

JOHANN ANTE

Die kartellrechtliche
Kontrolle von
Energienetzentgelten

Beiträge zum Kartellrecht

21

Mohr Siebeck

Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von
Michael Kling und Stefan Thomas

21



Johann Ante

Die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten

Mohr Siebeck

Johann Ante, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft in Passau, Bonn und Tübingen; Referendariat in Bonn, Köln und New York; 2015–19 Rechtsanwalt in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Köln und Düsseldorf; seit 2019 Tätigkeit in einer mittelständischen Unternehmensgruppe in Dortmund und Erwitte, seit 2021 als Geschäftsführer; 2022 Promotion.

orcid.org/0000-0002-8214-4504

D 21

ISBN 978-3-16-161714-0 / eISBN 978-3-16-161794-2

DOI 10.1628/978-3-16-161794-2

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/22 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich einheitlich auf dem Stand Ende Juli 2021.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Thomas, für die Betreuung der Arbeit, die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens und – gemeinsam mit Herrn Professor Dr. Michael Kling – für die Aufnahme des Werks in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“. Herrn Professor Dr. Johannes Saurer danke ich für die Übernahme der Zweitkorrektur und die ebenfalls sehr rasche Erstellung des Gutachtens.

Ein wesentlicher Teil der vorliegenden Arbeit ist während meiner Zeit als Rechtsanwalt bei Freshfields Bruckhaus Deringer in Köln und Düsseldorf entstanden. Mein Dank gilt in diesem Zusammenhang insbesondere Herrn Dr. Ulrich Scholz für das Einräumen der nötigen Freiräume und dem Bibliotheksteam um Frau Andrea Schmitz für die Unterstützung bei der Beschaffung von Literaturwünschen. Ferner danke ich meinem ersten Mentor in der Kanzlei, Herrn Dr. Christoph Sieberg, ohne den der weitere Weg sicher nicht so verlaufen wäre. Für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts sowie viele anregende Gespräche und Diskussionen zum Thema danke ich Herrn Dr. Konrad Riemer.

Meiner Mutter, Frau Angela Schween-Ante, danke ich für die während meiner gesamten Ausbildung – und darüber hinaus – gewährte Unterstützung. Meinem Bruder, Herrn Dr. Lennart Ante, danke ich für Hilfeleistung bei der Literaturbeschaffung. Ebenfalls danke ich meiner Schwiegermutter, Frau Brunhild Klönne, für die vielfältige Unterstützung, die sie meiner Familie und mir in den letzten Jahren hat zukommen lassen. Ganz besonders danke ich schließlich meiner Familie – Pia, Charlotte und Theodor – für Unterstützung, Halt und Geduld während der Promotionszeit.

Dortmund, im Juni 2022

Johann Ante

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Hintergrund und Problem	1
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
III. Regulierungs- und Kartellrechtsbegriff	6
B. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	9
I. Einleitung	9
II. Regelungen im deutschen und europäischen Recht	10
III. Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden und -gerichte	13
IV. Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht und Folgerungen für die Anwendung des Kartellrechts auf regulierte Sachverhalte	20
V. Zusammenfassung	38
C. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	41
I. Einleitung und Rechtslage vor dem EnWG 2005	41
II. Aktuelle Rechtslage seit Inkrafttreten des EnWG 2005	42
III. Zusammenfassung	66

D. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach Art. 102 AEUV	67
I. Vorüberlegungen	67
II. Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	67
III. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	125
IV. Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV	219
V. Ergebnis	223
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	225
I. Einleitung	225
II. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	225
III. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	226
IV. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach europäischem Kartellrecht	226
Literaturverzeichnis	231
Sachregister	249

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
<i>I. Hintergrund und Problem</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	<i>5</i>
<i>III. Regulierungs- und Kartellrechtsbegriff</i>	<i>6</i>
B. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren	9
<i>I. Einleitung</i>	<i>9</i>
<i>II. Regelungen im deutschen und europäischen Recht</i>	<i>10</i>
1. Einleitung	10
2. Deutsches Recht	10
3. Europäisches Recht	12
4. Zusammenfassung und Bewertung	13
<i>III. Entscheidungspraxis der deutschen und europäischen Kartellbehörden und -gerichte</i>	<i>13</i>
1. Einleitung	13
2. Telekommunikationssektor	14
3. Postsektor	16
4. Eisenbahnsektor	17
5. Energiesektor	18
6. Zusammenfassung	20
<i>IV. Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht und Folgerungen für die Anwendung des Kartellrechts auf regulierte Sachverhalte</i>	<i>20</i>
1. Einleitung	20
2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Kartell- und Regulierungsrecht	21

a)	Zielsetzung von Kartell- und Regulierungsrecht	21
b)	Sachlicher Anwendungsbereich	23
aa)	Einleitung	23
bb)	Betroffene Sektoren	23
cc)	Betroffene Unternehmen	24
c)	Zeitliche Aspekte	24
aa)	Grundsätzliche zeitliche Konzeption	24
bb)	Prüfungszeitpunkt	26
3.	Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht	26
a)	Spezialität des Regulierungsrechts?	26
b)	Mögliche Unanwendbarkeit des Kartellrechts durch regulatorische Vorgaben	27
c)	Wechselwirkung zwischen Kartell- und Regulierungsrecht ...	27
aa)	Einleitung	27
bb)	Wechselseitige Berücksichtigung der Wertungen von Kartell- und Regulierungsrecht	28
cc)	Berücksichtigung regulierungsrechtlicher Entscheidungen bei der Anwendung des Kartellrechts	31
dd)	Heranziehung regulierungsrechtlicher Wertungen zur Auslegung des Kartellrechts	33
ee)	Rückgriff auf regulierungsrechtliche Methoden bei der Anwendung des Kartellrechts	36
d)	Ergebnis	38
V.	<i>Zusammenfassung</i>	38
C.	Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht	41
I.	<i>Einleitung und Rechtslage vor dem EnWG 2005</i>	41
II.	<i>Aktuelle Rechtslage seit Inkrafttreten des EnWG 2005</i>	42
1.	Einleitung	42
2.	Rechtslage in Verfahren der Kartellbehörden	44
3.	Rechtslage in Zivilverfahren	44
a)	Vorüberlegungen	44
b)	Unmittelbare kartellrechtliche Kontrolle der Netzentgelte im Zivilverfahren	44
aa)	Einleitung und Meinungsstand	44
bb)	Wortlaut der Norm	45
cc)	Sinn und Zweck der Norm	45
dd)	Gesetzesmaterialien und Gesetzgebungsverfahren zum EnWG 2005	47

ee) Verfassungskonforme Auslegung	49
ff) Europarechtskonforme Auslegung	53
gg) Ergebnis zur unmittelbaren kartellrechtlichen Kontrolle im Zivilverfahren	56
c) Kartellrechtliche Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	56
aa) Problemstellung und Meinungsstand	56
bb) Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf einen Ausschluss der kartellrechtlichen Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	58
(1) Wortlaut des § 111 EnWG	58
(2) Sinn und Zweck des § 111 EnWG	58
(3) Zulässigkeit der Inzidentkontrolle im Umkehrschluss aus § 111 Abs. 3 EnWG?	59
(4) Gesetzesmaterialien zum EnWG 2005	61
(5) Verfassungs- und europarechtliche Gesichtspunkte	62
(6) Ergebnis zur Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf die kartellrechtliche Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	63
cc) Ergebnis zur kartellrechtlichen Inzidentkontrolle im Zivilverfahren	63
d) Ergebnis zur Rechtslage in Zivilverfahren	64
4. Rechtslage in Kartellschiedsverfahren	64
5. Ergebnis	66
<i>III. Zusammenfassung</i>	66
D. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach Art. 102 AEUV	67
<i>I. Vorüberlegungen</i>	67
<i>II. Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV</i>	67
1. Einleitung	67
2. Möglicher Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts	67
a) Vorüberlegungen und Meinungsstand	67
b) Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV auf Energienutzungsentgelte höchststrichterlich noch ungeklärt	70
c) Möglicher Ausschluss durch europäisches Sekundärrecht umsetzendes nationales Recht	71
aa) Problem und Meinungsstand	71
bb) Möglichkeit des Ausschlusses von Europarecht durch nationales Recht	73
(1) Vorüberlegungen	73

