

I. ABHANDLUNGEN

Christian Koenig / Jürgen Kühling / Kay E. Winkler, Bonn

Pflichten zur Veränderung von Netzinfrastrukturen

Eine Analyse der telekommunikations- und energierechtlichen Netzzugangsrechte

Das Bestehen und der Umfang einer Pflicht des Netzbetreibers, seine Netzinfrastruktur den Bedürfnissen der Zugangsberechtigten anzupassen, sind in allen Netzwirtschaften unstritten. Derartige Pflichten können sich beispielsweise auf den Einbau eines Messgerätes, den Ausbau der Kapazität von Interconnectoren in der Energiewirtschaft oder die Einrichtung weiterer Interconnection-Anschlüsse in der Telekommunikationswirtschaft beziehen. Die Ausbildung einer Dogmatik der Veränderungspflichten ist angesichts der erheblichen Bedeutung jener Verpflichtungen für die Zukunft der Netzwirtschaftsregulierung unabdingbar. Ausgangspunkt ist dabei die bislang recht heterogene Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden und Gerichte. Die Autoren leiten unter Einbeziehung dieser Praxis und auf Grundlage der sektorspezifischen Netzzugangsrechte der Telekommunikations- und Elektrizitätsordnungen eine netzwirtschaftsübergreifende Begründung von Veränderungspflichten ab. Sie kommen zu dem Schluss, dass die Pflicht zur Anpassung der Netzinfrastruktur konsequenterweise der Verpflichtung zur Zugangsgewährung folgt und ihr Umfang im Rahmen einer Abwägung der Interessen des Zugangsberechtigten und des Zugangsverpflichteten zu ermitteln ist.

1. Einleitung

Bei oberflächlicher Betrachtung scheint es unangemessen, den Betreibern von Netzinfrastrukturen nicht nur die Verpflichtung aufzuerlegen, Wettbewerbern Zugang zu ihren Netzen zu verschaffen, sondern darüber hinaus auch noch von ihnen zu verlangen, ihre Netze den Wünschen der zugangsberechtigten Wettbewerber gemäß anzupassen. Deshalb wird die Pflicht zur Veränderung der Netzinfrastruktur auch weitgehend abgelehnt. Meist wird vorschnell auf das Eigentumsrecht des Netzbetreibers verwiesen¹⁾ ohne zu beachten, dass Veränderungspflichten mit der Zugangsgewährung in unmittelbarem Zusammenhang stehen können. Entgegen der restriktiven Literaturmeinung gibt es aber in der Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)²⁾ sowie der zuständigen Gerichte sowohl im Telekommunikationsrecht als auch im Energierecht Fälle, in denen derartige Pflichten – zumindest implizit – aufgelegt wurden. Aufgrund ihrer Tragweite für Netzbetreiber ist eine dogmatische Fundierung der Veränderungspflichten unabdingbar. Dabei stellen die Veränderungspflichten wie die Zugangsrechte selbst ein in allen Netzwirtschaften gleichermäßen anzutreffendes Problem dar. Dies hat nicht zuletzt der Puttgarden-Beschluss des Bundeskartellamtes gezeigt, der das Problem für Verkehrsinfrastrukturen un-

Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, die Autoren Kühling und Winkler sind dort wissenschaftliche Mitarbeiter.

1) So in Bezug auf das Energierecht *Papier*, Die Regelung von Durchleitungsrechten, 1997, S. 37; *Schmidt-Pregf*, Die Gewährung des Privateigentums durch Art. 14 GG im Lichte aktueller Probleme, AG 1996 S. 1 (8); *ders.*, Verfassungskonflikte um die Durchleitung? – Zum Streitstand nach dem VNG-Beschluss des BGH, RdE 1996 S. 1 (5); zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB *Leo*, in: *Hoitz* (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl. 2001, § 19 GWB, Rdn. 2366.

ter Beachtung des allgemeinen Kartellrechts behandelt²⁾. Daher liegt eine netzwirtschaftsübergreifende Analyse nahe. Da die Diskussion im telekommunikations- und elektrizitätsrechtlichen Bereich am weitesten fortgeschritten ist, wird die Frage der Veränderungspflicht im Folgenden in diesen Rechtsgebieten beispielhaft untersucht. Es werden die Gemeinsamkeiten in der Anwendung von Veränderungspflichten herausgearbeitet und ihre Voraussetzungen identifiziert. Zu diesem Zweck werden nach einer begrifflichen Vorklärung und Kategorisierung der verschiedenen Veränderungskonstellationen (II.) die Behandlung von Veränderungspflichten im Bereich des Telekommunikationsrechts (III.) und der Elektrizitätsordnung (IV.) untersucht und bewertet.

II. Veränderungsbedarf durch Netzzugang

Die Mitbenutzung von Netzinfrastrukturen ist für Wettbewerber auf vor- oder nachgelagerten Märkten häufig unumgänglich, da Netze regelmäßig nicht ohne weiteres in wirtschaftlich sinnvoller Weise dupliziert werden können, aber eine für das Angebot der Leistung notwendige Vorleistung darstellen³⁾. Aufgrund ihres monopolistischen Engpasscharakters sind Netzinfrastrukturen zugleich als zentrale faktische Marktzutrittschranken für einen Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu qualifizieren. Durch die Verpflichtung zur Zugangsgewährung soll der Markteintritt für die von Netzinfrastrukturen abhängigen Wettbewerber ermöglicht werden, so dass ein Wettbewerb „im Netz“, also ein Wettbewerb der Diensteanbieter (Telekommunikationsdienstleistungen, Energieversorgung etc.) entstehen kann⁴⁾.

1. Umfang der Zugangsgewährungsverpflichtung

Die Pflicht zur Zugangsgewährung hat mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB⁵⁾ explizit Eingang in das Kartellrecht gefunden und ist daneben zentraler Bestandteil der sektorspezifischen Regulierung der Netzwirtschaften, etwa in § 35 Telekommunikationsgesetz (TKG), § 28 Postgesetz, § 14 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz und § 6 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Eine Pflicht zur Schaffung von Zugang besteht grundsätzlich nur im Hinblick auf bestehende Netze. Das legt bereits der Begriff des „Zugangs“ und der vergleichbaren Termini wie „Durchleitung“ nahe. Es kann kein Zugang zu etwas bzw. keine Durchleitung durch etwas verlangt werden, das nicht existiert. Daraus folgt auch, dass sich der Zugangsbegrenzende prinzipiell mit den bestehenden Eigenschaften des Netzes abfinden muss. Eine Anpassung des Netzes nach seinen Wünschen kann er grundsätzlich nicht verlangen.

2. Veränderungsbedarf

Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen der zugangsberechtigte aufgrund der technischen Gestaltung bestimmter Netzelemente nicht in den Genuss aller

2) Bkarta, Beschluss v. 21. 12. 1999, B9-63220-T-199/97 und T-16/98, Puttgarden, WuWiW DE-V. S. 253. Hier hatte das Bkarta bekanntlich dem Haltenalagebetreiber aufgegeben, die erforderlichen Vorkehrungen einschließlich der notwendigen Umbaumaßnahmen zur Mitbenutzung des Fährhälfens Puttgarden vorzunehmen. Zur Erfüllung des Bestimmtheitsgebots: BGH-Beschluss v. 24. 9. 2002 KVR 15/01, Puttgarden, WuWiW DE-R 977, vgl. *Hans*, NWZ 2002, S. 432 (432 ff.).

3) Dazu etwa *Krieps*, in: *ders./Brunekreeft* (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb, Netzsektoren in Deutschland, 2000, S. 7 (16 ff.).

4) *Scholz*, Der Zugang zum „blanken Drehl“ im Telekommunikationsrecht: Wettbewerb im Netz oder Wettbewerb zwischen Netzen?, 2001, S. 7. Dies bleibt solange von entscheidender Bedeutung, wie kein funktionsfähiger Wettbewerb der Netze (d. h. in Bezug auf das Ortsnetz in der Telekommunikation etwa alternative Anschlusstechnologien wie Kabel, Richtfunk etc.) existiert; zum Zusammenhang von Netzettbewerb und Dienstewettbewerb *Koenig/Vogelsang/Kühling/Lorz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 106 ff.

