Drittschutz am wenigsten entwickelt ist.

## 2. Zusammenhang von Drittschutzintensität und Wettbewerbsetablierung?

Legt man die zuvor gemachte Aussage, dass vom TKG über das EnWG hin zum AEG das Drittschutzniveau sinke, über die Einschätzungen, wie weit der Wettbewerb jeweils gediehen ist, zeigt sich ein gleichlaufender Trend.<sup>1232</sup> Es drängt sich also die Frage auf, ob ein Zusammenhang zwischen beiden Beobachtungen besteht.

Hierfür sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass die Etablierung eines Wettbewerbs nicht ohne die Wettbewerber als Individuen gedacht werden kann.<sup>1233</sup> Soll ein Wettbewerb aufgeforstet werden, so kommt es ganz besonders auf die Funktion der Wettbewerber für Aufbau marktmäßiger Handlungsprozesse an. Regulierung versucht, mittels hoheitlichen Vorgehens Wettbewerbsetablierung zu induzieren und zu begleiten. Das Regulierungsrecht muss daher der Schutzbedürftigkeit der Wettbewerber Rechnung tragen.

Die Frage ist aber, ob dies nur durch subjektive öffentliche Berechtigungen von Wettbewerbern und Endkunden geschehen kann. Dem steht die Ansicht entgegen, dass eine den Zugangsanspruch regulierende Hoheitstätigkeit in den Netzwirtschaften dann nicht notwendig sei, wenn und soweit durch Entflechtungsvorschriften eine Trennung der Netzinhaberschaft bzw. des Netzbetriebs einerseits und der Erbringung von Dienstleistungen auf dem Netz andererseits strikt voneinander getrennt wären.<sup>1234</sup> Dieser Ansatz verkennt, dass in allen drei Netzsektoren Entflechtungsvorschriften existieren<sup>1235</sup> und dennoch deutliche Unterschiede in den Entwicklungsgraden der Wettbewerber festzustellen sind. Eine effektive Entflechtung ist eine unerlässliche Voraussetzung einer effektiven Marktregulierung,<sup>1236</sup> reicht aber alleine nicht aus um

---

<sup>1232</sup> Vgl. Abschnitte E.I.1.a); F.I.1.; G.I.1. So wohl auch Monopolkommission, Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, S. 14; Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang S. 11; Monopolkommission, Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern S. 11f.

<sup>1233</sup> D.I.4.

<sup>1234</sup> Gerstner, § 14 AEG, Rn. 10.

<sup>1235</sup> § 7 TKG, §§ 6ff. EnWG, §§ 9f. AEG.

<sup>1236</sup> So wohl Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, S. 11f. die ohne eine Entflechtung jede Neufassung des Regulierungsrahmens zum Scheitern in der Diskriminierungsbekämpfung verurteilt sieht.

einen Wettbewerb in den Netzwirtschaften zu etablieren. Es bleibt dabei, dass der Zugang zum Netz rechtlich vorgeschrieben sein muss.<sup>1237</sup>

Sollen die Wettbewerber eine rechtlich effektive Möglichkeit haben, in den Markt einzutreten, brauchen sie eine gegenüber Netzinhaber und Regulierungsinstanz einklagbare subjektive Rechtsposition. Klagbare Zugangsansprüche haben Wettbewerber in allen drei Regulierungsrechten, und dennoch werden unterschiedliche Wettbewerbsentwicklungsgrade konstatiert.

Eine effektive Wettbewerbsetablierung ist also darauf angewiesen, dass ein Plus zu dem bloßen Zugangsanspruch hinzukommt.

Hierbei springt zunächst die Konditionen- und Entgeltregulierung ins Auge. Dass der Zugangsanspruch ausgehöhlt werden kann, wenn er nicht auf der Ebene der Zugangsbedingungen und -entgelte abgesichert wird, ist offenkundig und vielfach in dieser Untersuchung ausgeführt.<sup>1238</sup> Sicherlich bedarf es bei der Ausgestaltung der Netzzugangsentgelte technischer Vorschriften, die aufzeigen, wie die Preis- und Bedingungsgestaltung vor sich zu gehen hat. Allerdings bleibt der Wettbewerber in der Wettbewerbsetablierung auch hier noch in einem hohen Umfang schutzbedürftig. Es bleibt die Gefahr, dass z.B. durch strategisches Verhalten und Quersubventionen<sup>1239</sup> wenig offensichtliche Diskriminierungen erfolgen. Dem Wettbewerber muss auch in der Entgeltgestaltung als Ultima Ratio Rechtsschutz möglich sein; sei es dadurch, dass ihm materielle und einklagbare Rechtspositionen in diesem Kontext zugestanden werden, sei es, dass ihm überhaupt ein effektives Rechtsschutzsystem zur Verfügung steht. Dieses effektive Rechtsschutzsystem kann grundsätzlich auch im Regulierungsverwaltungsverfahren angelegt sein. Der Schwerpunkt dieser Arbeit lag im materiell-rechtlichen Drittschutz; aber auch verfahrensrechtliche Positionen haben im Regulierungsverfahren den Zweck, den Schutz der Wettbewerber und ihrer Interessen zu bewirken.<sup>1240</sup>

Die deutlichste Ursache in dem Gefälle des Drittschutzniveaus besteht hinsichtlich des asymmetrischen Regulierungsansatzes. Neben der früher einsetzenden Regulie-

---

<sup>1237</sup> Vgl. hierzu Abschnitt B.IV.3.b)bb).

<sup>1238</sup> Vgl. Abschnitt E.III.4.; G.III.3.; F.IV.1.

<sup>1239</sup> Vgl. Abschnitt B.III.2.h) und i).

<sup>1240</sup> So auch Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 347.



nung<sup>1241</sup> macht diese Grundsatzentscheidung im TKG eine Hauptursache für den „Respektsabstand“ in der Wettbewerbsentwicklung aus. Durch den asymmetrischen Regulierungsansatz wird die Marktmacht mit einem sehr hohen Drittschutzniveau verknüpft. Dort wo die Wettbewerber am schwächsten sind, weil ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht existiert, wird diesen das höchste Schutzniveau durch klagefähige Rechtspositionen eingeräumt.

Die Beobachtung, dass zwischen Wettbewerbsentwicklungsgrad und Drittschutzniveau ein Zusammenhang besteht, mag vorliegend noch nicht zwingend dargestellt worden sein. Es fehlen z.B. jene für die Wettbewerbsentwicklung nicht weniger wichtigen technischen und ökonomischen Innovationen. Gleichwohl spielt die hoheitliche Regulierung eine besondere Rolle für die Wettbewerbsentwicklung in den Netzwirtschaften, so dass Fragen rechtlicher Stellschrauben, wie sie der Grad der Gewährung subjektiver Rechte für Wettbewerber und Endkunden darstellen, nicht ohne Plausibilität Einfluss auf die Wettbewerbsentwicklung haben. Ein hohes Drittschutzniveau für Wettbewerber und Endkunden in den Netzwirtschaften mag daher alleine keinen Wettbewerb etablieren können; dass dieser aber für dieses Ziel hilfreich ist, kann indes nicht bestritten werden.

### 3. Wechselbeziehungen der Regulierungsregime

Im Folgenden soll bei allen festgestellten Unterschieden dennoch zwei Wechselbeziehungen herausgearbeitet werden. Die erste ist, dass durch die Zielbestimmungen in § 1 Abs. 2 EnWG und § 1 Abs. 1 S. 1 AEG die symmetrische Regulierung Elemente der Regulierung beträchtlicher Marktmacht berücksichtigen muss. Die zweite ist, dass für den Bereich der sektorspezifischen Netzregulierung ein weit vorsichtigerer Umgang mit dem Rechtsinstitut des Kontrahierungszwangs angebracht ist.

#### a) Brückenbegriff „Wirksamer Wettbewerb“

An der Frage, ob die Marktmacht zum Gegenstand der Tatbestandsvoraussetzungen und der Normadressierungen gemacht werden soll, zieht sich ein für den Drittschutz aber auch für die Regulierungs-„Systeme“ wesentlicher Unterschied. Ist also durch den Ansatz als symmetrische bzw. als asymmetrische Regulierung ein Graben

---

<sup>1241</sup> Höppner, Die Regulierung der Netzstruktur, S. 371.

zwischen dem TKG auf der einen und EnWG und AEG auf der anderen Seite gezogen, der einer Vergleichbarkeit entgegensteht?