(2) Vorrang des europäischen Rechts	73
(3) „Deklaratorischer Ausschluss“ durch nationales Recht	74
(4) Ergebnis zu einem möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch nationale Normen	75
cc) Möglicher Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch § 111 EnWG	75
(1) Vorüberlegungen	75
(2) Wortlaut des § 111 EnWG	75
(3) Gesetzesmaterialien	75
(4) Sinn und Zweck	77
(5) Bewertung und Ergebnis zur Auslegung des § 111 EnWG im Hinblick auf einen möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts	78
dd) Anwendungsvorrang der sekundärrechtlichen Vorgaben und des EnWG vor Art. 102 AEUV?	79
(1) Problem und Meinungsstand	79
(2) Sekundärrecht als <i>lex specialis</i> zu Art. 102 AEUV?	83
(3) Konkretisierung von Art. 102 AEUV durch das Sekundärrecht?	85
(a) Vorüberlegungen	85
(b) Art. 1 StromRL 2009 als Hinweis auf Konkretisierung des Wettbewerbsrechts?	85
(c) Netzzugangsregelungen als Konkretisierung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots?	86
(d) Art. 60 Abs. 4 Satz 2 StromRL 2019 und Art. 41 Abs. 13 Satz 2 GasRL 2009 als Hinweis auf Konkretisierung?	87
(e) Formelle Voraussetzungen für die Konkretisierung der Wettbewerbsvorschriften	88
(f) Ergebnis zur möglichen Konkretisierung von Art. 102 AEUV durch das sektorspezifische Sekundärrecht	89
(4) Ergebnis zu einem möglichen Vorrang des Sekundärrechts vor Art. 102 AEUV	89
ee) Ausschluss des europäischen Kartellrechts nach den Grundsätzen der <i>CTL-Logistics</i> -Rechtsprechung?	90
(1) Einleitung	90
(2) Begründung des EuGH für den Ausschluss der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle	91
(a) Einleitung	91

(b) Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	91
(c) Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	92
(d) Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	92
(e) Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	92
(f) Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	93
(g) Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	94
(h) Prüfungsmaßstab der Billigkeitskontrolle	94
(3) Vergleichbarkeit der Rechtslage im Energiesektor ...	95
(a) Vorüberlegungen	95
(b) Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	95
(c) Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	96
(d) Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	96
(e) Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	97
(f) Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	98
(g) Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	99
(h) Prüfungsmaßstab der Billigkeitskontrolle	100
(i) Zusammenfassung und Bewertung	101
(4) Übertragbarkeit der Erwägungen auf die kartellrechtliche Entgeltkontrolle	102
(a) Vorüberlegungen	102
(b) Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch die Möglichkeit widersprüchlicher Entscheidungen	106
(c) Verstoß gegen das Prinzip der Unabhängigkeit der Geschäftsführung	109

(d)	Verstoß gegen den Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	110
(e)	Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot durch Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Nutzer der Infrastruktur	110
(f)	Missachtung des verbindlichen Charakters regulierungsbehördlicher Entscheidungen	112
(g)	Möglichkeit der gütlichen Einigung ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde	113
(h)	Prüfungsmaßstab der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle	114
(i)	Zusammenfassung und Bewertung	116
(5)	Ergebnis	116
ff)	Ergebnis zu einem möglichen Ausschluss des europäischen Wettbewerbsrechts durch europäisches Sekundärrecht umsetzendes nationales Recht	116
3.	Vorliegen eines unternehmerischen Handlungsspielraums	117
a)	Einleitung	117
b)	Voraussetzungen des unternehmerischen Handlungsspielraums i. S. der EuGH-Rechtsprechung	117
c)	Handlungsspielraum des Netzbetreibers zur Beeinflussung der Netzentgelte	119
aa)	Handlungsspielraum der Netzbetreiber unter Geltung der regulatorischen Vorgaben	119
bb)	Handlungsspielraum auch bei einheitlicher Entgeltbildung?	121
d)	Ergebnis	125
4.	Ergebnis zur Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	125
<i>III.</i>	<i>Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV</i>	125
1.	Einleitung	125
2.	Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	126
a)	Einleitung	126
b)	Marktbeherrschende Stellung	126
aa)	Einleitung	126
bb)	Sachlich relevanter Markt	126
(1)	Einleitung und Meinungsstand	126
(2)	Bestimmung des sachlich relevanten Marktes	128
(a)	Definition des sachlich relevanten Marktes	128
(b)	Netznutzung als sachlich relevanter Markt	128

(c)	Differenzierung nach Strom- und Gasmärkten . . .	129
(d)	Weitere Differenzierung nach Spannungsebenen und Druckstufen	129
(3)	Ergebnis zur sachlichen Marktabgrenzung	130
cc)	Räumlich relevanter Markt	131
(1)	Einleitung	131
(2)	Definition des räumlich relevanten Marktes	131
(3)	Ermittlung des räumlich relevanten Marktes im konkreten Fall	132
(a)	Netzgebiet als räumlich relevanter Markt	132
(b)	Besonderheiten bei Transportnetzen	133
(4)	Ergebnis zur räumlichen Marktabgrenzung	136
dd)	Marktbeherrschung	136
ee)	Ergebnis zur marktbeherrschenden Stellung	138
c)	Auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	138
aa)	Vorüberlegungen	138
bb)	Rechtsprechung des EuGH und Entscheidungspraxis der Kommission zum Vorliegen eines wesentlichen Teils des Binnenmarktes	139
cc)	Energienetze als wesentliche Teile des Binnenmarktes . . .	141
(1)	Einleitung	141
(2)	Alle Energienetze als wesentlicher Teil des Binnenmarktes	141
(3)	Differenzierung nach Größe des Netzes	143
(a)	Vorüberlegungen	143
(b)	Transportnetze als wesentlicher Teil des Binnenmarktes	144
(c)	Differenzierte Betrachtung bei Verteilernetzen . . .	145
(4)	Zusätzliche Konzernbetrachtung?	147
(5)	Anwendung der Grundsätze der <i>Crespelle</i> - Entscheidung?	149
dd)	Zusammenfassung und Ergebnis	151
d)	Ergebnis zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	151
3.	Missbräuchlichkeit der Entgelte	151
a)	Einleitung	151
b)	Preishöhenmissbrauch	152
aa)	Vorüberlegungen	152
bb)	Ermittlung missbräuchlich überhöhter Entgelte nach dem Vergleichsmarktkonzept	153

(1) Einleitung	153
(2) Sachliches Vergleichsmarktkonzept	153
(3) Zeitliches Vergleichsmarktkonzept	154
(4) Geographisches Vergleichsmarktkonzept	156
(a) Einleitung	156
(b) Zulässigkeit der Vergleichsmarktmethode auf Monopolmärkten	157
(c) Zulässigkeit der Vergleichsmarktmethode auf regulierten Märkten	158
(d) Auswahl der zu vergleichenden Netzbetreiber/der Vergleichsmärkte	160
(aa) Einleitung	160
(bb) Heranziehung ausländischer Netzbetreiber	160
(cc) Behandlung struktureller Unterschiede der Vergleichsunternehmen	161
(dd) Heranziehung strukturell vergleichbarer Unternehmen nicht erforderlich?	163
(ee) Rückschluss auf sachgerechte Vergleichsgruppe aus regulierungsrechtlichen Vergleichsgruppen?	163
(ff) Ergebnis	166
(e) Anzahl der heranzuziehenden Vergleichsunternehmen	167
(f) Zulässigkeit eines Erlösvergleichs	168
(g) Erfordernis eines Erheblichkeitszuschlags	170
(h) Ergebnis	172
(5) Ergebnis zum Vergleichsmarktkonzept	172
cc) Ermittlung überhöhter Netzentgelte anhand des Konzepts der Kosten- und Gewinnkontrolle	173
(1) Einleitung	173
(2) Eignung des Konzepts der Kosten- und Gewinnkontrolle zur Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs	174
(3) Eignung und Besonderheiten der kartellrechtlichen Kosten- und Gewinnkontrolle im Hinblick auf Märkte mit bestehender Preisregulierung	176
(a) Generelle Eignung der kartellrechtlichen Kosten- und Gewinnkontrolle für preisregulierte Märkte	176
(b) Auswirkung der regulatorischen Kalkulationsvorgaben auf die kartellrechtliche Kosten- und Gewinnkontrolle	177
(c) Ergebnis	178