5) Für Veränderungspflichten auf der Grundlage der allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen siehe insb. den bereits in Fn. 2 zitierten Puttgarden-Beschluss des Bkarta; siehe umfassend auch *Hohmann*, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, S. 291 ff.

vorhandenen Fähigkeiten des Netzes kommen kann. Dies kann insbesondere vor- kommen, wenn die Verbindungsstelle zum Netz nicht die erforderliche Kapazität aufweist, um die gesamte Leistung des Zugangsgehenden in das Netz zu über- tragen. Zwar würde die Kapazität des Netzes insgesamt dafür ausreichen, die Ver- bindungsstelle (etwa Interkonnektoren in der Stromwirtschaft) verhindert aber durch ihre geringe Dimensionierung den vollen Zugang zu dieser Kapazität. Da- neben kann der Zugang in qualitativer Hinsicht eingeschränkt sein. Wenn bei- spielsweise das Netz zwar grundsätzlich den Transport einer bestimmten Lei- stung ermöglicht, kommt es dennoch vor, dass der Zugangsberechtigte aufgrund der Ausgestaltung des Netzes diese Möglichkeit nicht wahrnehmen kann. Das Netz ist nämlich regelmäßig nur auf die Bedürfnisse des vertikal integrierten Netzbetreibers ausgerichtet und der Zugang von Wettbewerbern nicht von vorn- herein eingeplant. Faktisch verliert in diesen Fällen die Zugangsgewährungs- pflicht an Wert oder wird sogar ganz bedeutungslos. Damit hätte es der Netz- betreiber in der Hand, durch eine entsprechende Gestaltung der Netzinfrastruk- tur einen für die Schaffung von Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erforderlichen Zugang zumindest partiell zu vereiteln. Deshalb können für einen erfolgreichen Zugang unter Umständen Veränderungen am Netz erforder- lich werden. Wie weit die Verpflichtung zur Veränderung des Netzes geht, ist durch eine Auslegung der Zugangsregeln zu ermitteln. Die Veränderungsspflicht stellt demnach grundsätzlich keine eigenständige Verpflichtung dar, sondern lei- tet sich mittelbar aus den Zugangsnormen ab.

3. Veränderungskonstellationen: Anbau, Ausbau, Umbau, Neubau

In der bisherigen Gesetzes- und Rechtsprechungspraxis haben sich noch keine klaren Begriffe zur Bezeichnung der verschiedenen Veränderungskonstellationen herauskristalliert. Daher ist vor der Analyse der einzelnen Zugangsnormen eine begriffliche Systematisierung erforderlich. Die im Folgenden behandelten Kon- stellationen lassen sich ganz allgemein mit dem Terminus „Veränderung“ der Netzinfrastruktur als Oberbegriff beschreiben. Eine Veränderung meint jeden Eingriff in die Beschaffenheit des Netzes. Sie kann verhältnismäßig geringfügig ausfallen, wie das Umstecken eines Kabels oder der Austausch einer Leiterplatte. Die stärkste Veränderung ist die komplette Neuerrichtung einer Netzinfrastruk- tur. Die hier vorgeschlagene begriffliche Einordnung in die Kategorien „Anbau, Ausbau, Umbau, Neubau“ ist keinesfalls zwingend. Dasselben Begriffe werden teilweise anders verwendet, teilweise werden andere Begriffe zur Umschreibung desselben Phänomens herangezogen (z. B. ist von Erweiterung⁶⁾, Umrüstung⁷⁾ oder Anpassung⁸⁾ die Rede). Es zeigt sich auch, dass scharf umrissene Definitio- nen nicht möglich sind und es zwangsläufig zu Überschneidungen zwischen den einzelnen Veränderungskategorien kommt. Dennoch erleichtert das begriffliche Gerüst die juristische Analyse.

Ein Anbau wird erforderlich, wenn keine Verbindung zum Netz besteht. Er ist notwendig Bestandteil des Zugangs, da ohne diese Veränderung kein Anschluss hergestellt werden kann. Damit ist der Anbau das Mittel, mit dem der Zugang technisch umgesetzt wird. Durch den Anbau werden die Möglichkeiten des Zu- gangs weder quantitativ noch qualitativ erweitert, sondern dieser überhaupt erst bewerkstelligt. Der Anbau ist damit begrifflicher Bestandteil des Zugangskon- zepts.

Von einem Ausbau wird im Folgenden die Rede sein, wenn Veränderungen not- wendig sind, weil das Netz oder bestimmte Netzelemente bereits ausgelastet sind. Dies ist immer der Fall, wenn ein Kapazitätsengpass herrscht, also das Netz zu ge-

ring dimensionierte Verbindungsstellen, Leitungen oder sonstige Netzelemente aufweist. Der Ausbau schafft in quantitativer Hinsicht erweiterte Zugangsmög- lichkeiten und ist damit eine weitgehende Ableitung aus der Verpflichtung zur Zugangsgewährung als der Anbau. So sind zum Beispiel die Übertragungskapazi- täten zwischen den nationalen Stromnetzen oftmals unzureichend⁹⁾. Soll in ein benachbartes Elektrizitätsnetz mehr Strom als vorgesehen eingespeist werden, so kann ein Ausbau von Interkonnektoren notwendig werden¹⁰⁾.

Ähnlich wie der Ausbau wird ein Umbau nötig, wenn das Netz technisch nicht auf den Zugang vorbereitet ist. Ziel des Umbaus ist die Anpassung des Netzes an die qualitativen Voraussetzungen für den Zugang. Beispielsweise besteht im Tele- kommunikationsrecht gem. den §§ 33, 35 TKG, § 2 der Netzanschlussverordnung (NZV)¹¹⁾ und Art. 3 der gemeinschaftsrechtlichen Teilnehmeranschluss-Verord- nung¹²⁾ der Anspruch auf entbundelten Zugang zur Teilnehmeranschlusslei- tung¹³⁾. Dieser könnte unter Umständen dadurch vereitelt sein, dass zur Entbün- delung der Leistungen eine Veränderung von Netzelementen erforderlich ist. Folglich kann eine Veränderungsverpflichtung sich auch nur mittelbar daraus er- geben, dass dem Netzbetreiber eine Verpflichtung auferlegt wird, die die Ver- änderung des Netzes voraussetzt.

Der Neubau verlangt im Gegensatz zu Anbau, Ausbau und Umbau eine Verände- rung des Netzes, die dessen Charakter, Ausdehnung oder Funktionsweise grund- sätzlich ändert. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine völlig neuartige Funk- tionalität geschaffen wird, die das bestehende Netz bislang noch nicht gewährte und dafür eine grundlegende Wesensänderung des Netzes erforderlich ist. Ein Neubau stellt beispielsweise die Ersetzung der Kupferdoppelader durch Glasfa- serkabel im Bereich der Festnetztelefonie dar. Eine Verpflichtung zum Neubau lässt sich regelmäßig nicht aus einer Zugangsgewährungsverpflichtung ableiten¹⁴⁾.

III. Veränderungs Pflichten in der Telekommunikationsordnung

Im Rahmen der Erfüllung der Zugangsverpflichtungen aus den §§ 33 und 35 TKG kann ein Bedarf zur Veränderung der Netzinfrastruktur entstehen. Um dem Be- gehen nach Zugang Rechnung zu tragen, kann ein Anbau, Ausbau oder Umbau des Netzes notwendig werden. Eine explizite Fixierung der Veränderungs pflich- ten für Netzbetreiber existiert nicht. Folglich kann eine Veränderungsverpflicht al- lenfalls aus den Zugangsnormen abgeleitet werden, insbesondere wenn der von der Norm gewollte Zugang ohne die Veränderung schlicht nicht möglich wäre.