Wie bereits geklärt,<sup>1242</sup> ist der Begriff der beträchtlichen Marktmacht nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG zentrales negatives Tatbestandsmerkmal für den wirksamen Wettbewerb.<sup>1243</sup> Die Klärung der Begrifflichkeit des wirksamen Wettbewerbs wurde bereits im Zusammenhang mit dieser Norm geleistet.<sup>1244</sup>

Sowohl § 1 Abs. 2 EnWG als auch § 1 Abs. 1 S. 1 AEG enthalten die Formulierung „dient [...] der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs“. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs wird also auch von der energie- und eisenbahnrechtlichen Marktregulierung aufgegriffen. Die einzige Legaldefinition dieses Begriffes wird von § 11 Abs. 1 S. 2 TKG geleistet, eben dahingehend, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht vorliegen kann, wenn beträchtliche Marktmacht vorliegt.

Wenn nun die (Regulierungs-)Zielbestimmungen des EnWG und des AEG sich dieses Begriffes bedienen und wenn der Gesetzgeber um diese exklusive Definition des Begriffes wirksamer Wettbewerb durch § 11 Abs. 2 TKG wusste – denn das TKG wurde ein Jahr vor dem EnWG und dem AEG novelliert –, dann kann diese Formel nicht ohne Wirkung in den symmetrischen Regulierungsregimen bleiben.

Wie muss sich diese Einbeziehung der beträchtlichen Marktmacht nun in der symmetrischen Regulierung auswirken?

Sicher ist, dass über die Zielbestimmungen im Wege der teleologischen Auslegung die beträchtliche Marktmacht in allen wettbewerbsrelevanten Anordnungen mit hineinzu lesen ist. Gleichwohl sind in der Rechtspraxis die Potenziale zum Transfer des Konzepts der beträchtlichen Marktmacht begrenzt.

Da ist zunächst einmal die Tatbestandsebene. Die beträchtliche Marktmacht wird in der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung in einem aufwendigen Verfahren ermittelt. Solch eine aufwendige Prozedur zur Feststellung der beträchtlichen Marktmacht kennen weder EnWG noch AEG. Die Sachverhaltsermittlung ist weit weniger gesetzlich vorstrukturiert. Es kann also nicht mit der Präzision, wie es die §§

---

<sup>1242</sup> Vgl. Abschnitt E.I.c)aa) und bb).

<sup>1243</sup> So auch Korehnke, § 11 TKG, Rn. 4; Müller/Schütze, § 9 TKG, Rn. 2; Pape, Vor § 9 TKG, Rn. 7 / 62; Schneider, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 365, S. 375f.; Schütze, § 11 TKG, Rn. 7.

<sup>1244</sup> Vgl. Abschnitt E.I.c)aa).

9–15 TKG leisten, in Eisenbahn- und Energiesektor festgestellt werden, ob beträchtliche Marktmacht vorliegt. Gleichwohl wäre die Regulierungsbehörde nicht blind, wenn z.B. für den Eisenbahnsektor ein weit über 99 %-iger Marktanteil für die Deutsche Bahn oder für die vier größten Stromerzeuger ein Marktanteil von 64 % in der Grundversorgung konstatiert wird,<sup>1245</sup> dann bedarf das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG keines größeren Aufwands. Eng damit einher ginge natürlich eine andere Perspektive auf den Verpflichteten.

Wie kann nun im Rahmen des Drittschutzes der Energie- und Eisenbahnregulierung die über die Zielbestimmungen mit einbezogene beträchtliche Marktmacht Wirkung entfalten? Einer vorbehaltlosen Anwendung steht eine Reihe von Aspekten entgegen. Da ist zunächst einmal, dass in der Energie- und Eisenbahnregulierung nur wenige Normen eine drittschützende Wirkung haben, also die rechtspraktische Wirkung von vornherein auf diese Normen begrenzt ist. Die Regelungen der Entgeltregulierung bleiben wenig drittschützend. Zugleich kann die legislatorische Grundsatzentscheidung gegen eine asymmetrische Regulierung der Energie- und Eisenbahnwirtschaft nicht einfach beiseitegeschoben werden. Dies ist schon strukturell gar nicht möglich. Die Normen des EnWG und des AEG müssen als Eingriffsgrundlage in grundrechtlich geschützte Positionen<sup>1246</sup> dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Auch mit der Zielbestimmung des wirksamen Wettbewerbs können keine den Normen der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung entsprechenden Tatbestände und Rechtsfolge jenseits des Wortlauts der EnWG- und AEG-Normen konstruiert werden.

Es bleibt damit bis auf Weiteres nichts anderes übrig, als sich darauf zu beschränken, die beträchtliche Marktmacht bei der teleologischen Auslegung über die Zielbestimmungen des wirksamen Wettbewerbs mit einzubeziehen. Dies wird regelmäßig zur Folge haben, dass eine für den Wettbewerber günstigere Auslegung erfolgt, da nun wenigstens partiell dessen Schutzbedürftigkeit über die Zielbestimmung anerkannt und abgesichert wird.<sup>1247</sup>

---

<sup>1245</sup> Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, S. 11; 59.

<sup>1246</sup> Siehe Abschnitt C.III. und auch D.I.2.

<sup>1247</sup> Da beträchtliche Marktmacht in besonderem Maße der Wettbewerbsetablierung in den Netzwirtschaften entgegensteht, kann es sich hierbei nicht nur um eine verpflichtende Perspektive handeln, sondern es muss wie unter Abschnitt D.I.4. ausgeführt das Schutzbedürfnis der Wettbewerber bedacht werden.

b) Gesetzlicher Zugangsanspruch als Wesensmerkmal der sektorspezifischen Regulierung?

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde zu den drei zentralen Zugangsnormen, § 21 TKG, § 20 Abs. 1 EnWG und § 14 Abs. 1 S. 1 AEG, das Ergebnis herausgearbeitet, dass der Netzzugang des Wettbewerbers als gesetzlicher Anspruch ausgestaltet ist. Zum energie- und eisenbahnrechtlichen Netzzugang wird vertreten, dass die entsprechenden Netzzugangsnormen einen Kontrahierungszwang festlegen.<sup>1248</sup>

Weswegen wird dem Kontrahierungszwang auch in der sektorspezifischen Regulierung eine zentrale Rolle im Bereich des Netzzugangs zugemessen? Bei der Betrachtung des allgemeinen Kartellrechts verwundert dies nicht weiter. Es existiert ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang aus §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) i.V.m. § 33 GWB, welcher ausdrücklich auf die „essential facility-doctrine“ Bezug nimmt.<sup>1249</sup> Ein zum Netzzugang recht ähnlicher Fall ist im allgemeinen Wettbewerbsrecht als Kontrahierungszwang ausgestaltet. Weiterhin war und ist in der energiewirtschaftlichen Daseinsvorsorge ein Kontrahierungszwang nicht unüblich, so auch bei der Grundversorgungspflicht aus § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG oder selbst im Netzzugang, wie bei § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 S. 1, StromNZV, §§ 7 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 GasNZV.<sup>1250</sup>

Dennoch wäre eine solche Übertragung zu voreilig. Zunächst einmal dürfen hier nicht die unterschiedlichen „Aufträge“ des allgemeinen und des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts vergessen werden.<sup>1251</sup> Die kartellrechtlichen Kontrahierungszwänge beziehen sich auf den punktuellen Missbrauch von Marktmacht. Es liegt in der Logik des allgemeinen Wettbewerbsrechts, nur wettbewerbsschädlichen Extremen zu begegnen, nicht aber als dauerhafter Akteur in die Marktprozesse einzugreifen. Anders liegt der Fall in den Netzwirtschaften. Hier geht es darum, strukturelle Wettbewerbshindernisse, also das natürliche Monopol und die daraus resultierende

---

<sup>1248</sup> So etwa für das Energierecht auf der Grundlage des § 20 EnWG Britz, in: Fehling/Fehling-Ruffert, S. 429, Rn. 43; zum Eisenbahnrecht vgl. Abschnitt G.III.1.b)aa). Interessant an dieser Debatte ist, dass die marktmachtabhängige Anwendung des Kontrahierungszwangs gerade in den beiden Regulierungsregimen erwogen wird, in denen Marktmacht einzelner Marktbetreiber von den Normen kaum bis gar nicht als Problem gesehen wird.

<sup>1249</sup> Busche, Vorb. § 145 BGB, Rn. 18.

<sup>1250</sup> Busche, Vor § 36 EnWG, Rn. 40ff.; Eder, § 36 EnWG, § 36 EnWG, Rn. 7ff.; vgl. Abschnitt F.V.1.

<sup>1251</sup> Vgl. Abschnitt B.IV.1.

Marktmacht zuzüglich der Marktmacht, die aus der ehemaligen (Staats-) Monopolistenstellung resultiert, so gut es geht abzubauen.