(4) Kartellrechtliche Kosten- und Gewinnkontrolle auch unter dem System der Anreizregulierung?	179
(a) Konfliktfeld zwischen Anreizregulierung und kartellrechtlicher Kosten- und Gewinnkontrolle	179
(b) Auflösung des Konfliktes	179
(5) Ergebnis zum Konzept der Kosten- und Gewinnkontrolle	181
dd) Ergebnis zum Preishöhenmissbrauch	181
ee) Nachweis des Preishöhenmissbrauchs im Zivilverfahren	182
(1) Einleitung	182
(2) Darlegungs- und Beweislastverteilung im Kartellzivilprozess nach Art. 102 AEUV	183
(a) Einleitung	183
(b) Grundsatz der Darlegungs- und Beweislastverteilung	183
(c) Beweiserleichterungen aufgrund einer Informationsasymmetrie?	184
(aa) Vorüberlegungen	184
(bb) Beweislastumkehr	185
(cc) Gesetzliche Vermutung	185
(dd) Anscheinsbeweis	186
(ee) Tatsächliche Vermutung	188
(ff) Sekundäre Darlegungslast des Netzbetreibers?	189
(gg) Sekundäre Beweislast des Netzbetreibers? ...	192
(hh) Ergebnis zu Beweiserleichterungen	193
(d) Ergebnis zur Darlegungs- und Beweislastverteilung	193
(3) Indizwirkung der Entgelt- bzw. Erlösobergrenzengenehmigung	193
(a) Vorüberlegungen	193
(b) Indizwirkung der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG	195
(c) Fortgeltung dieser Grundsätze unter Geltung der Anreizregulierung?	197
(d) Ergebnis zur Indizwirkung von Entgelt- und Erlösobergrenzengenehmigung	201
(4) Ergebnis zum Nachweis	201
c) Preisspaltung und Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	202
d) Preis-Kosten-Schere	205
aa) Einleitung	205

bb)	Preis-Kosten-Schere im Energiebereich trotz Entflechtungsvorgaben?	206
cc)	Ergebnis zur Preis-Kosten-Schere	207
e)	Zugangsverweigerung	207
f)	Keine objektive Rechtfertigung des unternehmerischen Handelns	209
aa)	Einleitung	209
bb)	Entgelt- oder Erlösobergrenzengenehmigung als Rechtfertigungsgrund	209
cc)	Erzielung von Effizienzvorteilen, die den Verbrauchern zugutekommen	209
dd)	Objektive Rechtfertigungsgründe	210
ee)	Außerwettbewerbliche Ziele des Regulierungsrechts als Rechtfertigungsgründe	211
ff)	Ergebnis	213
g)	Ergebnis zur Missbräuchlichkeit der Entgelte	213
4.	Zwischenstaatlichkeitsklausel	213
a)	Einleitung	213
b)	Auslegung und Definition des Tatbestandsmerkmals durch EuGH und Kommission	213
c)	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch missbräuchlich überhöhte Netzentgelte	215
aa)	Vorüberlegungen	215
bb)	Transportnetzbetreiber	215
cc)	Verteilernetzbetreiber	216
d)	Ergebnis zur Zwischenstaatlichkeitsklausel	218
5.	Ergebnis zum Tatbestand des Art. 102 AEUV	218
IV.	<i>Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV</i>	219
1.	Einleitung	219
2.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ...	219
3.	Betrugung mit der Dienstleistung	220
4.	Verhinderung der Aufgabenerfüllung	223
5.	Ergebnis zu Art. 106 Abs. 2 AEUV	223
V.	<i>Ergebnis</i>	223
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	225
I.	<i>Einleitung</i>	225
II.	<i>Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren</i>	225
III.	<i>Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach deutschem Kartellrecht</i>	226

<i>IV. Kontrolle von Netznutzungsentgelten im Energiebereich nach europäischem Kartellrecht</i>	226
1. Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts	226
2. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV	227
a) Marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben	227
b) Missbräuchlichkeit der Entgelte	228
c) Zwischenstaatlichkeitsklausel	230
3. Kein Fall des Art. 106 Abs. 2 AEUV	230
Literaturverzeichnis	231
Sachregister	249

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AB	Aktiengesellschaft nach schwedischem Recht (<i>Aktiebolag</i>)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (<i>bis 31.01.2003</i>), Amtsblatt der Europäischen Union (<i>seit 01.02.2003</i>)
a. E.	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ARegV	Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (Anreizregulierungsverordnung)
BA	Beschlussausfertigung
Begr.	Begründer
ber.	berichtigt
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Datenbank)
Beschl.	Beschluss
BEVVG	Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof(s)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BRat	Bundesrat
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
ct	Cent
ders.	derselbe

dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 199 v. 04.05.2016, S. 1)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
d. Verf.	der Verfasser
ECLI	Europäischer Urteilsidentifikator (<i>European Case Law Identifier</i> ; Datenbank)
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
EEG 2021	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz)
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EisenbahnRL 1991	Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.07.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (ABl. L 237 v. 24.08.1991, S. 25)
EisenbahnRL 2001	Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (ABl. L 75 v. 15.03.2001, S. 29)
EisenbahnRL 2012	Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.12.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (ABl. L 343 v. 14.12.2012, S. 32)
EL	Ergänzungslieferung
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
EnWG 1935	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451)
EnWG 1998	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) v. 24.04.1998 (BGBl. I S. 730)
EnWG 2003	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) v. 24.04.1998 (BGBl. I S. 730) i. d. F. der Änderung durch Art. 1 des Gesetzes v. 20.05.2003 (BGBl. I S. 686)
EnWG 2005	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) i. d. F. der Bekanntmachung v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, ber. S. 3621)
EP	Europäisches Parlament
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz
Erw.	Erwägungsgrund, Erwägungsgründe
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen, Zeitschrift für Energiewirtschaft, Recht, Technik und Umwelt (Zeitschrift)
EuG	Gericht der Europäischen Union (<i>seit 01.12.2009</i>), Gericht Erster Instanz (<i>bis 30.11.2009</i>)
EuGH	Gerichtshof(s) der Europäischen Union

EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWeRK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e. V. (Zeitschrift)
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“) (ABl. L 24 v. 29.01.2004, S. 1)
Fluglinientarif- RL 1987	Richtlinie 87/601/EWG des Rates vom 14.12.1987 über Tarife im Fluglinienverkehr zwischen Mitgliedstaaten (ABl. L 374 v. 31.12.1987, S. 12)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt(s), Generalanwältin
GasGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung)
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung)
GasNZV	Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetz-zugangsverordnung)
GasRL 1998	Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.06.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 204 v. 21.07.1998, S. 1)
GasRL 2003	Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG (ABl. L 176 v. 15.07.2003, S. 57)
GasRL 2009	Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211 v. 14.08.2009, S. 94)
GasZVO 2005	Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.09.2005 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen (ABl. L 289 v. 03.11.2005, S. 1)
GasZVO 2009	Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 (ABl. L 211 v. 14.08.2009, S. 36)
GBL	Gesetzblatt für Baden-Württemberg
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	GRUR Rechtssprechungs-Report (Zeitschrift)
GV. NRW.	Gesetz- und Ordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Bayerisches Gesetz- und Ordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