1. Verpflichtung zum Anbau

Dies trifft für die Verpflichtung zum Anbau ohne weiteres zu. Eine implizite Ver- änderungspflicht ist in den Fällen des Anbaus immer gegeben, da dieser nach obiger Definition gerade solche Maßnahmen umfasst, die für die Verwirklichung des Zugangs regelmäßig zwingend erforderlich sind. Der Anbau ist ein vergleichsweise geringfügiger Eingriff in die Beschaffenheit des Netzes, da die Netzinfrastruk- tur weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht verändert wird. Dies ge-

9) Vgl. *Heinrich/Fritz/Zimmer/von Sengbusch/Kopp/Il.*, ET 2002 S. 232 (32) ff.).

10) So hat etwa die Kommission zur Vermeidung wettbewerblicher Nachteile der Fusion VEBAWIAG den Unter- nehmen zur Auflage gemacht, Kapazitäten der Interkonnektoren zwischen Deutschland und Dänemark für Wettbewerber freizugeben, Kommission, Entscheidung v. 13.6.2000, COMP/PM.1673 (VEBAWIAG – eon), ABIEG 2001 Nr. 1, ZfE. 247.

11) Verordnung über besondere Netzansätze (Netzanschlussverordnung) v. 23. 10. 1996, BGBl. I 1996 S. 1568.

12) Verordnung Nr. 2887/2000 vom 18. 12. 2000 über den entbundelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABIEG 2000 Nr. 1, 336 S. 4.

13) Siehe dazu zuletzt BVerwG-Urteil v. 25. 4. 2001, 6 C 6/00, MMR 2001 S. 661 (681) ff.), hinsichtlich der Zu- gangsentgelte zur T-AL s. *Klatz/Delgado/Fehrenholz* (erscheint im nächsten Heft).

14) Gleichwohl sind Fälle denkbar, in denen aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung bei der Netzansatz- gewährung etwa ein § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG die Verpflichtung zum Neubau begründet werden kann. Merks Problem liegt jedoch außerhalb dieser Abhandlung.

6) Begründung des Gesetzentwurfs zum EEG, BT-Drucks. 14/2776, S. 24, zu § 10 Abs. 2.

7) RegTP, Beschluss v. 30. 10. 2001, 4c-01-028 (COLIT/DTAC), MMR 2002 S. 271 (273).

8) OVG Münster, Beschluss v. 3. 5. 2001, 13 B 69/01, K&R 2001 S. 424 (428) = MMR 2001 S. 548 (551).

schiebt beispielsweise durch Anschließen entsprechender Verbindungskabel in einer Vermittlungsstelle bzw. einem Konzentrator. Zuvor kann es notwendig sein, die Zusammenschaltungsstandorte mit Interconnect-Anschlüssen (ICA's) umzurüsten¹⁵⁾. Die grundsätzliche Pflicht zur Vornahme von Anbaumaßnahmen besteht im Telekommunikationsrecht als „Kern“¹⁶⁾ der Zugangsverpflichtung.

2. Entscheidungspraxis zu Umbauverpflichtungen

Hinsichtlich des Umbaus zeichnet sich in der bisherigen Rechtspraxis die grundsätzliche Anerkennung einer Veränderungsverpflichtung des Netzbetreibers ab, deren Umfang im Rahmen einer Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ermitteln ist. Auf Umbaumaßnahmen i. S. von qualitativen Veränderungen der Netzinfrastruktur beziehen sich etwa die Entscheidungen zum Element Based Charging (EBC), die sich mit mittelbaren Umbauverpflichtungen beschäftigen. EBC ist ein Kostenmodell, das Entgelte für Zusammenschaltungen nicht mehr entfernungsabhängig gestaltet, sondern die Anzahl der jeweils in Anspruch genommenen Netzelemente (Vermittlungsdurchläufe) zugrunde legt¹⁷⁾. Durch diese Abrechnungsweise kann der Netzbetreiber nicht die Kosten für die gesamte aufgebaute Netzstruktur in Ansatz bringen, sondern nur diejenigen, die theoretisch bei einer vergleichsweise günstigen Beschaffenheit des Netzes entstehen würden. Das EBC setzt damit Anreize zur effizienten Gestaltung des Netzes, die sich als faktischer, mittelbarer Zwang zu entsprechenden Netzanpassungen auswirken können.

Davon geht auch das OVG Münster aus: Das Gericht führt aus, dass die Verpflichtung zu diesem Kostenmodell gleichzeitig eine mittelbare Umbauverpflichtung bedeuten, da der Netzbetreiber auf lange Sicht gesehen sein Netz entsprechend umgestalten muss. Denn nur so könne er verhindern, durch bestimmte Netzelemente, die er aufgrund ihrer ineffizienten Struktur bei der Entgeltberechnung nicht berücksichtigt darf, auf Dauer Verluste einzufahren¹⁸⁾. In der Entscheidung kommt zum Ausdruck, dass die Verpflichtung zum Umbau aufgrund einer Zusammenschaltung nicht immer ausgeschlossen sein muss. Das OVG Münster stellt zwar fest, dass die Heranziehung des hypothetischen Kostenmodells „unverhältnismäßig schwer in Grundrechtlich geschützte Positionen des betroffenen Unternehmens“ eingreife. Aufgrund des mittelbaren Zwangs zur Anpassung des Telekommunikationsnetzes müsse der Netzbetreiber Investitionen tätigen, die er nicht mehr amortisieren könne, wodurch „eine gewisse schlechtere Vermögensauszucht des Unternehmens nicht auszuschließen“ sei¹⁹⁾. Das Gericht gibt jedoch zu erkennen, dass nicht schon jede durch eine Zusammenschaltung veranlasste Verpflichtung zur Veränderung des Netzes von vornherein auszuschließen ist. Vielmehr kommt es auf die Umstände an – wie hier die wirtschaftliche Unzumutbarkeit. Ferner war für das OVG Münster maßgebend, dass die von dem Netzbetreiber gewählte Netzkonfiguration als eine „fachlich gut vertretbare Philosophie“ anzusehen war²⁰⁾.

Auch in seiner jüngsten Entscheidung zum EBC²¹⁾ im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG hat das OVG Münster eine Umbauverpflichtung nicht grundsätzlich abgelehnt. Bedenken gegen eine Zusammenschaltungsanordnung würde das OVG Münster allerdings sehen, wenn der Netzbet-

ber „zu unzumutbaren kostenintensiven Veränderungen in [seinem] Ist-Netz“²²⁾ verpflichtet würde. Diese Formulierung deutet wiederum auf ein Abwägungserfordernis im Rahmen einer Zumutbarkeitsprüfung hin. Genauer bleibt jedoch offen²³⁾, da solche Veränderungen in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt gerade nicht vom Netzbetreiber verlangt worden waren.

Auch die RegTP hält Umbaupflichten für denkbar. Im Rahmen der Zusammenschaltungsanordnung COLT/DTAG²⁴⁾, die zu den EBC-Entscheidungen gehört, ordnete die RegTP die Bereitstellung neuer Zusammenschaltungsstandorte an. Der Netzbetreiber musste diese mit ICA's ausrüsten. Dies stellt nicht allein eine Anbaumaßnahme dar, sondern enthält auch Elemente eines Umbaus im obigen Sinne, da die Netzstruktur qualitativ verändert wird. In der Sache ging es um eine Anpassung der Netzkonfiguration des zugangsverpflichteten Unternehmens (Deutsche Telekom AG – DTAG) an diejenige des zugangsbegehrenden Unternehmens (COLT) im Fall einer Zusammenschaltung. Denn die DTAG weist eine vierstufige Netzstruktur auf, während die übrigen Wettbewerber über eine einfachere, teils sogar nur einstufige Netzstruktur verfügen²⁵⁾. Die Frage der Qualifikation der Anordnung der RegTP als reine Anbauverpflichtung oder als Verpflichtung auch zur Durchführung von Umbaumaßnahmen zeigt einerseits, wie schwierig die Abgrenzung der oben definierten Begriffe ist, und andererseits, dass es für eine Veränderungsverpflichtung nicht entscheidend auf die Einordnung der vorzunehmenden Umgestaltung, sondern nur auf deren Ausmaß ankommen kann.