Es gilt also auch hier die besonderen Anforderungen der Netzwirtschaften zu berücksichtigen, wenn es um die Frage geht, ob der Netzzugang als Kontrahierungszwang oder gesetzlicher Zugangsanspruch ausgestaltet wird. Zentrales Erfordernis ist eine so weit als mögliche Neutralisierung der aus der bottleneck-Situation resultierenden Zugangsbarriere zwecks Wettbewerbsetablierung. Diese Wettbewerbsetablierung bedarf aber eines klagefähigen Zugangsanspruches der Wettbewerber, auch um deren besondere Rolle und Schutzbedürftigkeit in der Wettbewerbsschaffung Rechnung zu tragen.<sup>1252</sup> Es gilt im Interesse der in allen Regulierungsrechten festgeschriebenen Wettbewerbsziele eine möglichst effektive Durchbrechung der bottleneck-Situation zu bewirken, dies kann nur ein gesetzlicher Zugangsanspruch leisten.

Eine solche Auffassung stellt auch per se keine Verletzung der grundrechtlichen Eigentumsgarantie, Berufs- und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sowie Privatautonomie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 12 Abs. 1 S. 1 und § 2 Abs. 1 S. 1 GG dar. Ebenso wie die Netzinhaber leiten Wettbewerber aus denselben grundrechtlichen Verbürgungen Rechtspositionen ab. Zusätzlich leitet sich unter anderem auch aus diesen Grundrechtsartikeln die marktwirtschaftliche Grundordnung ab, wonach das Begründen und das „Laufenlassen“ von monopolistischen Strukturen, resultieren sie aus rechtlichen Vorgaben oder – wie im Fall der Netzwirtschaften – aus ökonomisch-technischen Gesetzmäßigkeiten, wenigstens einer besonderen Begründungsbedürftigkeit unterfallen dürfte.<sup>1253</sup>

Schließlich darf angenommen werden, dass die hier vorgenommene Gegenüberstellung von Kontrahierungszwang und gesetzlichem Zugangsanspruch vor allem von theoretischem Interesse sein wird. Erinnerung sei daran, dass diese Untersuchung auf dem Weg zur Netznutzung durch Wettbewerber drei Regulierungsebenen unterschieden hat.<sup>1254</sup> Auf der Frage des „Ob“ des Zugangs steht der gesetzliche An-

---

<sup>1252</sup> Vgl. Abschnitt D.I.4.

<sup>1253</sup> So wohl auch Di Fabio, Art. 2, Art. 2, Rn. 87ff.; am Beispiel des Energierechts Säcker/Boesche, § 20 EnWG, Rn. 43; Burgi, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 269 (272).

<sup>1254</sup> Somit Theobald/Kafka in: Zenke/Wollschläger (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, S. 14 folgend, vgl. dazu auch Abschnitt C.II.3.b).

spruch, aber bereits auf der Ebene des „Wie“ wird die konkrete Ausgestaltung des Netzzugangs durch eine privatautonome Vereinbarung der Beteiligten geregelt.<sup>1255</sup>

Gleichwohl stellt der gesetzliche Zugangsanspruch eine Gemeinsamkeit aller drei Netzregulierungen dar und hebt sich damit in diesem zentralen Regulierungsinstrument von dem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang aus §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EG) i.V.m. § 33 GWB ab.

## **II. Extern: Einordnung der Untersuchungsergebnisse**

Die sektorspezifische Marktregulierung ist ein relativ junges Rechtsgebiet, das der Wettbewerbsetablierung und -simulation dient, indem es versucht, staatliche Allgemeinwohlverpflichtungen durch die Gewährleistungsverantwortung mit der privatwirtschaftlichen Eigenrationalität in der Leistungserbringung zu verzahnen. Mit dieser Herangehensweise sind neue Lösungsansätze auf die Rechtswissenschaft zur Verfügung gestellt worden. Dies erklärt die große Aufmerksamkeit, die das Regulierungsrecht in der (Verwaltungs-)Rechtswissenschaft in den vergangenen Jahren genossen hat.<sup>1256</sup>

Die hier erfolgte Untersuchung zum Drittschutz in der Marktregulierung der Netzwirtschaften soll im Folgenden und abschließend in einige dieser interessierenden Diskussionszusammenhänge eingebettet werden. Zunächst soll mit Hilfe des Governanceansatzes versucht werden, den Drittschutz in den Regulierungsgesetzen von einer neuen Perspektive her zu beleuchten (1.). Um nicht den selbstgesteckten Rahmen des Untersuchungsauftrags zu sprengen, soll zwei weiteren Fragen nur skizzenhaft mit Blick auf den Drittschutz nachgegangen werden: ob ein übergreifendes Regulierungsrecht sinnvoll und notwendig ist (2.) und ob die Regulierungsrechte ein Referenzgebiet für eine Reform des Verwaltungsrechts insgesamt darstellen (3.)

### **1. Analytischer Rahmen: Drittschutz in der Marktregulierung aus der Governanceperspektive**

Dem Governanceansatz wird unterstellt, eine besonders fruchtbare Perspektive zur Untersuchung der Frage zu sein, wie staatliche und private Akteure zusammenwir-

<sup>1255</sup> So § 22 TKG, § 20 Abs. 1a und Abs. 1b EnWG, welche durch § 6 Abs. 1, § 10 Abs. 1 S. 1, StromNZV, §§ 7 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 S. 1 GasNZV konkretisiert werden, sowie § 14 Abs. 6 AEG.

<sup>1256</sup> Dahingehend ist der Fakt zu interpretieren, dass sich die öffentlich-rechtliche Debatte des 66. Deutschen Juristentag vom 19. bis 22. September 2006 mit dieser Fragestellung intensiv auseinandersetzte.

ken.<sup>1257</sup> Im Drittschutz der Marktregulierung in den Netzwirtschaften geht es um das Zusammenspiel von verschiedenen privaten und staatlichen Akteuren mit mitunter entgegengesetzten Interessen<sup>1258</sup> und wie diese in die Zielbestimmungen der Wettbewerbsförderung eingebettet sind und agieren.

*a) Governanceperspektive auf rechtliche Fragestellungen*

Bei Anwendung der Governanceperspektive auf rechtliche Fragestellungen wird eine Horizonterweiterung deutlich. Indem eine „Vogelperspektive“ eingenommen wird, die nicht nur die rechtsdogmatische Anwendung bzw. Weiterentwicklung im Blick hat,<sup>1259</sup> werden Wechselbeziehungen zwischen den tatsächlichen Umständen und der rechtlichen Einwirkung auf eine Entscheidung bzw. Entwicklung deutlich.<sup>1260</sup> Staatliches Recht bzw. staatliche Rechtsanwendung und das (hier interessierende marktmäßige) Verhalten der Privaten werden nicht sauber abgrenzt gegenübergestellt, sondern sollen „mit notwendigen begrenzten Informationen und (allein schon deswegen) auch begrenzten Rationalitäten aller privaten und staatlichen Akteure untersucht werden“.<sup>1261</sup> Kurz ausgedrückt, gilt es alle wesentlichen Einflüsse eines – für die vorliegende Untersuchung ökonomischen – Koordinationsprozesses umfassender und wirklichkeitsnäher zu beleuchten.<sup>1262</sup>

Es wird versucht diese Koordinations- und Interaktionsprozesse und der Entwicklung, dass staatliches Recht und staatliche Rechtsanwendung immer mehr in eine Wechselbeziehung zu den Normunterworfenen treten, mit dem Begriff „Regelungsstrukturen“ einen Namen zu geben.<sup>1263</sup> Dabei „sollte es auf Friktionen aufmerksam machen, die infolge der Kooperation von staatlichen und privaten Akteuren entstehen“.<sup>1264</sup>

*b) Bisheriges Wettbewerbsmodell und dessen Modifikation*

Gerade eine solche Friktion lässt sich aber mit der Governanceperspektive bei der Frage des Drittschutzes in der Regulierung der Netzwirtschaften identifizieren.

---

<sup>1257</sup> So etwa Schuppert, Alles Governance oder was?, S. 26f.; Trute/Denkhaus/Kühlers, Die Verwaltung 2004, S. 451 (452f.).

<sup>1258</sup> Vgl. hierzu die grundlegende Konfliktschilderung in Abschnitt.D.I.1.

<sup>1259</sup> So wohl auch Schuppert, Alles Governance oder was?, S. 25ff.

<sup>1260</sup> Schuppert, Alles Governance oder was?, S. 26f.

<sup>1261</sup> Trute/Denkhaus/Kühlers, Die Verwaltung 2004, S. 451 (453).

<sup>1262</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 26

<sup>1263</sup> Schuppert, Governance und Rechtsetzung, S. 26f.; Trute/Denkhaus/Kühlers, Die Verwaltung 2004, S. 451 (458).