GWB 1958	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.07.1957 (BGBl. I S. 1081)
GWB 1998	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. der Bekanntmachung v. 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546)
GWB 2005	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i. d. F. der Bekanntmachung v. 15.07.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. BGBl 2009 I S. 3850)
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende(n) Meinung
i. d. F.	in der Fassung
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
insb.	insbesondere
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Zeitschrift)
juris	Juristisches Informationssystem (Datenbank)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht(s); Kommanditgesellschaft
Komm.	Europäische Kommission
KoV XII	Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen i. d. F. v. 31.03.2021
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
LG	Landgericht(s)
li.	linke
lit.	Buchstabe (<i>littera</i>)
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NC TAR	Verordnung (EU) 2017/460 der Kommission v. 16.03.2017 zur Festlegung eines Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen (ABl. L 72 v. 17.03.2017, S. 29; „ <i>Network Code on Harmonised Transmission Tariff Structures for Gas</i> “)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
NRWE	Rechtsprechungsdatenbank Nordrhein-Westfalen (Datenbank)
n. v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	NVwZ Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (Zeitschrift)
N&R	NetzWirtschaften und Recht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht(s)
PostG	Postgesetz

RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
re.	rechte
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RGBL.	Reichsgesetzblatt
Rs.	Rechtssache(n)
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
SA	Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht (<i>Société Anonyme</i>)
SE	Europäische (Aktien-)Gesellschaft (<i>Societas Europaea</i>)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
StromGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung)
Stromhandel- VO 2003	Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (ABl. L 176 v. 15.07.2003, S. 1)
Stromhandel- VO 2009	Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 (ABl. L 211 v. 14.08.2009, S. 15)
Stromhandel- VO 2019	Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.06.2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (Neufassung) (ABl. L 158 v. 14.06.2019, S. 54)
StromNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung)
StromNZV	Verordnung über den Zugang zur Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung)
StromRL 1996	Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. L 27 v. 30.01.1997, S. 20)
StromRL 2003	Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. L 176 v. 15.07.2003, S. 37)
StromRL 2009	Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. L 211 v. 14.08.2009, S. 55)
StromRL 2019	Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.06.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (ABl. L 158 v. 14.06.2019, S. 125)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TBd.	Teilband
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKG 1996	Telekommunikationsgesetz v. 25.07.1996 (BGBl. I S. 1120)
TranspR	Transportrecht (Zeitschrift)
UA	Urteilsausfertigung

u. a.	und andere(n), und andernorts
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vom, von
verb.	verbundene
Verf.	Verfasser
Verw	Die Verwaltung (Zeitschrift)
Vfg.	Verfügung
VJH	Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung (Zeitschrift)
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. L 1 v. 04.01.2003, S. 1)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Zeitschrift)
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)

A. Einleitung

I. Hintergrund und Problem

Netzentgelte¹ haben einen entscheidenden Anteil an den Energiepreisen² für Letztverbraucher. So betrug der Anteil der Nettonetzentgelte am Strompreis³ bei Haushaltskunden zum 01.04.2020 im Durchschnitt ca. 22,3%,⁴ beim Gaspreis etwa 24,7%.⁵ Im Strombereich stellten die Netzentgelte in den vergangenen Jahren teilweise sogar den größten Einzelbestandteil des Endkundenpreises dar.⁶ Im Jahr 2016 wurden in Deutschland allein für Stromnetzentgelte etwa 22,3 Mrd. Euro fällig,⁷ was immerhin deutlich mehr als einem halben Prozent des Bruttoinlandsproduktes entsprach.⁸

Die Netzentgelte stellen die Gegenleistung für die Nutzung der Netze⁹ dar, über die die Energieversorgung erfolgt.¹⁰ Gezahlt werden diese Entgelte ent-

¹ Die Begriffe „Netzentgelte“, „Netznutzungsentgelte“ und „Netzzugangsentgelte“ werden hier und im Folgenden synonym verwendet. Soweit sich aus einem Zusatz oder dem Kontext nichts anderes ergibt, sind stets entsprechende Entgelte im Energiesektor gemeint.

² Mit Energie ist hier und im Folgenden entsprechend der Definition des § 3 Nr. 14 EnWG allein Elektrizität und Gas, soweit sie zur leitungsgebundenen Versorgung verwendet werden, gemeint.

³ Mit Strom ist hier und im Folgenden stets elektrischer Strom gemeint; der Begriff wird synonym zum Begriff „Elektrizität“ verwendet.

⁴ *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht 2020, S. 278 (Abbildung 118).

⁵ Einschließlich der Entgelte für Messung und Messstellenbetrieb; vgl. *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht 2020, S. 328 (zum durchschnittlichen Netzentgelt von 1,56 ct/kWh) und 330 f. (zum durchschnittlichen Gaspreis von 6,31 ct/kWh).

⁶ Vgl. *BNetzA/BKartA*, Monitoringbericht 2018, S. 280 (Abbildung 120).

⁷ *BMWi*, Sechster Monitoring-Bericht zur Energiewende, S. 115 (Tabelle 10.1).

⁸ Das Bruttoinlandsprodukt betrug im Jahr 2016 ca. 3.133,9 Mrd. Euro, vgl. Statistisches Bundesamt, Bruttoinlandsprodukt 2016 für Deutschland, Begleitmaterial zur Pressekonferenz am 12. Januar 2017 in Berlin, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressekonferenzen/2017/BIP2016/pressebroschuere-bip.pdf> (abgerufen am: 24.05.2022), S. 5 (Schaubild 1); daraus ergibt sich ein Anteil von ca. 0,71 %.

⁹ Als Netze werden hier und im Folgenden die Strom- und Gasleitungen nebst zugehörigen Einrichtungen wie etwa Umspannwerken im Strombereich oder Druckregelanlagen bei Gasleitungen bezeichnet; vgl. auch *Konstantin*, Praxisbuch der Energiewirtschaft, S. 313 ff.

¹⁰ Vgl. *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 4 Rn. 3; *Pritzsche/Vacha*, Energierecht, § 4 Rn. 298, § 6 Rn. 157.

weder durch das beliefernde Unternehmen¹¹ oder den Letztverbraucher selbst¹² an den Betreiber des jeweiligen Netzes. Dabei lassen sich abhängig von der jeweiligen Aufgabe verschiedene Arten von Netzen unterscheiden: Strom wird in der Regel nach seiner Erzeugung zunächst mittels Höchst- und Hochspannungsnetzen weitergeleitet und gelangt anschließend über sog. Verteilernetze¹³ mit niedrigeren Spannungen zu den Verbrauchsstellen.¹⁴ Entsprechendes gilt für leitungsgebundenes Gas, das von seiner Gewinnung bzw. seinem Import zunächst über Hochdrucknetze transportiert wird und anschließend über Verteilernetze zu den Endkunden gelangt.¹⁵

Aufgrund der Leitungsgebundenheit¹⁶ von Strom und Gas kommt dem Zugang zur Netzinfrastruktur – und damit als Bedingung für diesen Zugang auch den Netzentgelten¹⁷ – eine erhebliche Bedeutung für die Energiemärkte und deren Liberalisierung zu:¹⁸ Ohne Zugang zu den Netzen ist ein Marktzutritt etwa bei der Belieferung von Endkunden nicht möglich; spiegelbildlich benötigen auch die auf den vorgelagerten Marktstufen tätigen Stromerzeuger und -händler bzw. die im Gassektor entsprechend tätigen Unternehmen Zugang zu den jeweiligen Netzen, um mit ihren Energiemengen am

¹¹ Soweit für Strom ein Lieferantenrahmenvertrag i. S. des § 20 Abs. 1a Satz 2 EnWG und für Gas ein Ein- und Ausspeisevertrag i. S. des § 20 Abs. 1b Satz 3 EnWG zwischen Netzbetreiber und Lieferant vorliegt; in diesem Fall werden die Netzentgelte aber in aller Regel dem Letztverbraucher weiterbelastet, wovon auch der Gesetz- und Verordnungsgeber ausgeht (vgl. für den Bereich der Grundversorgung mit Strom etwa § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 lit. d StromGVV).