In einer Entscheidung zur „Persönlichen Rufnummer – 0700“ hat die RegTP gleichermaßen eine Umbaupflicht angenommen²⁶⁾. Das Telekommunikationsnetz des zusammenschaltungspflichtigen Netzbetreibers unterstütze die Terminierung von 0700-Nummern nicht, so dass für die Zusammenschaltung Veränderungen an der Netzstruktur vorzunehmen waren. Diese stellen eine qualitative Änderung des Netzes dar, da durch sie eine neue Leistung ermöglicht wird. Nach dem oben definierten Sprachgebrauch ist dies deshalb als Umbau zu bezeichnen. Die RegTP führt aus: „Der Aufbau der 0700-Plattform verändert die Netzstruktur [des Netzbetreibers] nicht grundsätzlich, die Funktionalität wird lediglich in der von [dem Netzbetreiber] ausdrücklich vorgesehenen Struktur erweitert. Diese Erweiterung ist auch zwingend erforderlich, damit die von der Regulierungsbehörde vergebenen Nummern auch von den Nutzern verwendet werden können.“ Zur Begründung verwies die RegTP auch auf § 9 Abs. 5 NZV, der eine Befolgung der Zusammenschaltungsanordnung innerhalb von drei Monaten vorsteht, „es sei denn, dass dies aus technischen Gründen objektiv nicht möglich ist“. Daraus folgt die RegTP, dass Veränderungspflichten zur Durchführung der Zusammenschaltung impliziert seien, da nur diese derartige Verzögerungen zu begründen vermögen. Danach geht die RegTP zutreffend davon aus, dass auch den Zugangsregeln in §§ 35 ff. TKG i. V. mit der NZV unter Beachtung einer Abwägung der widerstrebenden Interessen entsprechende Pflichten entnommen werden können. Denn andernfalls könnten Zugangsansprüche in einer Vielzahl von Fällen faktisch nicht durchgesetzt werden, da sie an den bestehenden Netzstrukturen scheitern würden. Die Anpassung des Netzes an die Erfordernisse der Wettbewerber ist deshalb häufig notwendig, um den Eintritt neuer Marktteilnehmer überhaupt zu ermöglichen. Wie die 0700-Entscheidung zeigt, kann die einseitige auf den Netzbetreiber ausgerichtete Netzinfrastruktur eine Marktzutrittschranke darstellen.

15) Vgl. RegTP, Beschluss v. 30.10.2001, 4c-01-028 (COLT/DTAG), MMR 2002 S. 271 (273); vgl. auch Pieperbrock, in: Büchtemer u. a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 37, Rdn. 6.
16) Vgl. VG Köln, Beschluss v. 24.1.2002, 11.257/01 (EBC II – COLT), MMR 2002 S. 266 (267).
17) Dazu Koening/Bronn, Element Based Charging Ante Poras: Die Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte am Schandeweg, MMR 2001 S. 563 (563 ff.).

18) OVG Münster, Beschluss v. 3.5.2001, 13 B 69/01 (EBC II), MMR 2001 S. 548 (551).

19) OVG Münster, Beschluss v. 3.5.2001, 13 B 69/01 (EBC II), MMR 2001 S. 548 (551).

20) OVG Münster, Beschluss v. 3.5.2001, 13 B 69/01 (EBC II), MMR 2001 S. 548 (551), kritisch zu der Argumentation des OVG Münster, dass den Beurteilungsspielraum der RegTP bei der Ermittlung der Kosten der öffentlichen Leistungsbereitstellung einer Telekommunikations-Dienstleistung offensichtlich zu einem Beurteilungsspielraum des Unternehmens bei der Netzkonzeption verkehrt, Koening/Bronn, MMR 2001 S. 563 (566).

21) OVG Münster, Beschluss v. 8.5.2002, 13 B 307/02 (EBC II), MMR 2002 S. 586.

22) OVG Münster, Beschluss v. 8.5.2002, 13 B 307/02 (EBC II), MMR 2002 S. 586.
23) Gerade die folgenden Ausführungen des Gerichts (S. 567) zur Kapazitätserschöpfung und zur Verneinung einer Ausbaupflicht können jedoch auch so verstanden werden, dass eine Umbaupflicht grundsätzlich aus-scheidet, vgl. unten 3.

24) RegTP, Beschluss v. 30.10.2001, 4c-01-028 (COLT/DTAG), MMR 2002 S. 271.
25) Dazu Neumann/Reyn, Anmerkung zum Beschluss der RegTP v. 30.10.2001, 4c-01-028 (COLT/DTAG), MMR 2002 S. 274 (276).

26) RegTP, Beschluss v. 14.8.1998, 4-98-019 (0700), n. v. S. 8 des Urdrucks.

len, die der Netzbetreiber durch Veränderungen zu beseitigen hat. Ihre Grenze findet die Veränderungspflicht im Neubau als „grundsätzliche Änderung des Netzes und seiner Funktionalitäten“²⁷⁾. Ein Anspruch auf Neubau ist aus den Zugangsnormen grundsätzlich nicht ableitbar.

3. Entscheidungspraxis zu Ausbaupflichtungen

Während die dargelegte Entscheidungspraxis so zu verstehen ist, dass Umbaupflichten grundsätzlich auferlegt werden können, ist die Rechtsanwendung bezüglich des Ausbaus unstrittig. Im Rahmen der Zusammenschaltung können Probleme bezogen auf die quantitativen Eigenschaften von Telekommunikationsnetzen bestehen. Seitens des zusammenschaltungspflichtigen Netzbetreibers werden häufig Kapazitätsgengässe an den von der Zusammenschaltung betroffenen Netzstellen als Zugangsverweigerungsgrund angeführt. Solche Engpässe entstehen insbesondere aufgrund der ursprünglichen Ausrichtung des Netzes allein auf die Zwecke des Netzbetreibers. Das Problem wird im Zusammenhang mit der äußerst umstrittenen Behandlung der sogenannten „atypischen Verkehrs“ besonders deutlich. Das Ortsnetz der DTAG ist grundsätzlich nicht mit Blick auf die Aufnahme und Weiterleitung des Verkehrs der Konkurrenten errichtet worden. Betreiben die Wettbewerber nur kleine Netze mit wenigen Zusammenschaltungspunkten mit dem Netz des Marktherrschers, führt dies zu einer Verkehrskonzentration in Netzbereichen, die für derartige Kapazitäten nicht ausgelegt sind. Dies kann Kapazitätsgengässe bedingen, die sich durch so genannte Besetzfälle bemerkbar machen, in denen also keine Verbindung hergestellt werden konnte²⁸⁾. Neben dem Ausbau der Leitungskapazität kommt zur Beseitigung dieses Problems die Erhöhung der Anzahl der Zusammenschaltungspunkte in Betracht. In der bisherigen Praxis hat die DTAG die Wettbewerber verpflichtet, sofern derartige atypische Verkehrs (ab einem genau festgelegten Schwellenwert) auftreten, die Anzahl der Zusammenschaltungspunkte zu erhöhen (so genannte Migrationsregel). Die RegTP ging im EconoPhone-Beschluss grundsätzlich davon aus, dass Netzbetreiber in derartigen Konstellationen verpflichtet sein können, vorhandene Netzstrukturen auszubauen und insbesondere die Netzkapazitäten zu erweitern: „Denn eine Zusammenschaltung [...] ist nur durchführbar, wenn das Netz die entsprechenden technischen Voraussetzungen vorliegt. Soweit diese nicht vorhanden sind, müssen die Zusammenschaltungspartner insofern Veränderungen in ihrem Netz vorsehen.“²⁹⁾ Im konkreten Fall hielt die RegTP jedoch eine Pflicht der Wettbewerber zur Erhöhung der Anzahl der Zusammenschaltungsstandorte für angemessen.