<sup>1264</sup> Trute/Denkhaus/Kühlers, Die Verwaltung 2004, S. 451 (458).

Die anfangs ausgeführten Wettbewerbsleitbilder lassen sich als „Hypothesen über die wettbewerblichen Regelungsstrukturen verstehen“, die zum einen die rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen<sup>1265</sup> und zum anderen die rechtlichen Anordnungen in der Marktregulierung rechtfertigen.<sup>1266</sup> Die Wettbewerbsleitbilder bilden also ein gutes Stück weit die „Arbeitshypothese“ der Marktregulierung.

Nun sind allen Wettbewerbsleitbildern zwei Aspekte gemein. Erstens beschreiben sie die innere Mechanik eines funktionierenden Wettbewerbs; und dafür wird zweitens unterstellt, es gebe eine hinreichend große Zahl an Wettbewerbern.<sup>1267</sup> Diese erste allgemein anerkannte Unterstellung aller Wettbewerbsleitbilder ist, dass eine marktmäßige Leistungserbringung im natürlichen Monopol nicht stattfinden kann.<sup>1268</sup> Dieser Umstand wird ja zur Rechtfertigung der Marktregulierung herangezogen.<sup>1269</sup> Dort, wo der Wettbewerb (noch) nicht aus sich selbst heraus tragfähig ist, soll er durch eine hoheitliche Regulierung etabliert werden, wo er theoretisch nicht möglich ist, ob nur gegenwärtig oder nie,<sup>1270</sup> soll dieser hoheitlich simuliert werden. Wo also die privaten Akteure keinen Wettbewerb aufbauen können, dort wird dies mittels staatlicher Hilfestellung oder Substitution geleistet.

Die zweite Unterstellung, dass es eine ausreichend große Zahl an Wettbewerbern gebe, wurde bislang nicht in den Fokus genommen. Dabei zeichnen sich doch die liberalisierten Netzindustrien gerade dadurch aus, dass es keinen aktiven, nicht einmal einen potenziellen Wettbewerber gibt, der die mit der Netzinhaberschaft einhergehende Marktmacht diszipliniert und damit marktmäßiges Verhalten erzwingt.<sup>1271</sup> Die Annahme der Wettbewerbsleitbilder einer hinreichenden Menge an Wettbewerber plausibilisiert nicht die Situation in den Netzwirtschaften. Also auch in dieser Frage reicht die private Handlungslogik alleine nicht aus, um einen Wettbewerb zu schaffen, es werden wieder staatliche Hilfemaßnahmen erforderlich.

Dies vorausgeschickt, ergibt sich aus der Governanceperspektive, dass sich die Wettbewerber in den Netzwirtschaften als längst nicht so robust zeigen, wie es die

---

<sup>1265</sup> Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 26.

<sup>1266</sup> Ders, S. 41.

<sup>1267</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D.I.4.

<sup>1268</sup> Vgl. Abschnitt B.III.

<sup>1269</sup> Vgl. Abschnitt B.IV.1.

<sup>1270</sup> Vgl. hierzu Gersdorf, Wirtschaft und Verwaltung 2010, S. 159 (160) mit seinem Befund, dass der Eisenbahnsektor einer dauerhaften Marktregulierung unterworfen sein wird.

<sup>1271</sup> Knieps, Netzökonomie, S. 155.



bisher verwendeten Wettbewerbsleitbilder vermuten lassen. Deswegen wurde vor der Untersuchung der einzelnen Regulierungsgesetze darauf hingewiesen, dass mit dem bislang gängigen Wettbewerbsmodell die Notwendigkeit der Wettbewerber für die Wettbewerbsetablierung und die damit einhergehende Schutzbedürftigkeit nicht anerkannt wurde.<sup>1272</sup> Es bedarf also für die Netzwirtschaften einer Modifikation der Wettbewerbsmodelle, welche versucht wurden, durch den Vergleich mit einem aufzuforstenden Wald zu veranschaulichen.

*c) Wettbewerber und Endnutzer als multidimensionaler Akteur*

Damit geht aber auch eine andere, dem Governanceansatz eher entsprechende Perspektive auf die Wettbewerber und auch auf die Endnutzer einher.

In dem rechtlichen Rahmen einer hoheitlich regulierten Wettbewerbsetablierung ist die subjektive Berechtigung und die damit einhergehende Klagemöglichkeit nicht nur eine Frage des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Weil bislang keine subjektive Berechtigung und damit einhergehend klagefähige Positionen für Wettbewerber aus dem Wettbewerbsbegriff indiziert wurden, war dieser ein mehr oder weniger passives Objekt der Marktregulierung. Indem die Anerkennung seiner Notwendigkeit für die Markt-etablierung durch die „Wettbewerbernützlichkeit“ des Wettbewerbsbegriffs diese subjektive Berechtigung begünstigt, gewinnt er eine zusätzliche Handlungsebene, die rechtliche. Das bedeutet: Es ist die private Handlungslogik nach Abwägung des Prozessrisikos, die auf dem Rechtsweg versucht, ihre Interessen durchzusetzen. Bei einer solchen segmentierten Überwindung der Bottleneck-Situation zeigen sich drei interessante Aspekte hinsichtlich der Regulierungsstruktur der Regulierungsregime.

Allgemein wird angenommen, dass durch Verfahrenspositionen keine Klagebefugnis begründet wird.<sup>1273</sup> Wenn allerdings die Wettbewerber durch die ihnen gewährte Subjektivierung zum „Mit-“Vollzug der Marktgewährleistung eingespannt werden, dann kann das nicht nur für die grundsätzlichen materiellen Regelungen gelten. Broemel ist zuzustimmen, wenn er feststellt, dass subjektive Rechte aus Ver-

---

<sup>1272</sup> Vgl. hierzu Abschnitt D.I.4.

<sup>1273</sup> Vgl. Abschnitt C.V.

fahrensnormen die wettbewerbliche Koordination unabhängig von materiellen Berechtigungen gewährleisten.<sup>1274</sup>

Es ist aber auch die andere Seite der Klagebefugnis, also die Möglichkeit der Verurteilung der Netzinhaber, zu berücksichtigen, vor allem im Bereich der Entgeltregulierung. Mit einiger Plausibilität darf davon ausgegangen werden, dass bei der Ausgestaltung des Netzzugangs, der hierzu gehörenden Bedingungen und Entgelte im Sinne einer Prozessvermeidungsstrategie, versucht wird, die Wettbewerber und Endkunden nicht zum Beschreiten des Rechtsweges zu provozieren. Dass das Prozessrisiko bei der Preis- und Bedingungsgestaltung unberücksichtigt bliebe, ist unwahrscheinlich. Ein gewisses Drohpotenzial von Klagerechten der Wettbewerber und auch der Endkunden kann nicht beiseite gewischt werden und wird damit zu einem zusätzlichen Moment bei Interaktion der beteiligten Akteure.

Schließlich kann hier auch die beschriebene Durchsetzungsfunktion der subjektiven Klagerechte für die europarechtlichen Vorgaben<sup>1275</sup> als ein weiterer Handlungsmodus hineingelesen werden.

Eine sehr wichtige Erkenntnis aus der Governanceperspektive ist, dass das Potenzial einer Anerkennung des Wettbewerbers als in den Netzwirtschaften aktiver Akteur nicht bei der Betrachtung der an der Schutznormlehre orientierten „Lambda-Konstellation“<sup>1276</sup> deutlich wird. Diese beurteilt das Verhältnis der Privaten über die Zwischenstation der Verwaltung und engt die Sichtweise auf eine Privat-Staat-Privat-Perspektive ein. Unter Heranziehung der Konfliktschlichtungsformel wird das Horizontalverhältnis<sup>1277</sup> zwischen den privaten Akteuren überhaupt erst rechtlich identifiziert, die gesamte Akteurskonstellation kann gerechtfertigt als Dreiecksverhältnis bezeichnet werden.<sup>1278</sup>

Gerade das nun erkannte Horizontalverhältnis eröffnet eine neue Perspektive auf die Koordination in regulierten Märkten. Es geht weit weniger um den bloßen Vollzug von objektiven Pflichten. Nicht mehr nur die Regulierungsinstanz ist aufgefor-

---

<sup>1274</sup> So Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 347.

<sup>1275</sup> Vgl. Abschnitt C.IV.2.a).

<sup>1276</sup> Vgl. Abschnitt C.II.1.

<sup>1277</sup> Ebenda.