¹² Soweit für Strom ein Netznutzungsvertrag i. S. des § 20 Abs. 1a Satz 1 EnWG und für Gas ein Ein- und/oder Ausspeisevertrag zwischen Netzbetreiber und Letztverbraucher vorliegt; zum Letztverbraucher als Transportkunden vgl. etwa *Marquering/Kreienbrock/Güth*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 72 Rn. 11, sowie § 3 Nr. 31b EnWG.

¹³ Auch „Verteilernetze“ oder „Verteilungsnetze“ genannt; im Folgenden wird der im EnWG – mit Ausnahme von § 6 Abs. 2 Satz 1, § 23c Abs. 6 Nr. 3 und 4 sowie § 119 Abs. 4 Nr. 5 EnWG – durchgängig gebrauchte Begriff „Verteilernetz“ verwendet.

¹⁴ Vgl. *Scholz*, in: Wiedemann, § 34 Rn. 10; *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 1 Rn. 10; *Haucap/Heimeshoff*, in: Hoch/Haucap, Praxishandbuch Energiekartellrecht, Kap. 1 Rn. 8; zu den verschiedenen Spannungsebenen siehe auch unten unter D. III. 2. b) bb) (2) (d).

¹⁵ Vgl. *Scholz*, in: Wiedemann, § 34 Rn. 10; *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 1 Rn. 12; zu den verschiedenen Druckstufen siehe auch unten unter D. III. 2. b) bb) (2) (d).

¹⁶ Vgl. nur *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 1 Rn. 40; von Ausnahmen wie etwa Flüssiggas abgesehen.

¹⁷ Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten XV (abgedruckt auf BT-Drucks. 15/3610 v. 14.07.2004), Rn. 1168; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit, S. 616; *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung einheitlich geregelt werden?, S. 120.

¹⁸ Vgl. nur *Ackermann/Petzold*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 8 Rn. 1; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 182 ff.; *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 4 Rn. 1; *Britz/Herzmann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, Vor §§ 20 ff. Rn. 1 ff.; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit, S. 579; *Haucap/Heimeshoff*, in: Hoch/Haucap, Praxishandbuch Energiekartellrecht, Kap. 1 Rn. 30.

Marktgeschehen teilnehmen zu können. Verstärkt wird die Bedeutung des einzelnen Netzes durch den Umstand, dass Energienetze in aller Regel sog. natürliche Monopole darstellen,¹⁹ die zumindest bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht duplizierbar sind und auf deren Nutzung ein Versorgungsunternehmen, das Endkunden mit Strom oder Gas im jeweiligen Netzgebiet zu beliefern beabsichtigt, damit zwingend angewiesen ist.²⁰

Ausgehend von dieser besonderen Bedeutung der Netze (und Netzentgelte) für die wettbewerbliche Öffnung der Energiemärkte hat sich der deutsche Gesetzgeber – auch veranlasst durch europäische²¹ Vorgaben²² – mit dem EnWG 2005 für die Einführung einer Netzentgeltregulierung im Energiesektor entschieden.²³ Seither ist die Bestimmung der Energienetzentgelte Gegenstand regulierungsbehördlicher Verfahren, deren Ziel die (Vorab-)Festlegung u. a. angemessener, diskriminierungsfreier und transparenter Netzentgelte ist.²⁴

Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Netzentgelte wird deren Entwicklung von Wirtschaft, Verbänden und Privaten aufmerksam verfolgt.²⁵ Nicht wenige – vor allem industrielle – Letztverbraucher sind in den vergangenen Jahren mitunter gar gerichtlich mit Rückforderungs- oder Schadensersatzklagen gegen ihrer Ansicht nach überhöhte Netzentgelte vorgegangen.²⁶ Entsprechende Rückforderungsansprüche wurden – nachdem der BGH im Jahr 2005 entschieden hatte, dass Netzentgelte in den Anwendungsbereich der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle fallen²⁷ – in aller Re-

¹⁹ Siehe dazu auch unten unter D. III. 2. b) cc) und dd).

²⁰ Vgl. *Kühling/Rasbach/Busch*, Kap. 1 Rn. 10.

²¹ „Europäisch“ und „Europa“ bezieht sich hier und im Folgenden stets auf die EU und ihre Vorgängerorganisationen; entsprechend ist mit „europäischem Recht“, „Europarecht“ und ähnlichen Formulierungen im Folgenden ausschließlich das Unionsrecht (bei historischen Sachverhalten ggf. noch als Gemeinschaftsrecht) gemeint.

²² StromRL 2003 und GasRL 2003; vgl. *Britz/Herzmann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, Vor §§ 20 ff. Rn. 18 ff.

²³ Vgl. *Sieberg*, in: *Bartsch/Röhling/Salje/Scholz*, Kap. 50 Rn. 13 f.; *Britz/Herzmann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, Vor §§ 20 ff. Rn. 22 ff.

²⁴ Vgl. § 21 Abs. 1 EnWG.

²⁵ Vgl. nur jüngst das im Mai 2020 von *Arepo Consult* vorgelegte Gutachten zum Thema „Möglichkeiten für mehr Transparenz bei den Stromnetzentgelten“ im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

²⁶ Vgl. exemplarisch nur BGH, Urt. v. 15.05.2012, EnZR 105/10 – *Stromnetznutzungsentgelt V*, WuW/E DE-R 3625; BGH, Urt. v. 22.07.2014, KZR 27/13 – *Stromnetznutzungsentgelt VI*, WuW/E DE-R 4328; BGH, Urt. v. 22.07.2014, KZR 13/13 – *Stromnetznutzungsentgelt VII*, WuW/E DE-R 4336; sowie aus jüngerer Zeit OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2018, 2 U 2/17 (Kart), WuW 2019, 213.

²⁷ BGH, Urt. v. 18.10.2005, KZR 36/04 – *Stromnetznutzungsentgelt I*, BGHZ 164, 336 = WuW/E DE-R 1617, noch betreffend die Rechtslage vor Inkrafttreten des EnWG 2005; zur Rechtslage seit Inkrafttreten des EnWG 2005 vgl. BGH, Urt. v. 15.05.2012,

gel vorrangig auf § 315 BGB²⁸ gestützt. Ergänzend sind indes häufig auch mit der Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften begründete Rückforderungs- oder Schadensersatzsprüche geltend gemacht worden. Allerdings wurden die beurteilten Fälle meist entweder allein auf Grundlage des § 315 BGB entschieden oder die Gerichte ließen kartellrechtliche Ansprüche an einer in ihren Augen ungenügenden Darlegung eines missbräuchlichen Verhaltens scheitern, ohne sich mit den weiteren Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen zu befassen.²⁹ Eine intensive Auseinandersetzung mit solchen kartellrechtlichen Ansprüchen im Hinblick auf regulierte Energienetzentgelte ist in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – daher bislang ausgeblieben.

Dabei ist die Anwendung des Kartellrechts in regulierten Sektoren nicht unproblematisch.³⁰ Insbesondere steht eine nachträgliche kartellrechtliche Prüfung der Netzentgelte in einem Spannungsverhältnis zur Entgeltregulierung.³¹ So besteht jedenfalls im Grundsatz die Möglichkeit, dass Netzentgelte

EnZR 105/10 – *Stromnetznutzungsentgelt V*, WuW/E DE-R 3625; im Nachgang zu EuGH, Urt. v. 09.11.2017, Rs. C-489/15 – *CTL Logistics GmbH/DB Netz AG*, ECLI:EU:C:2017:834, wird die Anwendbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle auf Netzentgelte nunmehr auch für den Energiesektor (wieder) vermehrt in Frage gestellt, siehe dazu unten unter D. II. 2. c) ee).