Dagegen lehnt das OVG Münster eine Ausbaupflichtung des Netzbetreibers aufgrund Kapazitätsmangels grundsätzlich ab. In der bereits erwähnten zweiten ERG-Entscheidung stellte das Gericht lapidar fest, dass der Netzbetreiber bei erreichter Kapazitätsgrenze seines „Isi-Netzes“ zu einem „Neubau zu Gunsten [seiner] Konkurrenten nicht verpflichtet ist“³⁰⁾. Die Ratio der augenscheinlich unterschiedlichen Behandlung von Netzausbau aufgrund neu anzulegender Zusammenschaltungspunkte und Netzausbau aufgrund Kapazitätsmangels erläutert das OVG Münster allerdings nicht näher. Dies zeigt deutlich, dass eine Abgrenzung und Begründung von Veränderungspflichten für die Rechtsanwendung dringend erforderlich ist.

27) RegTP, Beschluss v. 14. 8. 1998, 4-98-019 (0700), n. v., S. 8 des Umdrucks.

28) *Röhl*, Die Regulierung der Zusammenschaltung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Zusammenschaltungsanordnung nach §§ 35, 36, 37 TKG durch die RegTP, 2002, S. 118 f. und *Schuster/Stimmer*, in: *Büchner* n. a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 27 Rdn. 12.

29) RegTP, Beschluss v. 6. 5. 1999, 4c-99-008 (EconoPhone), MMR 1999 S. 430 (433).

30) OVG Münster, Beschluss v. 8. 5. 2002, 13 B 307/02 (BBC II), MMR 2002 S. 566 (567).

4. Abwägungserfordernis

Eine uneinheitliche Behandlung von Umbaupflichten einerseits und Ausbaupflichten andererseits kann keinen Bestand haben. Die Verpflichtung zu beiden Arten von Veränderungen folgt aus den Zugangsnormen. Die Anpassung der einseitig auf den Netzbetreiber zugeschnittenen Netzinfrastruktur an die Erfordernisse der Wettbewerber ist häufig für deren Markteintritt erforderlich. Um die Zugangsverpflichtungen nicht faktisch leer laufen zu lassen, darf die Verpflichtung zu für die Zugangsgewährung notwendigen Veränderungen nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Vielmehr muss es auf eine Abwägung der gegenseitigen Interessen ankommen. Dies ist nicht nur volkswirtschaftlich sinnvoll, da regelmäßig der Netzbetreiber am effektivsten Veränderungen unterhalb der Neubauebene durchführen kann, sondern entspricht zudem sowohl den deutschen als auch den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben:

Der marktbeherrschende Netzbetreiber ist nach § 35 TKG zur Zugangsgewährung verpflichtet. Als ausschließliche Verweigerungsgründe kommen gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 TKG die in Art. 3 Abs. 2 ONP-Richtlinie³¹⁾ aufgezählten Erwägungen in Betracht, namentlich die Sicherheit des Netzbetriebs, die Netzintegrität, die Interoperabilität und der Datenschutz. Weder die Notwendigkeit einer Veränderung in der Netzinfrastruktur noch die wirtschaftliche Unzumutbarkeit sind damit als Verweigerungsgründe erfasst. Daraus könnte sogar zu schließen sein, dass der Netzbetreiber auch dann einen Zugang nicht verweigern darf, wenn dieser wirtschaftlich unzunutbare Veränderungsmaßnahmen zur Folge hätte. Ein solcher Umfang der Ausbau- und Umbaupflichtung ginge jedoch zu weit. So enthält etwa hinsichtlich der Modalitäten der Zusammenschaltungsanordnung § 9 Abs. 4 NZV die Vorgabe, „die Interessen der Nutzer sowie die unternehmenseigene Freiheit jedes Netzbetreibers zur Gestaltung seines Telekommunikationsnetzes zu berücksichtigen.“ Ferner fordert Art. 3 Abs. 2 Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/32) eine „angemessene“ Zusammenschaltung³³⁾. Desgleichen verlangt auch die neue Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vom 7. 3. 2002 in Art. 12 Abs. 2 eine Abwägung unter Beurteilung des angemessenen Verhältnisses einer Zugangsverpflichtung, wobei nach Buchstabe b) insbesondere die verfügbaren Kapazitäten zu berücksichtigen sind³⁴⁾. Der Umfang der Veränderungspflichten ist also im Rahmen eines Abwägungsprozesses zu ermitteln, „der die Interessen der beteiligten Netzbetreiber in einen gerechten Ausgleich bringt.“³⁵⁾ Bei der erforderlichen Abwägung sind beispielsweise Alternativen zu der angestrebten Kapazitätserweiterung zu berücksichtigen, wozu insbesondere Maßnahmen seitens des Zugangspetenten zählen. So hat etwa die RegTP in dem erwähnten EconoPhone-Beschluss dem Netzbetreiber zugunsten der Planungssicherheit eingeräumt, von dem Zugangsberechtigten die Anbindung an einem weiteren Ort zu verlangen, wenn die Anschlüsse ausgelastet sind³⁶⁾.

31) Richtlinie 96/327/EWG v. 28. 6. 1996 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netz Zugangs (Open Network Provision – ONP), ABlEG 1996 Nr. L 192 S. 1, geändert durch Richtlinie 97/51/EG v. 6. 10. 1997, ABlEG 1997 Nr. L 295 S. 23.

32) RL 97/33/EG v. 30. 6. 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABlEG 1997 Nr. L 199 S. 32.

33) Vgl. OVG Münster, Beschluss v. 3. 5. 2001, 13 B 69/01, K&R 2001 S. 424 (427) = MMR 2001 S. 548 (550).

34) Richtlinie 2002/19/EG v. 7. 3. 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABlEG 2002 Nr. L 108 S. 7, vgl. *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 432.

35) VG Köln, Beschluss v. 24. 1. 2002, 1 L 257/01 (BBC II – COLT), MMR 2002 S. 266 (267).

36) RegTP, Beschluss v. 6. 5. 1999, 4c-99-008 (EconoPhone), MMR 1999 S. 430 (433), mit kritischer Anmerkung von *Piepenbrock*, S. 438. Die Migrationsregel ablehnend *Richter*, Migrationspflicht bei Überschreiten des Schwellenwertes von 48,8 Erlang NVWZ/2000 S. 639 sowie *Röhl*, Die Regulierung der Zusammenschaltung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Zusammenschaltungsanordnung nach §§ 35, 36, 37 TKG durch die RegTP, 2002 S. 122 ff., im Anschluss an eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung.

IV. Veränderungspflichten in der Elektrizitätsordnung

Auch im Bereich der Energieversorgung kann ein Zugangsbegehren des Bedürfnis der Veränderung einer Netzinfrastruktur nach sich ziehen. Bislang wird vor allem diskutiert, inwieweit der Ausbau eines Netzes bei Kapazitätsmangel vom Netzbetreiber verlangt werden kann (sogleich 2.). Die zentrale Zugangsregel der Elektrizitätsordnung ist § 6 Abs. 1 S. 1 und 2 EnWG, wonach Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen Zugang zu ihren Netzen für die Durchleitung von Strom zu nicht-diskriminierenden Bedingungen einräumen müssen, sofern ihnen die Durchleitung möglich und zumutbar ist. Unter Durchleitung ist dabei die Einspeisung von Strom an einem Netzpunkt und die zeitgleiche Entnahme an einem anderen, räumlich entfernteren Netzpunkt zu verstehen³⁷⁾. Voraussetzung für die Durchleitung ist der physische Anschluss an das Netz³⁸⁾.

1. Anbaupflicht

Soweit für die Durchleitung ein Anschluss der Leitungen des Zugangsberechtigten an das Netz erforderlich ist, bedeutet dies für den Netzbetreiber, zumindest geringfügige Eingriffe in die Struktur des Netzes vornehmen zu müssen. Diese umfassen die allen Zugangsverschaffungen innewohnenden Anbaumaßnahmen, wie etwa die Herstellung von Kabelverbindungen am Einspeisepunkt. Ebenso kann der Einbau eines Messgerätes³⁹⁾ zur Erfassung der eingespeisten bzw. entnommenen Strommenge notwendig sein. Da der Einbau eines Messgerätes weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht die Leistungsfähigkeit des Netzes verändert, ist er nach obiger Definition als Bestandteil der Anbau-Maßnahmen zu qualifizieren. Dass der Netzbetreiber zu solchen Veränderungen grundsätzlich verpflichtet ist, ergibt sich aus der Natur der Zugangsgewährungspflicht. Denn andernfalls könnte diese faktisch nie realisiert werden, weil eine physische Verbindung mit dem Netz gegen den Willen des Netzbetreibers nicht herzustellen läte. Damit bliebe die Durchleitungspflicht entgegen der gesetzgeberischen Intention auf die Fälle begrenzt, in denen bereits eine physische Verbindung als Zugangsweg zum Netz besteht⁴⁰⁾. Dies würde dem Ziel der Marköffnung widersprechen, das den Zugang zum Netz dem Bau neuer Leitungen vorzieht, soweit dieser wirtschaftlich oder ökologisch unsinnig ist⁴¹⁾.