<sup>1278</sup> In dieser Untersuchung ist es deswegen nicht zu signifikanten Wertungsunterschieden zwischen der der Schutznormlehre entsprechenden Anwendung des klassischen Auslegungskanons und der Konfliktschlichtungsformel gekommen, da durch die Betonung der Wettbewerbernützlichkeit im Rahmen der teleologischen Auslegung die Schutzbedürftigkeit des Wettbewerbers gegenüber dem Netzinhaber deutlich wurde.

dert, mittels rechtlicher Instrumente die „Regelungsstruktur Marktgewährleistungsrecht“<sup>1279</sup> zu verwirklichen.<sup>1280</sup> Der rechtlich vorstrukturierte Rahmen gibt der so bewehrten privaten Logik der Wettbewerber den Raum, nach eigenem Ermessen ihre Interessen geltend zu machen. Hierbei bietet das allgemeine Verwaltungsrecht nach wie vor effektive Begrenzungen. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO behält Gültigkeit; nur „wenn und soweit“ die subjektiven Rechte verletzt sind, kann von der Regulierungsbehörde ein Einschreiten gefordert bzw. Klage erhoben werden. Das Recht zieht die Grenzen, innerhalb derer die private Logik agieren kann.

*d) Governanceperspektive auf Wettbewerb und Drittschutz*

Schließlich stützt die Governanceperspektive den zuvor aufgezeigten Zusammenhang von Wettbewerbsentwicklung und Drittschutzintensität.

Die Wettbewerber werden zur Leistungserbringung in eine staatliche Regulierungslogik eingebunden.<sup>1281</sup> Dies geschieht dadurch, dass die Wettbewerber die Marktmacht der Netzinhaber auf den der Infrastruktur nachgelagerten Wertschöpfungsstufen erodieren können und sollen. Vordergründig ist die Regulierungsbehörde dafür zuständig, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu überwachen und ggf. auch zu setzen, innerhalb derer die private Handlungslogik der Wettbewerber versucht, marktmäßig die Marktmacht anzugreifen. Wo keine subjektive Berechtigung besteht, ist der Wettbewerber auch auf das bloße marktmäßige Handeln zurückgeworfen.

Werden dem Wettbewerber hingegen subjektive Rechtsschutzmöglichkeiten eingeräumt, kann er aus seiner Erfahrung der Marktentwicklung Korrekturen in der Regulierungspraxis erzwingen. Es kommt zu einer segmentierten Marktbeeinflussung. Der Private hat seine Beobachtung und Erkenntnis des Marktgeschehens zum Anlass einer Rechtsschutzanrufung genommen und in deren Begründung einfließen lassen, und über den staatlichen Rechtsschutz wird eine hoheitlich gesicherte Korrektur eingeleitet. Das Regulierungsrecht hat gegenüber bloßem objektiven Recht eine weitere Interaktions- und Einflussmöglichkeit gewonnen.

---

<sup>1279</sup> Nach Broemel, Strategisches Verhalten in der Regulierung, S. 40.

<sup>1280</sup> Insofern ist hier eine Nähe zur prozessrechtlichen Lösung bei der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zu erkennen, vgl. Abschnitt C.IV.2.b).

<sup>1281</sup> So Schuppert, Governance und Rechtsetzung, S. 281.

## 2. Übergreifendes Regulierungsrecht

Das Regulierungsrecht wird seit der Novellierungen des TKG, EnWG und AEG um 2004 und 2005 von der Diskussion begleitet, ob die Regelung der einzelnen Regulierungsrechte nicht in einem übergreifenden Regulierungsrecht zusammengefasst werden kann und soll.<sup>1282</sup> Wie ein übergreifendes Regulierungsrecht den Drittschutz von Wettbewerbern beeinflussen kann, skizziert Masing und formuliert dabei eine Reihe von Chancen zugunsten der Wettbewerber.<sup>1283</sup>

Gleichwohl muss kritisch untersucht werden, ob es der übergreifende Regelungszusammenhang aller Regulierungssektoren wäre, der ein Mehr an Drittschutz für Wettbewerber und ggf. auch für Endkunden bewirkt.

So existiert zunächst eine allen Regulierungsrechten gemeinsame Grundsatzregelung: die Wettbewerbszielbestimmung. Aus dieser Wettbewerbszielbestimmung geht ein auf die Individualisierung hindeutendes Moment hervor,<sup>1284</sup> das im Rahmen der teleologischen Norminterpretation seine Wirkung zugunsten der Wettbewerber entfaltet. Der Grundsatz, dass die „Regulierung „nicht nur den Wettbewerb, sondern auch die Wettbewerber schützt“,<sup>1285</sup> ist also bereits Rechtsrealität – und das „durch eine entsprechende Beschreibung des Gesetzeszwecks“. <sup>1286</sup> Durch die Anerkennung der Wettbewerbernützlichkeits kommt eine Verbreiterung des Schutzauftrages des Wettbewerbsbegriffs zustande, es gibt aber auch eine Vertiefung des Drittschutzes für den Wettbewerber. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG führt den Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ als Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht ein. Dieser „wirksame Wettbewerb“ wird dann durch die Zielbestimmungen in § 1 Abs. 2 EnWG und § 1 Abs. 1 S.1 AEG in die energie- und eisenbahnrechtliche Marktregulierung zum Maßstab der Regulierungsarbeit gemacht.<sup>1287</sup> Damit ist in allen drei Regulierungsgebieten der Ausgleich der „asymmetrischen Wettbewerbsbeziehungen [...] und damit nicht zuletzt die Aufgabe, die strukturell unterlegenen Wettbewerber durch eine rechtliche Absicherung ihrer Marktchancen zu unterstützen“, bereits vom Grundsatz her vorgeschrieben. Spätestens mit dieser Verbreiterung und Vertiefung des Drittschutzni-

---

<sup>1282</sup> Masing,; ; Burgi, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 2439; Röhl, Juristen Zeitung 2006, S. 830.

<sup>1283</sup> Masing,, Abschnitt D, S. 147ff.

<sup>1284</sup> Abschnitt D.I.4.

<sup>1285</sup> Masing,, Abschnitt D, S. 150.

<sup>1286</sup> Ebenda.

<sup>1287</sup> Vgl. H.I.3.b).

veaus durch die Wettbewerberfreundlichkeit der Grundsatzentscheidung für einen wirksamen Wettbewerb hat sich das sektorspezifische Regulierungsrecht von der objektivrechtlichen, bloß den Wettbewerb schützenden Perspektive des allgemeinen Kartellrechts gelöst.<sup>1288</sup>

Ein zentrales Problem im Zusammenhang mit übergreifender Regulierungsrecht und Drittschutz besteht darin, dass es entscheidend auf „die Explizierung der dritt-schützenden Wirkung einzelner Normen“<sup>1289</sup> ankommt. Auch wenn durch den wirksamen Wettbewerb an vielen Stellen eine den Drittschutz stützende Funktion zu Tage tritt, so bedarf es doch wenigstens eines in der Norm angelegten Drittschutzkeimes. Wenn Wortlaut und Systematik – wie oft in der Entgeltregulierung – bloße technisch-kalkulatorische Aussagen treffen, dann vermag auch eine sehr deutlich auf den Individualschutz zielende „Zwischen“-Zielbestimmung wie § 27 Abs. 1 TKG wenig zu bewirken.<sup>1290</sup> Es kommt, egal ob als vereinzelte Regulierungsgesetze oder in einem übergreifenden Regulierungsrecht, stets auf die konkreten Normen an. Dies gilt auch für den in dieser Untersuchung herausgearbeiteten Zusammenhang von Wettbewerbsentwicklung und Drittschutzintensität.<sup>1291</sup> Insofern kann ein übergreifendes Netzregulierungsgesetz die Frage nach dem Umfang des Drittschutzes nicht nur nicht abschließend, sondern auch nicht besser als die einzelnen Regulierungsgesetze klären.

---

<sup>1288</sup> Masing,, Abschnitt D, S. 147f, wobei Masing hier bereits anerkennt, dass die Rechtsprechung diese Distanz auch ohne ein übergreifendes Regulierungsrecht hat aufbauen können.

<sup>1289</sup> Masing,, Abschnitt D, S. 150.

<sup>1290</sup> Vgl. hierzu Abschnitt E.III.6.

<sup>1291</sup> Vgl. Abschnitt H.I.2.