²⁸ Nach dieser Vorschrift unterliegen Vertragsleistungen, die eine Partei aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung einseitig anpassen kann, einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle, vgl. BGH, Urt. v. 15.05.2012, EnZR 105/10 – *Stromnetznutzungsentgelt V*, WuW/E DE-R 3625, Rn. 15 (juris). Da die Netznutzungsverträge in der Regel Klauseln enthalten, wonach die Netzentgelte etwa im Falle von Gesetzesänderungen durch den Netzbetreiber einseitig angepasst werden können, hielt der BGH bislang § 315 BGB auch vor dem Hintergrund der Entgeltregulierung für auf Netzentgelte anwendbar, vgl. BGH, a. a. O., Rn. 16 ff. (juris). Der Maßstab der Billigkeit in § 315 BGB gebietet grundsätzlich eine Abwägung der objektiven wirtschaftlichen Interessen beider Vertragspartner sowie eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks und der Bedeutung der Leistung, für die der Preis einen angemessenen Gegenwert darstellen soll, vgl. BGH, Beschl. v. 07.06.2016, KZR 12/15, WuW 2016, 436, Rn. 18 (juris). Im Bereich der Energienetzentgelte geht der BGH indes von einer Konkretisierung dieses Billigkeitsmaßstabs durch die Entgeltmaßstäbe der §§ 21 ff. EnWG aus, vgl. BGH, Urt. v. 15.05.2012, EnZR 105/10 – *Stromnetznutzungsentgelt V*, WuW/E DE-R 3625, Rn. 34 f. (juris)

²⁹ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 15.05.2012, EnZR 105/10 – *Stromnetznutzungsentgelt V*, WuW/E DE-R 3625, Rn. 41 (juris); OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.10.2018, 2 U 2/17 (Kart), WuW 2019, 213, Rn. 90 (juris).

³⁰ Insbesondere im amerikanischen Rechtskreis ist daher etwa eine große Zurückhaltung hinsichtlich der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften in regulierten Sektoren zu beobachten, vgl. etwa *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Bd. 2, AEUV Art. 102 Rn. 384; *Petersen*, Verw 48 (2015), 29 (43); zur Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren nach amerikanischem Recht vgl. insb. die Ausführungen des *Supreme Court of the United States* in Sachen *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), sowie *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009); und dazu *Haus*, ZWeR 2009, 356.

³¹ Vgl. zum vergleichbaren Spannungsverhältnis zwischen zivilgerichtlicher Billigkeits-

trotz regulierungsbehördlicher Genehmigung einer kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung nicht standhalten. Damit drohen zum einen widersprüchliche Behörden- oder Gerichtsentscheidungen. So sähe sich ein Netzbetreiber bei einer parallelen Anwendung des Kartellrechts trotz bestehender regulierungsbehördlicher Entgeltgenehmigung etwa der latenten Gefahr ausgesetzt, dass eine Kartellbehörde zu einem anderen Ergebnis im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Entgelthöhe kommt. Die durch die Entgeltgenehmigung beabsichtigte Rechtssicherheit³² für den Netzbetreiber wäre damit erheblich eingeschränkt. Zum anderen können weitere regulierungsrechtliche Ziele, soweit sie sich in einer bestimmten Entgeltgestaltung widerspiegeln, durch das Anlegen eines kartellrechtlichen Maßstabs gefährdet werden. So könnten u. U. regulierungsrechtlich gesetzte Anreize, die sich in einer konkreten Entgelthöhe niedergeschlagen haben, konterkariert werden, wenn die Entgelte zusätzlich an einem kartellrechtlichen Maßstab, der diese regulierungsrechtlichen (Anreiz-)Ziele nicht berücksichtigt, gemessen werden.³³

Vor diesem Hintergrund stellt sich bei der Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften auf regulierte Netzentgelte insbesondere die Frage, ob und inwieweit eine bestehende regulierungsbehördliche Genehmigung das Ergebnis einer kartellrechtlichen Missbrauchsprüfung determinieren oder eine solche Prüfung gar ausschließen kann, um das beschriebene Spannungsverhältnis aufzulösen oder zumindest abzuschwächen. Hinzu kommen normhierarchische Fragen, da regulierungs- und kartellrechtliche Vorgaben sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene bestehen.

II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage, inwieweit Netzentgelte im Energiesektor – insbesondere im Hinblick auf das beschriebene Spannungsverhältnis zwischen Entgeltregulierung und kartellrechtlicher Missbrauchsprüfung – einer kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst das Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht im Überblick dargestellt sowie davon ausgehend untersucht, ob sich bereits aus diesem Verhältnis grundsätzliche Aussagen im

kontrolle und Entgeltregulierung etwa *Ludwigs*, Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle, S. 18.

³² Vgl. BRat, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drucks. 15/3917 v. 14.10.2004, S. 85 re. Spalte (unter „Begründung“).

³³ So für den Eisenbahnsektor etwa *Körber*, Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht, S. 51 ff.

Hinblick auf die Zulässigkeit einer kartellrechtlichen Kontrolle regulierter Netzentgelte ergeben. Im Anschluss an diese allgemeine Betrachtung wird die Rechtslage im Hinblick auf die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten nach deutschem und europäischem Recht geprüft. Dabei wird jeweils zunächst die Frage der Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Bestimmungen näher betrachtet. Soweit diese bejaht wird, erfolgt eine Prüfung der Tatbestandsmerkmale des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots; ferner werden mögliche Rechtfertigungsgründe beleuchtet. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst.

Die im Verlaufe dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse können angesichts eines zumindest in Teilen vergleichbaren Regulierungsumfelds³⁴ auch Bedeutung für ähnliche Fragestellungen in regulierten Sektoren abseits des Energiebereichs erlangen. Besondere Aktualität kommt in diesem Zusammenhang einer bereits seit einigen Jahren intensiv geführten Paralleldiskussion im Eisenbahnsektor zu.³⁵ Dort wird die Frage der Zulässigkeit einer zivilgerichtlichen Kontrolle von nach dem Eisenbahnrecht regulierten Entgelten anhand kartellrechtlicher Vorschriften von den deutschen Gerichten kontrovers beurteilt.³⁶ Nach einem kurz vor Ende des Jahres 2020 zu dieser Frage erfolgten Vorlagebeschluss des KG Berlin³⁷ wird die Frage in Kürze nunmehr auch den EuGH beschäftigen.³⁸

III. Regulierungs- und Kartellrechtsbegriff

Vor dem Einstieg in die eigentliche Prüfung bedarf indes der bereits verwendete Begriff der Regulierung bzw. des Regulierungsrechts einer näheren Bestimmung. Zur Frage, was unter „Regulierung“ zu verstehen ist, werden unterschiedliche Ansätze vertreten.³⁹ Gemein ist diesen Ansätzen jedenfalls

³⁴ Vgl. etwa den Vergleich zwischen eisenbahn- und energierechtlichen Regulierungsvorgaben unten unter D. II. 2. c) ee) (3).

³⁵ Siehe dazu näher unten unter D. II. 2. c) ee).

³⁶ Für eine Zulässigkeit etwa BGH, Urt. v. 01.09.2020, KZR 12/15 – *Stationspreissystem II*, WuW 2021, 119 = NZKart 2021, 51, Rn. 18 ff. (juris); BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19 – *Trassenentgelte*, NJW 2020, 1436 = WuW 2020, 209 = NZKart 2020, 198, Rn. 18 ff. (juris); dagegen KG Berlin, Beschl. v. 10.12.2020, 2 U 4/12 Kart – *Stationspreise*, WuW 2021, 178 = NZKart 2021, 54, Rn. 44 ff. (juris); OLG Dresden, Urt. v. 17.04.2019, U 4/18 Kart, BeckRS 2019, 38720, Rn. 43 ff. (anders aber nun OLG Dresden, Urt. v. 18.01.2021, U 8/15 Kart, WuW 2021, 298 = NZKart 2021, 191, Rn. 32 ff. [juris]).