2. Ausbaupflicht und Unmöglichkeit als relativer Zugangsverweigerungsgrund

Bislang ist vor allem umstritten, ob auch eine Ausbaupflichtung aus dem Zugangsberechtigt nach § 6 EnWG abgeleitet werden kann. Grundsätzlich kann die Erforderlichkeit eines Ausbaus im zwingenden Zusammenhang mit der Zugangsgewährung stehen. Ein Netzausbau wird relevant, wenn die Kapazität des Netzes nicht ausreicht, um die durch den Zugang erhöhte Gesamtmenge an Elektrizität aufzunehmen. Die Auslastung der Kapazität des gesamten Netzes wird zwar selten der Fall sein, da der Zugang weiterer Wettbewerber meistens nur einen Lieferantenwechsel verursacht, der sich regelmäßige Kapazitätsneutral verhält⁴²⁾. Zusätzliche Transitdurchleitungen oder Lastflüssenänderungen können allerdings zu Engpässen führen⁴³⁾. Ein Kapazitätsengpass kann ferner durch zu geringe dimen-

sionierte Interkomponenten (Kuppelstellen) entstehen, die zwei Netze miteinander verbinden⁴⁴⁾. Somit ist zur Ermittlung des Umfangs etwaiger Ausbaupflichten eine Vorlegung der Zugangsnorm erforderlich.

§ 6 Abs. 1 S. 2 EnWG erlaubt dem Netzbetreiber, die Durchleitung bei Unmöglichkeit aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen zu verweigern. Als Begründung der Unmöglichkeit kommen strukturelle Eigenschaften des Netzes in Betracht, die eine Durchleitung technisch verhindern, wie zum Beispiel mangelnde Kapazität an Kuppelstellen. Bei einer Verweigerung aufgrund von Unmöglichkeit muss eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen⁴⁵⁾. § 6 Abs. 1 S. 2 EnWG setzt nämlich bei der Bestimmung der Unmöglichkeit die Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG voraus. Demnach sind für die Frage der Unmöglichkeit die Ziele der Sicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit einzubeziehen⁴⁶⁾. Diese Auffassung fand auch im Gesetzgebungsverfahren ihren Ausdruck. Im Bericht des Wirtschaftsausschusses heißt es: „Betriebsbedingte Gründe betreffen die Netzkapazität sowie die technischen Voraussetzungen für einen störungsfreien Betrieb im Interesse der Versorgungssicherheit. [...] Die betrieblichen und sonstigen Gründe müssen, um die Unzumutbarkeit der Durchleitung im Einzelfall zu rechtfertigen, ein derartiges Gewicht haben, dass ihnen trotz des besonderen Interesses an einer durch Wettbewerb erreichten preisgünstigen Versorgung Vorrang einzuräumen ist.“⁴⁷⁾ Die Unmöglichkeit der Durchleitung ist damit genauso wie die Unzumutbarkeit als relativer Verweigerungsgrund konzipiert⁴⁸⁾. Die Verneinung einer Durchleitungspflicht ohne weitere Abwägung kommt nur dann in Betracht, wenn die Durchleitung aufgrund technischer oder rechtlicher Unmöglichkeit nicht erreicht werden kann. Dies sind Fälle, in denen etwa eine Kapazitätserweiterung technisch nicht realisiert werden kann oder rechtlich nicht durchgeführt werden darf, weil beispielsweise baurechtliche Verbote entgegenstehen. In der Regel ist eine Kapazitätserweiterung jedoch technisch und rechtlich möglich. Deshalb greift der Grundsatz, dass von niemandem eine für diesen unmögliche Leistung verlangt werden darf (*nemo ultra posse obligatur*), bei Kapazitätsengpässen im Ergebnis regelmäßig nicht durch. Die Durchleitung ist zwar nicht sofort möglich, jedoch für die Zukunft herstellbar, so dass sie grundsätzlich auch verlangt werden kann⁴⁹⁾. Allerdings ist eine Abwägung der gegenseitigen Interessen im Einzelfall vorzunehmen. Diese Sichtweise passt im Übrigen auch zu dem Unmöglichkeitbegriff, wie er im bürgerlichen Recht verwandt wird. Gem. § 275 Abs. 2 BGB n. F. hat gleichfalls eine Interessenabwägung stattzufinden, soweit der Beschaffungsaufwand in einem Missverhältnis zum Wert der Leistung steht („praktische Unmöglichkeit“)⁵⁰⁾.

44) Dreizehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1999, BT-Drucks: 14/4002 S. 74; Kommission, Bartschewitz v. 13. 6. 2000, CDMF/M.1673 (VEBA/VIAG – e.on), ABEG 2001 Nr. 1 188 S. 1, ZfR 22, 113, 114.

45) Wohl auch *Schulze*, Verpflichtung marktbeherrschender Netzbetreiber zum Netzausbau?, FT 2001 S. 816.

46) *Wolter/v. Kesseler*, Der diskriminierungsfreie Zugang zum Netz: Reichweite des Anspruchs auf Durchleitung (Teil 2), RdE 1999 S. 223 (224).

47) BT-Drucks: 13/9211 S. 24.

48) Dagegen vor allem *Bidenbander*, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, RdE 1999 S. 1 (2), der den Kapazitätsmangel als absoluten Verweigerungsgrund ansieht; für eine objektive Unmöglichkeit ohne Abwägungsfordernis auch *Hornis*, Zur Anwendung der Schutzklauseln für Öko-, KWK- und Braunkohlestrom im Neuregelungsgesetz vom 24. 4. 1998, RdE 1999 S. 165 (167); *Tüngler*, Der Netzzugang in der Elektrizitätswirtschaft auf der Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), 2001, S. 127; ähnlich *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2002, S. 234, der allerdings eine Abwägung zur Feststellung der Unmöglichkeit verlangt.

49) Dagegen *Tüngler*, Der Netzzugang in der Elektrizitätswirtschaft auf der Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes, 2002, S. 132 n. S. 136; *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2002, S. 254, hält eine Unmöglichkeit nicht für gegeben, wenn selbst bei vollständigem Verzicht auf Eigen- und Fremdnutzung eine Befriedigung des Zugangsbegehrens aussichtsreich ist; U. geht er im Rahmen einer Zumutbarkeitprüfung vom Vorrang der Eigennutzung aus, S. 255 ff. m. w. N.

50) *Heinrichs*, in: Gesetz zum Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu *Polandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, Rdn. 22, 23, 26 zu § 275.

37) *Miller*, Handbuch der Elektrizitätswirtschaft, 2. Auflage 2001, S. 77.

38) *Wolter/v. Kesseler*, Der diskriminierungsfreie Zugang zum Netz: Reichweite des Anspruchs auf Durchleitung (Teil 1), RdE 1999 S. 190 (191).

39) Vgl. LG Maaßberg, Urteil v. 14. 4. 2000, 7 O 6/00, RdE 2000 S. 206 (208).

40) Im Ergebnis ebenso *Schulze*, Verpflichtung marktbeherrschender Netzbetreiber zum Netzausbau?, FT 2001 S. 816 (820).

41) Begründung des Gesetzentwurfs zum EnWG, BT-Drucks: 13/7274 S. 10 f.

42) *Tüngler*, Der Netzzugang in der Elektrizitätswirtschaft auf der Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), 2001, S. 12; v. *Wilmowsky*, Die Durchleitung von Elektrizität im deutschen, europäischen und U.S.-amerikanischen Recht, 1998, S. 53.