## Literaturverzeichnis

- Antweiler, Clemens/Nieberding, Felix, Rechtsschutz im neuen Energiewirtschaftsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 3673.
- Attendorn, Thorsten, Die Regulierungsbehörde als freier Marktgestaltung und Normsetzer?, Entscheidungsprogramm, Gestaltungsspielräume und Gerichtskontrolle der Zugangsanordnung nach § 21 TKG im Vergleich mit der Festlegung nach § 29 EnWG, Diss. Hamburg.
- Attendorn, Thorsten, TK-Zugangsregulierung und Drittschutz, Multimedia und Recht (2008), 444.
- Bachof, Otto, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Otto Bachof (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht : Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 12. Juli 1885 - 9. Juni 1955, München 1955.
- Barbknecht, Klaus-Dieter, § 26 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Bartosch, Andreas/Krzysztof, Jaros, Die Regulierung des Eisenbahnwesens in Deutschland, Wirtschaft und Wettbewerb (2005), 15.
- Bauer, Hartmut, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht Berlin, Augsburg 1986.
- Bauer, Hartmut, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, Archiv des öffentlichen Rechts 113 (1988), 582.
- Ders., Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung Einführende Problemskizze, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, Potsdam 2012.
- Baur, Jürgen, Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (1970), 150.
- Becker, Carsten/Blau, Carolin, Kontrolle der Energielieferpreise: § 29 GWB und § 315 BGB, in: Theobald, Christian (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch. 3. Aufl., München 2011, S. 690–720.
- Berger, Ernst Georg/Rößner, Sören, 9. Abschnitt, in: Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Berger, Ulrich Georg, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen Köln, Göttingen 1982.
- Bier, Wolfgang, Aktuelle materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerwG zum Telekommunikationsrecht, Netzwirtschaften und Recht (2009), 25.
- Blankennagel, Alexander, Klagefähige Rechtspositionen im Umweltrecht, Die Verwaltung (1993), 1.
- Bondy, John Adrian/Murty, Uppaluri S. R., Graph theory, Bd. 244, London 2008.

- Bosch, Klaas, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur nach dem Telekommunikationsgesetz Frankfurt am Main, Berlin 2010.
- Bourwieg, Karsten, § 18 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Böwing, Andreas, Kapitel 68 - Regulierung des Netzzugangs für Strom, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias u. a. (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, Ein Praxishandbuch, Köln 2011.
- Britz, Gabriele, § 23a EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Ders., § 29 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Ders., Vorb. zu §§ 20ff., in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Ders., § 9 - Energie, in: Fehling, Michael/Fehling-Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, S. 429–499.
- Broemel, Roland, Strategisches Verhalten in der Regulierung Tübingen, Hamburg 2010.
- Brosius-Gersdorf, Frauke, Wettbewerb auf der Schiene ?, - Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Eisenbahnsektor im Vergleich zum Post- und Telekommunikationssektor -, Die öffentliche Verwaltung (2002), 275.
- Bruhn, Heiner, § 18 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin 1914.
- Burgi, Martin, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt (2006), 269.
- Burgi, Martin, Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung - Realisierung der Kodifikationsidee?, Neue Juristische Wochenschrift (2006), 2439.
- Busche, Jan, Vor § 36 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Ders., Vorb. § 145 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Aufl., München 2012.
- Busse von Colbe, Walther, § 21 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Bydlinski, Franz, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Archiv für die civilistische Praxis 180 (1980), 1.
- Calliess, Christian, Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte - Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und ihre dogmatische Verarbeitung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2006), 1.

- Classen, Claus Dieter, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts?, *Verwaltungsarchiv* 88 (1997), 648.
- Danzwitz, Thomas v., Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, *Die öffentliche Verwaltung* (1996), 481.
- Di Fabio, Udo, Art. 2, in: *Grundgesetz, Kommentar*, München 1958-.
- Eder, Jost, § 36 EnWG, in: *Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Ehlers, Dirk, § 40 VwGO, in: *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, München 1996-.
- Ders., § 10 - Grundfreiheiten, in: Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan u. a. (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*. 2. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 378–449.
- Ellinghaus, Ulrich, § 42 TKG, in: *TKG, TelekommunikationsgesetzKommentar*, s.l 2009.
- Fehling, Michael, Das Recht der Eisenbahnregulierung, in: Lüdemann, Jörn (Hrsg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, Tübingen 2008, S. 118–154.
- Ders., § 10 - Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV), in: Fehling, Michael/Fehling-Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, S. 500–564.
- Fetzer, Thomas, § 18 TKG, in: *TKG, TelekommunikationsgesetzKommentar*, s.l 2009.
- Ders., § 28 TKG, in: *TKG, TelekommunikationsgesetzKommentar*, s.l 2009.
- Ders., § 30 TKG, in: *TKG, TelekommunikationsgesetzKommentar*, s.l 2009.
- Förster, Susanne/Kardetzky, Martin, Infrastrukturzugang, in: Schmitt, Thomas/Staebe, Erik (Hrsg.), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht*, München 2010, S. 133–208.
- Frenzel, Eike, Die Änderung des Eisenbahnrechts nach der AEG-Novelle 2005, *Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht* (2006), 57.
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, *Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*, 7. Aufl., München 2007.
- Fuchs, Andreas/Möschel, Wernhard, Art. 102, in: *Wettbewerbsrecht*. 5. Aufl., München 2012.
- Gersdorf, Hubertus, Marktöffnung im Eisenbahnsektor, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* (Bd. 168), 576.
- Ders., § 42 TKG, in: *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009.



- Gersdorf, Hubertus, Blick über den Tellerrand: Telekommunikationsrecht als Referenzgebiet für die Regulierung der Eisenbahnmärkte?, *Wirtschaft und Verwaltung* (2010), 159.
- Gerstner, Stephan, § 12 AEG, in: Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006.
- Ders., § 13 AEG, in: Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006.
- Ders., § 14 AEG, in: Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006.
- Graevenitz, Albrecht von, Kapitel I - Regulierungsrahmen, in: Wissmann, Martin (Hrsg.), *Telekommunikationsrecht, Praxishandbuch*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2006.
- Greinacher, Dominik/Helmes, Sebastian, Die Netzentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG - Verwaltungsrechtliche Lösungen regulatorischer Probleme?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2008), 12.
- Groebel, Annegret, § 21 EnWG, in: *Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar*, München 2008.
- Groß, Thomas, Kriterien des Drittschutzes bei Tarifgenehmigungen, *Die öffentliche Verwaltung* (1996), 52.
- Haas, Joachim C., "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze Baden-Baden, Berlin 2000.
- Hartmann, Thies Christian, § 17 EnWG, in: *Energierrecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Ders., § 18 EnWG, in: *Energierrecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Ders., § 20 EnWG, in: *Energierrecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Henneke, Hans-Günter/Ritgen, Klaus/Henneke-Ritgen, *Kommunales Energierrecht, Darstellung*, 1. Aufl., Wiesbaden 2010.
- Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Univ., *Habil.-Schr.--Freiburg (Breisgau)*, 1997, Bd. 29, Tübingen 1998.
- Ders., § 1 AEG, in: Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006.
- Heun, Sven-Erik, G. Verfahren der Marktregulierung, in: Heun, Sven-Erik/Eckhardt, Jens (Hrsg.), *Handbuch Telekommunikationsrecht*. 2. Aufl., Köln 2007.

- Ders., H. Zugangsregulierung und besondere Missbrauchsaufsicht, in: Heun, Sven-Erik/Eckhardt, Jens (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht 2. Aufl., Köln 2007.
- Hilzinger, Peter, Kapitel 53 - Funktion und Zuständigkeit der Zivilgerichte, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias u. a. (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, Ein Praxishandbuch, Köln 2011, S. 706–709.
- Höffler, Felix, Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht, in: Lüdemann, Jörn (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Tübingen 2008, S. 3–36.
- Hölscheidt, Sven, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht? – Zu Wandlungen der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, Zeitschrift Europarecht (2001), 376.
- Hölscher, Frank/Lünenburger, Simone, § 30 TKG, in: Telekommunikationsgesetz, Kommentar. 2. Aufl., München 2008.
- Holznapel, Bernd, Rechtsschutz und TK-Regulierung im Referentenentwurf zum TKG, Multimedia und Recht (2003), 513.
- Höppner, Thomas, Die Regulierung der Netzstruktur, Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Eisenbahn, Bd. 32, 1. Aufl., Baden-Baden 2009.
- Hörnigke, Friedrich Johannes, Product Stewardships als Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung? Hamburg, Berlin 2012.
- Huber, Peter-Michael, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Univ., Habil.-Schr.-1991--München, 1990, Bd. 1, Tübingen 1991.
- Hütting, Ralf/Hopp, Wolfgang, Rekommunalisierung der Energieversorgung - kein vergaberechtsfreier Raum!, Recht der Energiewirtschaft (2011), 255.
- Isensee, Josef, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Allgemeine Grundrechtslehren 2. Aufl., Heidelberg 2000, S. 143–242.
- Jarass, Hans, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Badura, Peter/Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, S. 625–655.
- Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Aalen 1919.
- Jung, Christian, Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV), in: EUV, AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta ; Kommentar. 4. Aufl., München 2011.
- Jung, Christian/Schultzky, Helene, Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 3.6.2005, InfrastrukturRecht (2005), 178.
- Kardetzky, Martin, Vier Mitteilungspflichten und ein Todesfall: Zur Zuweisung von Zugtrassen nach AEG und EIBV, InfrastrukturRecht (2006), 273.
- Kilian, Wolfgang, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, Archiv für die civilistische Praxis 180 (1980), 47.
- Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht, München 2010.