³⁷ KG Berlin, Beschl. v. 10.12.2020, 2 U 4/12 Kart – *Stationspreise*, WuW 2021, 178 = NZKart 2021, 54.

³⁸ Das Verfahren ist beim EuGH als Rs. C-721/20 – *DB Station & Service* anhängig.

³⁹ Vgl. dazu etwa *Ludwigs*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 7 Rn. 9 ff.; *Ackermann/Petzold*, ebenda, Kap. 8 Rn. 1 ff.; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert, § 7 Rn. 1 ff.; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung, S. 11 ff.

ein Verständnis, wonach unter dem Begriff der Regulierung die staatliche Lenkung von Märkten zu verstehen ist. Unterschiede zwischen den einzelnen Ansichten ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Beantwortung der Frage, ob sich der Begriff der Regulierung auf bestimmte Maßnahmen und/oder Sektoren beschränkt.⁴⁰ Nach einem sehr weiten Verständnis soll sogar das Kartellrecht vom Regulierungsbegriff umfasst sein.⁴¹ Eine eingehende Untersuchung dieser Fragen verbunden mit einer genauen Begriffsbestimmung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit indes sprengen. Allein die Begriffsbestimmung hat aber auch keine Auswirkung auf das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung. Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit wird daher axiomatisch ein streng formelles und enges Begriffsverständnis zugrunde gelegt: Unter Regulierungsrecht werden danach diejenigen Regelungen verstanden, die der Gesetzgeber für durch das Vorhandensein von Netzen geprägte Sektoren erlassen hat und die in den Zuständigkeitsbereich einer besonderen (Regulierungs-)Behörde fallen.⁴² Der hier verwendete Begriff des Kartellrechts umfasst hingegen diejenigen Wettbewerbsregeln, deren Durchsetzung der allgemeinen Wettbewerbsbehörde zugewiesen sind.⁴³

Dem Kartellrecht lassen sich im Grundsatz die drei Bereiche Kartellverbot, Zusammenschlusskontrolle und kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht zuordnen.⁴⁴ Überschneidungen des Regulierungsrechts mit den ersten beiden Bereichen werden sich indes kaum ergeben, da dem – im vorab genannten Sinne verstandenen – Regulierungsrecht entsprechende Regelungen fehlen.⁴⁵ Zwischen Regulierungsrecht und kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht be-

⁴⁰ Vgl. *Ludwigs*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 7 Rn. 10 ff.

⁴¹ Vgl. etwa *Ackermann/Petzold*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 8 Rn. 3, m. N. zu entsprechenden Stimmen aus der Literatur.

⁴² In diesem Sinne auch *Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Rn. 217; *Huber/Unger*, in: Schoch, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 4 Rn. 346, dort als „Netzregulierungsrecht“.

⁴³ Nach diesem hier zugrunde gelegten Verständnis fällt etwa die Vorschrift des § 29 GWB trotz Geltung allein für den Energiesektor unter den Kartellrechtsbegriff, da die Durchsetzung dieser Wettbewerbsregel den (allgemeinen) Kartellbehörden obliegt; § 30 EnWG fällt hingegen, wenngleich er kartellrechtliche Wertungen enthält (vgl. BReg, Begründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drucks. 15/3917 v. 14.10.2004, S. 63 li. Spalte [unter „Zu § 30“]), aufgrund der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für entsprechende Verfahren unter der Begriff des Regulierungsrechts. Im Detail weist auch diese formale Definition indes gewisse Unschärfen auf, die für die vorliegende Arbeit jedoch nicht von Relevanz sind; zu denken ist etwa an die Vorgaben zu Wegenutzungsverträgen in § 46 EnWG, die sowohl in die Zuständigkeit der Kartell- als auch der Regulierungsbehörden fallen können, vgl. BGH, *Beschl. v. 06.11.2012, KVR 54/11 – Gasversorgung Ahrensburg*, WuW/E DE-R 3879, Rn. 17 (juris); *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, *EnWG § 46* Rn. 183 ff.

⁴⁴ Vgl. etwa *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 1.

⁴⁵ Vgl. *Weiß*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 11 Rn. 4.

stehen hingegen erhebliche Schnittmengen.⁴⁶ Die Frage nach dem Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht ist damit zuvorderst für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht relevant.⁴⁷ Sofern im weiteren Verlauf der Arbeit vom Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht die Rede ist, ist daher im Besonderen das Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht gemeint.

⁴⁶ Vgl. *Klotz*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Regulierte Sektoren Rn. 9; *Möschel*, WuW 2014, 383 (388); *Laguna de Paz*, ECLR 2012, 77 (78 f.).

⁴⁷ Vgl. etwa *Klotz*, in: Bien/Ludwigs, Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, S. 39 (41); *Schmidt-Volkmar*, Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Netzregulierung, S. 43.

B. Anwendbarkeit des Kartellrechts in regulierten Sektoren

I. Einleitung

In den sog. Netzwirtschaften wie dem Energie-, Telekommunikations- oder Eisenbahnsektor haben sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber – letzterer weitgehend auf europäische Vorgaben aufbauend – sektorspezifische Regelungen geschaffen, mit denen ehemals von staatlichen Monopolen geprägte Märkte eine wettbewerbliche Öffnung erfahren sollen.¹ Dieses Regulierungsrecht² soll auf den betroffenen Märkten Wettbewerb gewährleisten bzw. als Wettbewerbersatz im Falle natürlicher Monopole dienen.³ Sein Ziel ist damit grundsätzlich ähnlich zu dem wettbewerbsschützenden Ziel des Kartellrechts.⁴ Angesichts dieses Zielgleichlaufs der beiden Regelungsmaterien stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis zueinander. Dieses Verhältnis wird im Folgenden vor dem Hintergrund untersucht, ob sich bereits ausgehend vom allgemeinen Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht die Frage beantworten lässt, ob eine kartellrechtliche Kontrolle regulierter Netzentgelte zulässig ist. Dazu werden zunächst die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zum Verhältnis der beiden Rechtsmaterien betrachtet. Anschließend wird die Entscheidungspraxis der Kartellbehörden und -gerichte in den der Regulierung unterliegenden Sektoren dargestellt, bevor das Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht abstrakt im Hinblick auf Rückschlüsse zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage untersucht wird.

¹ Vgl. *Klotz*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, *Regulierte Sektoren*, Rn. 1.

² Zum hier verwendeten Begriff siehe oben unter A. III.

³ Vgl. *Eekhoff/Vossler*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 1 Rn. 1 ff.; *Petersen*, *Verw* 48 (2015), 29 m. w. N.

⁴ Vgl. etwa *Möschel*, *WuW* 2014, 383 (388).

II. Regelungen im deutschen und europäischen Recht

1. Einleitung

Eine grundsätzliche gesetzgeberische Wertung im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf regulierte Sachverhalte könnte zunächst den Kollisionsnormen zwischen Regulierungs- und Kartellrecht zu entnehmen sein.