43) *Bidenbander*, Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft und Eigentumschutz, WuW 2000 S. 119 (122); *Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2002, S. 253.

Ebenso wenig greift der gelegentlich anzutreffende Verweis auf die ausdrückliche Normierung einer Ausbaupflicht in § 3 EEG durch, aus der im Umkehrschluss eine mangelnde Ausbaupflicht im Rahmen der Zugangsregel in § 6 EnWG abgeleitet wird⁵¹). Dieses *argumentum e contrario* geht schon deshalb fehl, weil sich die Pflichten des Netzbetreibers nach § 3 EEG wesentlich von den generellen Pflichten nach § 6 EnWG unterscheiden. § 3 EEG regelt keine Durchleitung, sondern einen Abnahmearrangement. Dem Anlagenbetreiber geht es nämlich nicht um eine Netznutzung. Sein Interesse ist vielmehr auf die Abnahme des Stromes gerichtet, die allerdings technisch eine Verbindung mit dem Netz voraussetzt. Im Gegensatz zum Durchleitungsanspruch verpflichtet § 3 EEG den Netzbetreiber zur Abnahme des gesamten geleiteten Stroms, auch wenn der Energiebedarf bereits anderweitig durch konventionell erzeugten Strom gedeckt ist⁵²). Aufgrund der Unterschiedlichkeit der Konstellationen ist ein „gesetzesübergreifender“ Umkehrschluss nicht anzunehmen.

Schließlich steht das Erfordernis einer Abwägung nicht im Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Zwar scheint auf den ersten Blick Art. 17 Abs. 5 S. 1 Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie (ElTRL) dem Netzbetreiber bei Kapazitätsengpässen eine Verweigerungsmöglichkeit nach seinem Belieben einzuräumen⁵³). Denn nach dieser Bestimmung kann der Netzbetreiber den Zugang verweigern, „wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt.“ Der Verzicht auf eine Abwägung der relevanten Interessen wird aber bei systematischer Auslegung erheblich in Frage gestellt. Insbesondere verlangt Art. 17 Abs. 5 S. 2 ElTRL eine „eingehende“⁵⁴) Begründung der Verweigerung unter Berücksichtigung des Art. 3 ElTRL. Eine Begründungspflicht vor dem Hintergrund der Regulierungsziele ist jedoch gerade dann sinnvoll, wenn die Verweigerung nicht unangreifbar ist. Die Formulierung deutet also darauf hin, dass eine Verweigerung ohne Abwägung nur möglich sein soll, wenn die Kapazität nicht generierbar ist oder eine Ausbaupflicht unverhältnismäßig wäre. Dieses Auslegungsergebnis wird gestützt durch den aktuellen Richtlinienvorschlag der Kommission zur Änderung der Energiebinnenmarktrichtlinien (ElTRL-E)⁵⁵). In der Neufassung wird der dann in Art. 16 Abs. 2 ElTRL-E stehende Verweigerungsgrund wegen Kapazitätsmangels um zwei Sätze erweitert, wonach der Netzbetreiber auf Verlangen Machbarkeits- und Kostentendenzen anzufertigen hat⁵⁶). Auch dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn der Netzbetreiber bei Kapazitätsengpässen einen Ausbau nur verweigern darf, sofern er aufgrund der Machbarkeits- bzw. Kostenstudie nachweist, dass die Kapazitätserweiterung technisch unmöglich oder ihm unzumutbar ist. In dieses Bild passt ferner die Verpflichtung des Übertragungsnetzbetreibers aus Art. 7 Abs. 3 Satz 2 ElTRL, ein „leistungsfähiges Elektrizitätsnetz zu unterhalten“. Ähnlich verpflichtet Art. 10 Abs. 2 ElTRL die Mitgliedstaaten, einen Verteilungsnetzbetreiber zu benennen, der gegebenenfalls auch für „den Ausbau des Verteilersystems in einem bestimmten Gebiet und der Verbindungsleitungen mit anderen Netzen verantwortlich ist“. Damit können dem Netzbetreiber Ausbaupflichten auferlegt werden. Diese Pflichten werden im künftigen Rechtsrahmen nach dem derzeitigen Richtlinien-Entwurf noch verstärkt. So präzisiert Art. 7 Abs. 3 lit. b ElTRL-E mit Blick auf den Übertragungsnetzbetreiber, dass dieser „durch angemessene Über-

51) Schulte, *Verpflichtung marktbeherrschender Netzbetreiber zum Netzausbau?*, ET 2001 S. 816 (820); *Tünger*, *Der Netzzugang in der Elektrizitätswirtschaft auf der Grundlage des Energiewirtschaftsgesetzes*, 2001, S. 129.

52) Begründung des Gesetzentwurfs zum EEG, BT-Drucks. 14/2276 S. 22, zu § 3.

53) So etwa *Schulz-Jander*, *Das gesetzliche Durchleitungsgebot im energierechtlichen und telekommunikativen Bereich*, 2001, S. 75.

54) Vgl. englische Fassung „*duly substantiated reasons*“ sowie neuer Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 im geänderten Vorschlag der Änderungsrichtlinie zur Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie v. 7. 6. 2002, KOM(2002) 304.

55) Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt v. 7. 6. 2002, KOM(2002) 304.

56) Vgl. Begründung des geänderten Vorschlags zur Änderungsrichtlinie v. 7. 6. 2002, KOM(2002) 304, S. 10.

tragungskapazitäten [...] zur Versorgungssicherheit beizutragen“ hat. Art. 8 Abs. 5 ElTRL-E räumt schließlich den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, den Übertragungsnetzbetreibern beim Ausbau der Netze die Einhaltung bestimmter Mindeststandards aufzuerlegen. Im ursprünglichen Kommissionsvorschlag⁵⁷) war insoweit noch deutlicher von Mindestinvestitionen die Rede. Da im EnWG keine anderweitigen Instrumente zur Gewährleistung ausreichender Übertragungs- und Verteilungskapazitäten vorgesehen sind, spricht eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der Zugangsbestimmung des § 6 EnWG – am Maßstab der gegenwärtig geltenden Richtlinienbestimmungen – durchaus dafür, den Kapazitätsengpass nicht als absoluten Verweigerungsgrund anzuerkennen, sondern insoweit eine Abwägung zu verlangen. So wird der Beitrag der Netzbetreiber zur Versorgungssicherheit im Rahmen der Auslegung des § 6 EnWG eingefordert⁵⁸) und im Ergebnis der in den zitierten Richtlinienbestimmungen zum Ausdruck gebrachte Zweck einer Versorgungssicherheit mit wirksamen Mitteln verfolgt⁵⁹). Demnach können Zugangsansprüche Ausbau- und Investitionsverpflichtungen der Netzbetreiber auslösen.

3. Pflicht zum Umbau

Die hier angeführten Überlegungen zur Begründung einer Ausbaupflicht lassen sich auf die Verpflichtung zum Umbau erstrecken. Die Notwendigkeit eines Umbaus ist beispielsweise gegeben, wenn der Spannungsschutz eines Transformators so ausgelegt ist, dass die Stromeinpeisung zu oft abgeschaltet wird⁶⁰). Auch insoweit ist die Unmöglichkeit der Durchleitung wegen technischer Spezifikation des Netzes oder bestimmter Netzkomponenten kein absoluter Versagungsgrund.