- Knauff, Matthias, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, Verwaltungsarchiv 98 (2007), 409.
- Knieps, Günter, Netzökonomie, Grundlagen - Strategien - Wettbewerbspolitik, 1. Aufl., Wiesbaden 2007.
- Ders., Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, Dritte, durchgesehene und aktualisierte Auflage, Berlin, Heidelberg 2008.
- Knieps, Günter/Weiß, Hans-Jörg, Fallstudien zur Netzökonomie, 1. Aufl., Wiesbaden 2009.
- Koenig, Christian/Neumann, Andreas, Ausübung von Leistungsverweigerungsrechten durch regulierte Netzbetreiber, Verwaltungsarchiv 99 (2008), 1.
- Koenig, Christian/Neumann, Andreas/Schellberg, Margret, Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Schiene, Wirtschaft und Wettbewerb (2006), 139.
- Koenig, Christian/Schellberg, Margret/Schreiber, Kristina, Unbundling-Regulierung im Eisenbahnsektor, Wirtschaft und Wettbewerb (2007), 981.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang/Köhler-Bornkamm (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung, 29. Aufl., Bd. 13, München 2011 (zitiert: Köhler/Bornkamm/Baumbach/Hefermehl/Köhler-Bornkamm).
- Köndgen, Johannes, Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Regulierung und Rekonstitutionalisierung, Archiv für die civilistische Praxis, 477.
- König, Doris, § 2 - Gesetzgebung, in: Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan u. a. (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis. 2. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 81–135.
- König, Klaus/Benz, Angelika, Privatisierung und staatliche Regulierung, Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk, Bd. 39, 1. Aufl., Baden-Baden 1997.
- König, Sigurd, Drittschutz Berlin, Tübingen 1993.
- Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger/Schenke, Ralf Peter/Kopp-Schenke (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 18. Aufl., München 2012 (zitiert: Kopp/Schenke/Schenke/Kopp-Schenke).
- Korehnke, Stephan Hubertus, § 11 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 12 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 13 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Korte, Bernhard/Vygen, Jens, Kombinatorische Optimierung, Theorie und Algorithmen, 2. Aufl. 2012, Berlin, Heidelberg 2012.
- Kramer, Urs, Die Zulässigkeit von "Shared Services" bei integrierten Netzbetreibern, Die öffentliche Verwaltung (2008), 1036.

- Krüper, Julian, *Gemeinwohl im Prozess Berlin*, Düsseldorf 2009.
- Kühling, Jürgen, *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht*, Univ., *Habil.-Schr.*-2003--Bonn, 2002, Bd. 4, München 2004.
- Kühling, Jürgen/Ernert, Alexander, *Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht - Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2006), 33.
- Kühling, Jürgen/Neumann, Andreas, § 39 TKG, in: *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009.
- Kunig, Philip, "Dritte" und Nachbar im Immissionsschutzrecht, *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens / Peter Selmer* (Hrsg.), 599.
- Ladeur, Karl-Heinz/Möllers, Christoph, *Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht*, *Deutsches Verwaltungsblatt* (2005), 525.
- Lehnert, Wieland, *Bericht zur Eisenbahnrechtstagung vom 7.-9.9.2005*, *InfrastrukturRecht* (2005), 247.
- Leschke, Martin, § 6 - *Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht*, S. 281–331.
- Litpher, Markus/Richter, Stefan, § 23a EnWG, in: *Berliner Kommentar zum Energierecht*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Lübbert, Hans-Dieter, § 24 Bedeutung der Norm (§ 20 GWB), in: *Handbuch des Kartellrechts* 2. Aufl., München 2008.
- Lüdtke-Handjery, Alexander, § 20 Abs. 1a EnWG, in: *Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Markert, Kurt, § 20 GWB, in: *Wettbewerbsrecht*. 5. Aufl., München 2012 -.
- Martini, Mario, *Zwischen Vertragsfreiheit und gesetzlicher Bindung - Entgeltkontrolle im Energiewirtschaftsgesetz und die Suche nach dem "rretium iustum" im Recht*, *Deutsches Verwaltungsblatt* (2008), 21.
- Masing, Johannes, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts Berlin, Freiburg (Breisgau) 1997*.
- Ders., *Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?*, in: *Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages*, Stuttgart 2006, München 2006.
- Ders., *Zur Möglichkeit und Notwendigkeit übergreifender Grundsätze der Netzregulierung* in: *Telekommunikation*, in: Lüdemann, Jörn (Hrsg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, Tübingen 2008, S. 155–178.
- Mayen, Thomas, *Marktregulierung nach dem novellierten TKG*, *Computer und Recht* (2005), 21.

- Ders., § 20 TKG, in: Telekommunikationsgesetz, Kommentar. 2. Aufl., München 2008.
- Ders., § 21 TKG, in: Telekommunikationsgesetz, Kommentar. 2. Aufl., München 2008.
- Mayen, Thomas/Lünenburger, Simone, § 36 TKG, in: Telekommunikationsgesetz, Kommentar. 2. Aufl., München 2008.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Immenga, Ulrich, Art. 37 und Art. 106, in: Wettbewerbsrecht. 5. Aufl., München 2012.
- Missling, Stefan, § 21 EnWG, in: Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar, München 2004-.
- Ders., § 23a EnWG, in: Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar, München 2004-.
- Monopolkommission, Bahn 2011 Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG, Bd. 60, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Ders., Energie 2011 Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Bd. 59, 1. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Ders., Telekommunikation 2011 Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 TKG, Bd. 61, 1. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Möschel, Wernhard, § 19 GWB, in: Wettbewerbsrecht. 5. Aufl., München 2012 -.
- Ders., Anhang I - § 21 GWB, in: Wettbewerbsrecht. 5. Aufl., München 2012 -.
- Möstl, Markus, Art. 87e, in: Grundgesetz, Kommentar, München 1958-.
- Ders., Art. 87f, in: Grundgesetz, Kommentar, München 1958-.
- Müller, Felix, § 27 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 28 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 31 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Müller, Ulf/Schütze, Marc, § 9 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Nacimiento, Grace, Kommunikation & Recht, Kommunikation und Recht (2008), 125.
- Neitzel, Jens, § 18 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 21 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.

- Ders., § 22 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 23 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 24 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 42 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., Vorb. zu §§ 16ff. TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Nettesheim, Martin, Subjektive Rechte im Unionsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 132 (2007), 333.
- Nevellong, Stefanie, § 20 Abs. 1b EnWG, in: Energierecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar, München 2004-.
- Nolte, Norbert, § 16 TKG, in: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009.
- Ders., § 18 TKG, in: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2009.
- Nordemann, Jan-Bernd, § 1 GWB, in: Kartellrecht, Kommentar ; [europäisches und deutsches Recht]. 2. Aufl., München 2009.
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin/Oppermann-Classen-Nettesheim, Europarecht, Ein Studienbuch ; [berücksichtigt: Lissabon-Vertrag], 4. Aufl., München 2009.
- Pape, Fabian, Vor § 9 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Paschke, Marian, 2.1.6, § 16, in: Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Ders., 6. Abschnitt, § 21, in: Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht. 2. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Pedell, Burkhard, Kapitel 74 - Einführung und ökonomische Darstellung der Anreizregulierung, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias u. a. (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, Ein Praxishandbuch, Köln 2011.
- Petersen, Klaus H. J., Der Drittschutz in der Baunutzungsverordnung durch die Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung Berlin, Freiburg (Breisgau) 1999.
- Piepenbrock, Hermann-Josef/Attendorn, Thorsten, § 16 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 17 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 19 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 20 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.