2. Deutsches Recht

Im deutschen Recht stehen das GWB als zentrales kartellrechtliches Gesetz und die einzelnen Regulierungsgesetze normhierarchisch auf derselben Ebene. Das Verhältnis von GWB zu den einzelnen Regulierungsgesetzen ist in unterschiedlichem Umfang in den jeweiligen Regulierungsgesetzen adressiert.⁵

Im Hinblick auf den Energiesektor enthält auch das GWB selbst eine Norm zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht. So bestimmt § 185 Abs. 3 GWB, dass die Vorschriften des EnWG der Anwendung der Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 und 29 GWB nicht entgegenstehen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG erklärt die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften für unanwendbar, soweit das EnWG oder auf ihm basierende Verordnungen abschließende Regelungen enthalten. § 111 Abs. 2 EnWG benennt dabei die Vorschriften, die als abschließend im Sinne des § 111 Abs. 1 EnWG gelten. Darunter fallen sämtliche Vorschriften des EnWG zu Netzzugang und Netzanschluss. Nach § 111 Abs. 1 Satz 2 EnWG sollen die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt bleiben.⁶

Die Regelungen in anderen Gesetzen sind weniger eindeutig:⁷ § 2 Abs. 4 TKG bestimmt, dass die Regelungen des GWB unberührt bleiben, soweit nicht durch das TKG ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen wer-

⁵ Vgl. *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, § 19 Rn. 59; *Fehling*, ebenda, § 20 Rn. 107.

⁶ Diese Bestimmung steht in einem gewissen Widerspruch zu dem durch § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG angeordneten Ausschluss der §§ 19, 20 und 29 GWB, der zumindest mittelbar auch die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden berührt. § 111 Abs. 1 Satz 2 EnWG ist zur Auflösung dieses Widerspruchs daher so zu verstehen, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden *im Übrigen* unberührt bleiben, womit der Vorschrift allein klarstellende Funktion zukommt; vgl. dazu auch *Hölscher*, in: Britz/Hellermann/Hermes, § 111 Rn. 10; *Steinbeck*, in: Theobald/Kühling, EnWG § 111 Rn. 14.

⁷ Vgl. *Ludwigs*, in: FS Schmidt-Preuß, S. 689 (694 ff.); vgl. auch die Darstellung der jeweiligen Streitstände bei *Sennkamp*, Der Diskurs um die Abgrenzung von Kartell- und Regulierungsrecht, S. 19 ff. (zum Telekommunikationsrecht), 55 ff. (zum Postrecht) und 72 ff. (zum Eisenbahnrecht).

Sachregister

- Akteneinsicht 190 f.
- Anreizregulierung 100, 159, 179 ff., 197 ff.
- Anscheinsbeweis 186 f., *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- Betrabung mit einer Dienstleistung 220 ff.
- Beweislast, *siehe* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- Beweislastumkehr 185, *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- Billigkeitskontrolle 3 f., 95 ff.
- Briefmarkentgelte, *siehe* Einheitliche Entgeltbildung
- Crespelle*-Rechtsprechung 149 ff.
- CTL-Logistics*-Rechtsprechung 90 ff.
- Darlegungs- und Beweislastverteilung 183 ff.
- Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 219 f.
- Diskriminierungsverbot
- Kartellrechtliches ~ 107, 111 f., 202 ff.
 - Regulierungsrechtliches ~ 95, 97 f., 106 ff., 110 ff.
- Druckstufen 129 f.
- Einheitliche Entgeltbildung 121 ff.
- Entflechtung 34 f., 206 f.
- Entscheidungspraxis
- Eisenbahnsektor 17 f., 90 ff.
 - Energiesektor 18 ff., 67 f., 182 f.
 - Postsektor 16 f.
 - Telekommunikationssektor 14 ff.
- Erheblichkeitszuschlag 170 ff.
- Erlösobergrenze, *siehe* Anreizregulierung
- Erlösvergleich 168 ff.
- Essential-facilities*-Doktrin, *siehe* Zugangsverweigerung
- Fernleitungsnetzbetreiber, *siehe* Transportnetze
- Fernleitungsnetze, *siehe* Transportnetze
- Geographisches Vergleichsmarktkonzept, *siehe* Vergleichsmarktkonzept
- Gesetzliche Vermutung, *siehe* Vermutung
- Handlungsspielraum 27, 117 ff.
- Individuelle Netzentgelte 203 ff.
- Indizwirkung 193 ff., *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- der Entgeltgenehmigung 195 ff.
 - der Erlösobergrenzengenehmigung 197 ff.
- Informationsfreiheitsgesetz 190 f.
- Inzidentkontrolle im Zivilverfahren 56 ff.
- Kartellrecht
- Anwendungsbereich 23 ff.
 - Begriff 7 f.
 - Verhältnis zum Regulierungsrecht 26 ff., 102 ff., 211 f.
 - Zielsetzung 21
- Kollisionsnormen 10 ff., 42 ff., 67, 71 ff.
- Konkretisierung des Primärrechts, *siehe* Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht
- Konzernbetrachtung 147 ff.

- Kosten- und Gewinnkontrolle 173 ff.
 – Anwendbarkeit auf preisregulierten Märkten 176 ff.
 – Verhältnis zur Anreizregulierung 179 ff.
- Marktabgrenzung 126 ff.
 – Sachliche ~ 126 ff.
 – Räumliche ~ 131 ff.
- Marktbeherrschung 136 ff.
- Monopolpreisvergleich 157 f.
- Natürliches Monopol 3, 132 f., 136 f.
- Pipe-in-pipe*-Wettbewerb 137 f.
- Preishöhenmissbrauch 152 ff.
 – Nachweis in Zivilverfahren 182 ff.
- Preis-Kosten-Schere 205 ff.
- Preisspaltung 202 ff.
- Räumliche Marktabgrenzung, *siehe* Marktabgrenzung
- Rechtfertigung missbräuchlichen Verhaltens 209 ff., 219
 – Außerwettbewerbliche Ziele des Regulierungsrechts 211 f.
 – Entgelt- oder Erlösbergengenehmigung 209
 – Erzielung von Effizienzvorteilen 209 f.
 – Objektive Rechtfertigungsgründe 210 f.
- Regulierungsrecht
 – Anwendungsbereich 23 ff.
 – Begriff 6 f.
 – Verhältnis zum Kartellrecht 26 ff., 102 ff., 211 f.
 – Zielsetzung 21 ff., 211 f.
- Sachliche Marktabgrenzung, *siehe* Marktabgrenzung
- Schiedsverfahren 64 ff.
- Sekundäre Beweislast 192 f., *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- Sekundäre Darlegungslast 189 ff., *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
- Spannungsebenen 129 f.
- Spezialitätsprinzip 26 f., 83 f.
- Tatsächliche Vermutung, *siehe* Vermutung
- Transportnetzbetreiber, *siehe* Transportnetze
- Transportnetze 2, 121 ff., 133 ff., 137 f., 143, 144, 215 f.
- Übertragungsnetzbetreiber, *siehe* Transportnetze
- Übertragungsnetze, *siehe* Transportnetze
- Unbundling, *siehe* Entflechtung
- Unternehmerischer Handlungsspielraum, *siehe* Handlungsspielraum
- Vergleichsmarktkonzept 153 ff.
 – Anwendbarkeit auf regulierten Märkten 158 ff.
 – Anwendbarkeit bei Monopolmärkten 157 f.
 – Auswahl der Vergleichsunternehmen 160 ff.
 – Geographisches ~ 156 ff.
 – Sachliches ~ 153 f.
 – Zeitliches ~ 154 ff.
- Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht 79 ff.
 – Anwendungsvorrang des Sekundärrechts 79 ff.
 – Geltungsvorrang des Primärrechts 79 f.
 – Konkretisierung des Primärrechts 85 ff.
 – Spezialität des Sekundärrechts 83 f.
- Verhinderung der Aufgabenerfüllung 223
- Vermutung
 – *siehe auch* Darlegungs- und Beweislastverteilung
 – Gesetzliche ~ 185 f.
 – Tatsächliche ~ 188 f.
- Verteilernetzbetreiber, *siehe* Verteilernetze
- Verteilernetze 2, 142 f., 145 f., 216 ff.
- Vorrang des Europarechts 73 ff.

Wesentlicher Teil des Binnenmarktes
138 ff.

Zeitliches Vergleichsmarktkonzept,
siehe Vergleichsmarktkonzept

Zugangsverweigerung 207 f.,
217 f.

Zwischenstaatlichkeitsklausel
213 ff.