4. Abwägungserfordernis

Folglich greift die pauschale Verweigerung einer Erweiterung der Netzkapazität mit Hinweis auf die Unmöglichkeit der Durchleitung ohne Strukturveränderung nicht durch. Vielmehr sind Ausbau- und Umbaupflichten insbesondere im Hinblick auf das Ziel der Preisgünstigkeit unter Abwägung aller Gesichtspunkte zu beurteilen und zumindest als *ultima ratio*⁶¹) zu betonen. Demnach scheidet eine Durchleitungspflicht unabhängig von der Kostentragungspflicht immer dann, wenn die erforderlichen Investitionen für den Aus- oder Umbau unverhältnismäßig sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Investitionskosten nicht mittels langfristiger geringerer Energiepreise wieder ausgeglichen werden. Des Weiteren ist zu prüfen, inwieweit dem Netzzugangsbegehren durch Maßnahmen zumindest teilweise entsprochen werden kann, die im Vergleich zum begeherten Aus- oder Umbau weniger eingreifend sind. Im Fall des Ausbaus ist insbesondere an die Möglichkeit einer Repartierung zu denken⁶²). Wenn dagegen zur Deckung erhöhter Nachfragen der Netzausbau volkswirtschaftlich vorteilhaft ist, was regelmäßig anzunehmen ist, können auch Veränderungspflichten bejaht

57) Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt vom 13.3.2001, KOM(2001) 125.

58) Damit wird in der Sache eine privatrechtlich durchgesetzte Universalienpflicht begründet.

59) Siehe dazu auch *Koenig/Köhling/Rebozo*, *Versorgungssicherheit im Wettbewerb – Ein Vergleich der gemeinschaftsrechtlichen, französischen und deutschen Energierechtsordnungen*, ZNER 2003 (im Erscheinen), III.1.

60) Vgl. LG Krefeld, Urteil vom 19. 4. 2001, 3 O 355/00, ZNER 2001 S. 186, bezogen auf § 3 EEG.

61) So *Theobald/Theobald*, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts: die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft*, 2001, S. 202.

62) Siehe dazu *Kühne*, *Der Netzzugang und seine Verweigerung im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht, Energierecht und Kartellrecht*, RdZ 2000 S. 1 (6); *Theobald/Zenke*, *Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: Eine Rechtsprechungsübersicht*, WiWiW 2001 S. 19 (27).

werden⁶³⁾. Die Übernahme der erforderlichen Ausbaukosten durch den Zugangsberechtigten ist dabei in die Abwägung des Einzelfalls einzustellen⁶⁴⁾.

V. Zusammenfassung

Das Problem der Pflicht zur Veränderung der Netzstruktur ist in allen Netzwerkschaften von erheblicher Bedeutung und bedarf daher der dogmatischen Aufbereitung. Aus der Verpflichtung zur Zugangsgewährung kann sich insbesondere dann eine Veränderungspflicht für den Netzbetreiber ergeben, wenn der Zugang aufgrund der bestehenden Netzstruktur anders nicht durchführbar wäre. Was die verschiedenen Veränderungskonstellationen anbelangt, kann zwischen Anbau, Ausbau, Umbau und Neubau unterschieden werden. Der Anbau schafft die Verbindung zum Netz. Der Ausbau verändert dieses in quantitativer, der Umbau in qualitativer Hinsicht. Deutlich darüber hinaus geht der Neubau, der den Fall einer grundsätzlichen Veränderung des Charakters des Netzes bezeichnet.

Mit Blick auf die untersuchten sektorspezifischen Zugangsnormen des TKG und des EnWG lassen sich gemeinsame dogmatische Grundstrukturen herauskristallisieren. Dabei fällt auf, dass die Trennlinie zwischen den verschiedenen Veränderungssituationen nicht immer einfach zu ziehen ist. Entscheidend ist vor allem die Abgrenzung des Neubaus von den übrigen Veränderungsfällen, da sich dieser aus den Netzzugangsvorschriften regelmäßig nicht ableiten lässt. Denn der Neubau soll etwas vollkommen Neues schaffen, was im Netz bislang nicht vorhanden war, und kann daher nicht Inhalt der Zugangsgewährungspflicht sein. Volkswirtschaftlich gesehen gibt es keinen Grund, gerade den Netzbetreiber zu einem Neubau zu verpflichten, wenn der Zugangspotential selbst den Neubau gleichmaßen vornehmen kann. Auch der Anbau kann relativ einfach von den Umbau- und Ausbaupflichten unterschieden werden. Er folgt aus dem Konzept des Netzzugangs und ist allgemein anerkannter Bestandteil der Netzzugangsrechte. Umfang ergibt sich nach zutreffender Ansicht im Wege der Abwägung der Interessen im Einzelfall im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Ausbau- und Umbauverpflichtungen sind zumindest als *ultima ratio* für die Realisierung der Zugangsgewährungspflicht denkbar. In die erforderliche Abwägung sind die Interessen des Netzbetreibers, des Zugangsberechtigten und der Allgemeinheit einzustellen. Dabei kann etwa dann eine Pflicht zur Kapazitätserweiterung aufgelegt werden, wenn der Kapazitätsmangel auf einer unternehmerischen Fehlentscheidung oder einer ineffizienten Nutzung der bestehenden Ressourcen seitens des Netzbetreibers beruht⁶⁵⁾. Diese Grundlinien zeichnen sich in der bisherigen Entscheidungspraxis bislang allerdings nur vorsichtig ab. Sie sind prinzipiell auf die sonstigen Zugangsrechte in den Netzwirtschaften übertragbar⁶⁶⁾.

Die pauschale Ablehnung einer Pflicht des Netzbetreibers, zum Zwecke der Zugangsermöglichung auch weitergehende Veränderungen als den bloßen Anbau vornehmen zu müssen, überzeugt jedenfalls im Ergebnis nicht. Sofern die betroffenen Netzbetreiber grundrechtsberechtigt sind, greift die Auflegung einer Veränderungsspflicht zwar in deren Grundrechtspositionen und insbesondere in den

Eigentumschutz aus Art. 14 GG ein. Allerdings ist die erhöhte Sozialbindung zu beachten⁶⁷⁾, die sich aus der Qualifikation der Netzinfrastrukturen als natürliche Monopole, der Angewiesenheit Dritter auf ihre Nutzung, ihren Aufbau mit staatlicher Unterstützung durch Beihilfen⁶⁸⁾ oder durch geschützte rechtliche Monopole⁶⁹⁾ ergibt, und den Schutz des Eigentums insoweit zurückdrängen kann⁷⁰⁾. Die weiteren Einzelheiten ergeben sich dann erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

⁶⁷⁾ Vgl. *Papier*, Durchleitung und Eigentum, BB 1997, S. 1213 (1216).

⁶⁸⁾ Dazu *Koenig/Brann*, Eigentumschutz nach Art. 14 GG für durch staatliche Beihilfen Erwartenes?, NVwZ 1999 S. 1056 (1056 ff.).

⁶⁹⁾ BVerwG, Urteil v. 24. 4. 2001, 6 C 6.00, MMR 2001 S. 681 (690).

⁷⁰⁾ Vgl. die Argumentation des BKArdA, Beschluss v. 30. 8. 1999, B8-40100-T-99, Bewag, RdE 2000 S. 31 (33); diese Frage bedurfte im Übrigen einen eigenständigen Abhandlung; vgl. auch *Züdenbender*, Durchleitungen in der Energiewirtschaft und Eigentumschutz, WiWiW 2000 S. 119 ff.

⁶³⁾ Ähnlich behält *Piepenbrock*, in: Büchner u. a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 33, Rdn. 57, eine Kapazitätserhöhung, wenn diese kostengünstiger als eine Neuerrichtung ist; ablehnend *Glaes*, in: Scheutle/Meyen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 2002, § 33, Rdn. 59.

⁶⁴⁾ Vgl. *Hosznarom*, Netzzugang in der Energiewirtschaft, 2001, S. 67; *Heckengel*, in: Böwing u. a. (Hrsg.), Energiewirtschaftsgesetz 1998, 1999, Art. 1, § 6 ENEuOG, Epl. 11.3.2.

⁶⁵⁾ So im Hinblick auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB *Hohmann*, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbseinschränkungen, 2002, S. 293.

⁶⁶⁾ Vgl. BKArdA, Beschluss v. 21.12.1999, B9-63220-T-199/97 und T-16/98, Puttgarden, WiWiW/DE-V, S. 253, zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und I, G Magdeburg, Urteil v. 14. 4. 2000, 7 O 8/00, RdE 2000, S. 206 (206), das die Begründung der Ausbaupflicht zu § 6 Abs. 1 EnWG ohne weiteres auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB überträgt.