- Ders., § 21 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 22 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 25 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Bd. 2, 28. Aufl., Heidelberg ;Hamburg 2012.
- Preu, Peter, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, Univ., Habil.-Schr.--Göttingen, 1990, Bd. 619, Berlin 1992.
- Redeker, Martin, § 114 VwGO, in: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar. 15. Aufl., Stuttgart 2010.
- Remmert, Barbara, Die Nationale Ausgestaltung richtlinienrechtlich geforderter subjektiver Rechtsstellungen, Die Verwaltung (1996), 465.
- Rieble, Volker, § 315 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2009. Aufl., Berlin 2009.
- Robert, Michael, § 30 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Ders., § 31 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, EnWG ; Kommentar, München 2008.
- Röhl, Hans Christian, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Juristen Zeitung (2006), 830.
- Ruffert, Matthias, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, Deutsches Verwaltungsblatt (1998), 69.
- Ruge, Reinhard, Kontinuität und Wandel im eisenbahnrechtlichen Netzzugang: Das 3. Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, Deutsches Verwaltungsblatt (2005), 1405.
- Ruge, Reinhard, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, Archiv des öffentlichen Rechts 131 (2006), 1.
- Ruthig, Josef, Transformiertes Gemeinschaftsrecht und die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO, Bayerische Verwaltungsblätter (1997), 289.
- Sachs, Michael, § 39 Abwehrrechte, in: Badura, Peter/Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Grundrechte in Deutschland allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, S. 655–678.
- Säcker, Franz Jürgen/Boesche, Vera, § 17 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Ders., § 20 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Sagmeister, Holger M., Die Grundsatznormen in der Europäischen Grundrechtecharta Berlin, Universität Regensburg 2010.

- Salje, Peter, § 17 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) ; Kommentar, Köln 2006.
- Ders., § 18 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) ; Kommentar, Köln 2006.
- Ders., § 20 EnWG, in: Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) ; Kommentar, Köln 2006.
- Sauerland, Thomas, Sind die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes über die Entgeltregulierung drittschützend?, *Recht der Energiewirtschaft* (2007), 153.
- Scherer, Joachim, § 18 TKG, in: TKG, TelekommunikationsgesetzKommentar, s.l 2009.
- Scherzberg, Arno, § 12 - Subjektiv-öffentliche Rechte, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk/Burgi, Martin (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht* 14. Aufl., Berlin [u.a.] 2010, S. 380.
- Scheuffele, Friedrich, *Die Essential-Facilities-Doktrin Baden-Baden*, München 2003.
- Scheurle, Klaus-Dieter, § 30 TKG, in: *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*. 2. Aufl., München 2008.
- Ders., § 39 TKG, in: *Telekommunikationsgesetz, Kommentar*. 2. Aufl., München 2008.
- Schmidt-Aßmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, *Deutsches Verwaltungsblatt* (1997), 281.
- Schmidt-Aßmann, Eberhardt, Art. 19 Abs. 4, in: *Grundgesetz, Kommentar*, München 1958-.
- Schmidt-Preuß, Matthias, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Univ., *Habil.-Schr.-1992--Bayreuth*, 1991, Bd. 627, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Ders., § 29 EnWG, in: *Berliner Kommentar zum Energierecht*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Schmitt, Thomas/Staebe, Erik, *Instrumente der Marktverhaltensregulierung im Eisenbahnrecht*, *Verwaltungsarchiv* (2009), 228.
- Schneider, Hans, *Gesetzgebung, Ein Lehr- und Handbuch*, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
- Schneider, Jens-Peter, *Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung*, in: Lüdemann, Jörn (Hrsg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn, Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, Tübingen 2008, S. 100–117.
- Ders., § 8 - Telekommunikations, in: Fehling, Michael/Fehling-Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, S. 365–428.
- Schoch, Friedrich, *Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung*, *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg* (1999), 241.
- Schoch, Friedrich, *Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1999), 457.



- Scholle, Manfred, Der Trend zur Rekommunalisierung - Chance oder Risiko?, in: Gernert, Wolfgang (Hrsg.), Nachhaltige Kommunalpolitik - ein Anforderungsprofil, Rüdiger Robert zum 65. Geburtstag, Münster 2010, S. 95–108.
- Schuppert, Gunnar Folke, Staatswissenschaft, 1. Aufl., Baden-Baden 2003.
- Schuppert, Gunnar Folke, Was ist und wozu Governance?, Die Verwaltung 40 (2007), 463.
- Ders., Alles Governance oder was?, Bd. 4, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Ders., Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Bd. 22, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Schuster, Fabian, § 1 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 2 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Schuster, Fabian/Ruhle, Ernst-Olav, § 27 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 28 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Schütze, Marc, § 10 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 11 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Ders., § 13 TKG, in: Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Schütz, Raimund, § 10 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 18 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 42 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Ders., § 9 TKG, in: Beck'scher TKG-Kommentar, [Telekommunikationsgesetz]. 3. Aufl., München 2006.
- Schwacke, Peter, Juristische Methodik, Mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Aufl., Stuttgart 2011.
- Sodan, Helge, § 42 VwGO, in: Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar. 3. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Spoerr, Wolfgang/Sellmann, Christian, Zugangsregulierung, Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht vom TKG 1996 bis zum TKG 2004: Rückblick und Ausblick, Netzwirtschaften und Recht (2004), 98.
- Staebe, Erik, Infrastrukturnutzungsentgelte, in: Schmitt, Thomas/Staebe, Erik (Hrsg.), Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht, München 2010, S. 209–289.
- Stamm, Sina, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung Berlin, Universität Potsdam 2010.

- Steindorff, Ernst, EG-Richtlinien und Illusionen, in: Due, Ole /. Lutter Marcus /. Schwarze Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 1455–1467.
- Stelkens, Paul, § 35 VwVfG, in: *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*. 7. Aufl., München 2008.
- Stern, Klaus, § 26 - Der Bundestag, in: Stern, Klaus (Hrsg.), *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, München 1980, S. 37–110.
- Stürmer, Susanne, *Netzzugang und Eigentumsrechte in der Telekommunikation*, Baden-Baden 1997.
- Theobald, Christian, § 1 - Grundlagen des deutschen Rechts der Energiewirtschaft, in: Theobald, Christian (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch*. 3. Aufl., München 2011.
- Theobald, Christian/Werk, Antje, § 65 EnWG, in: *Energierrecht, Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Verbändevereinbarungen ; Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen ; Kommentar*, München 2004-.
- Theobald, Christian/Zenke, Ines/Dessau, Christian, § 15 - Netzarten, Netzbetrieb und Netzzugang, in: Theobald, Christian (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch*. 3. Aufl., München 2011.
- Triantafyllou, Dimitris, Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, *Die öffentliche Verwaltung* (1997), 192.
- Trute, Hans-Heinrich, Das Telekommunikationsrecht – Eine Herausforderung der Verwaltungsgerichte, *FG 50 Jahre BVerwG*; Hrsg. Schmidt-Aßmann, Eberhardt, 857.
- Trute, Hans-Heinrich, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *Deutsches Verwaltungsblatt* (1996), 950.
- Ders., § 33 TKG 1996, in: *Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Kommentar*. 1. Aufl., Berlin 2001.
- Ders., § 36 TKG 1996, in: *Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Kommentar*. 1. Aufl., Berlin 2001.
- Trute, Hans-Heinrich/Denkhaus, Wolfgang/Kühlers, Doris, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 37 (2004), 451.
- Trute, Hans-Heinrich/Kühlers, Doris/Pilniok, Arne, 2.7 Rechtswissenschaftliche Perspektiven, in: *Handbuch Governance : theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*. 1. Aufl., Wiesbaden 2007.
- Wahl, Rainer, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, *Deutsches Verwaltungsblatt* (1996), 641.
- Ders., Vorb. § 42 Abs. 2 VwGO, in: *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, München 1996-.

- Weizsäcker, Carl Christian von, Energiewirtschaft und Wettbewerb, in: Frey, René L. (Hrsg.), Energiepolitik für den Wirtschaftsstandort Deutschland, [Vorträge der XXVIII. Internationalen Arbeitstagung des Energiewirtschaftlichen Instituts an der Universität Köln am 21.22. April 1994], München 1995, S. 1–8.
- Weyer, Hartmut, § 30 EnWG, in: Berliner Kommentar zum Energierecht. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.
- Wiedemann, Gerhard, § 1 - Regelungszweck und Rechtsquellen, in: Handbuch des Kartellrechts 2. Aufl., München 2008.
- Wiegand, Bodo, Drittschutz im Spannungsverhältnis zwischen Verfassung, Gesetz und Verwaltungshandeln, Bayerische Verwaltungsblätter (1994), 608 / 647.
- Wittenberg, Klaus-Dieter/Wittenberg-Heinrichs-Mittmann-Zwanziger, Kommentar zum Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), AEG vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2396, ber. 1994 I S. 2439), geändert durch ., 1. Aufl., Hamburg 2004.
- Zenke, Ines/Wollschläger, Stefan (Hrsg.), § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, Preisbildung und Bezugskostensteigerungen in Recht und Praxis für Strom, Gas, Fernwärme, Wasser, CO<sub>2</sub>, 1. Aufl., Frankfurt, M 2007.
- Zimmer, Daniel, § 1 GWB, in: Wettbewerbsrecht. 5. Aufl., München 2012 -.
- Zuleeg, Manfred, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung, Deutsches Verwaltungsblatt (1976), 509.

