

Recht

Technik

Wirtschaft

Schriftenreihe Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Rudolf Lukes Bd. 77

Hans-Jürgen Papier

# Die Regelung von Durchleitungsrechten

Carl Heymanns Verlag KG  
Köln · Berlin · Bonn · München



einer Weise nachvollziehen, die den Grundrechtsschutz des Eigentums beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen vermeidet<sup>27</sup>.

Das Sacheigentum am Leitungsnetz unterfällt grundsätzlich der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG. Auf dieses Eigentumsgrundrecht können sich neben natürlichen Personen auch inländische juristische Personen des Privatrechts berufen (siehe Art. 19 Abs. 3 GG). Fraglich ist, ob dies für die Versorgungsunternehmen, die im bürgerlich-rechtlichen Sinne Eigentümer eines Leitungsnetzes sind, uneingeschränkt gilt. Der Staat, die Gebietskörperschaften und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich nicht Träger von Grundrechten und damit auch nicht Träger des Eigentumsgrundrechts<sup>28</sup>. Dies gilt nicht nur in bezug auf die hoheitsrechtlichen Betätigungen oder sonstigen Wahrnehmungen öffentlicher Aufgaben, sondern auch außerhalb des Bereichs der unmittelbaren öffentlichen Aufgabewahrnehmung<sup>29</sup>. Die Eigentumsgarantie hat die Funktion, dem Grundrechtsträger einen »Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich« zu sichern<sup>30</sup>. Art. 14 GG schützt das Eigentum in den Händen von Privatpersonen<sup>31</sup>. Nur dann kann es seinem Funktionssinne genügen. In der Hand des Staates oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kann das Eigentum gar nicht die Grundlage von Privatinitiative, Privatautonomie, Privatnützigkeit und individueller Eigenverantwortlichkeit sein, also seinen ihm durch Art. 14 GG zugewiesenen besonderen Wert in der gesellschaftlichen Ordnung erfüllen.

Kommt eine Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht in Betracht, so gilt dies auch für juristische Personen des Privatrechts, soweit öffentlich-rechtliche Träger alleinige Aktionäre oder Gesellschafter sind oder die öffentliche Hand eine Mehrheitsberei-

27 Siehe BVerfGE 79, S. 292 (303).

28 Siehe BVerfGE 21, S. 362 ff.; 45, S. 63 ff.; 61, S. 82 ff.; 75, S. 192 ff.; BVerfG, NJW 1990, S. 1783; *Papier*, in: Maunz/Düing, Art. 14 GG, Rdnn. 204 ff., m. w. Nachw.

29 Siehe BVerfGE 61, S. 82 (105): Kein Eigentumsschutz zugunsten der Gemeinden.

30 Siehe etwa BVerfGE 50, S. 290 (339).

31 BVerfGE 61, S. 82 (108 f.).

lung hält, die ihr die Möglichkeit verleiht, auf die Geschäftsführung entscheidenden Einfluß zu nehmen<sup>32</sup>.

Die Grundrechtsträgerschaft kann nicht von der Wahl der Organisationsform abhängen. Es ist im allgemeinen dem Ermessen der Träger öffentlicher Verwaltung überantwortet, ob sie die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge selbst bzw. mittels von »Eigenbetrieben«, also mit öffentlich-rechtlicher Organisation, oder aber über eine privatrechtliche selbständige juristische Person erfüllen. Wegen dieser Belibigkeit in der Frage der jeweiligen Organisationsform ist die Grundrechtsträgerschaft nicht daran geknüpft<sup>33</sup>.

Soweit also das Netzeigentum einer juristischen Person des Privatrechts zusteht, die sich im alleinigen oder überwiegenden Anteilsbesitz der öffentlichen Hand befindet, kann einer gegen sie gerichteten normativen Durchleitungsregelung bzw. einer exekutivischen Durchleitungsanordnung die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG – Entsprechendes gilt für die anderen Grundrechte des Grundgesetzes, insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG – von vornherein nicht entzogen gehalten werden.

### 3. Gewährleistung des Eigentums und seine Sozialbindung

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet das Privateigentum in erster Linie als subjektives Recht des einzelnen Eigentümers. Seinem Ziel, einen Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung abzusichern, entspricht also eine gegenstandsbezogene Eigentumsfreiheit, eine konkrete Bestands- und Nutzungsgarantie, das Recht des »Habens« und »Gebrauchmachens« an einem konkreten Gegenstand. In diesem Sinne betont auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt, das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und

32 BVerfG, NJW 1990, S. 1783; vgl. auch BVerfGE 45, S. 63 (80); BVerfG, NJW 1980, S. 1093; *Papier*, in: Maunz/Düing, Grundgesetz, Art. 14 Rdnr. 211.

33 *Papier*, in: Maunz/Düing, Art. 14 GG, Rdnr. 211.

»grundätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet«<sup>34</sup>.

Es soll dem Eigentümer als Grundlage privater Initiative und »in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein«<sup>35</sup>. Die eigentumsgrundrechtlich garantierte Verfügungsbefugnis umfaßt nicht nur die Freiheit, den Eigentumsgegenstand zu veräußern, in anderer Weise über ihn rechtlich zu verfügen oder aus seiner Vermietung bzw. Verpachtung Erträge zu ziehen. Dazu gehört auch die Freiheit, den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen. Der eigentumsgrundrechtlich verbürgte Schutzbereich ist also nicht auf die Freiheit reduziert, »aus der Fremdnutzung des Gegenstandes finanziellen Ertrag zu erzielen«<sup>36</sup>.

Speziell zum Eigentum an Mietwohnungen und zum Recht der Eigenbedarfskündigung bemerkt das Bundesverfassungsgericht: »Eine Gesetzesanlegung, welche den Willen des Vermieters, seine Wohnung selbst zu nutzen, unberücksichtigt ließe, wäre... mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nicht zu vereinbaren.«<sup>37</sup>

Neben der Gewährleistung des Privateigentums spricht Art. 14 GG aber zugleich die Sozialbindung des Eigentums aus: Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Art. 14 Abs. 2 GG besagt, daß das Eigentum verpflichte und daß sein Gebrauch zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen soll. Obgleich Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG keine ausdrücklichen Regelungsschranken bestimmt, ist der Gesetzgeber bei der Erfüllung der ihm durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG aufgetragenen Aufgabe nicht völlig frei. Die Gemeinwohlverpflichtung des Eigentumsgebrauchs (Art. 14 Abs. 2 GG) ist ebenso Rechtfertigungsgrund und Orientierungspunkt wie auch Grenze einer Beschränkung des Eigentums<sup>38</sup>. Der Gesetzgeber hat – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – die Aufgaben, »das Sozialmodell zu verwirklichen, dessen normative Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14

Abs. 1 S. 1 GG und andererseits aus der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 Abs. 2 GG ergeben«<sup>39</sup>.

»Er hat dabei die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.«<sup>40</sup> »Das Maß und der Umfang der dem Eigentümer von der Verfassung zugeworenen und vom Gesetzgeber zu realisierenden Bindung« hänge wesentlich davon ab, »ob und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einen sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht.«<sup>41</sup>

Eigentumsbindungen müssen danach auch stets verhältnismäßig sein. Gemessen am sozialen Bezug und an der sozialen Bedeutung des Eigentumsobjekts dürfen sie vor allem nicht zu einer übermäßigen Belastung führen und den Eigentümer im vermögensrechtlichen Bereich unzumutbar treffen<sup>42</sup>. Eine übermäßige, durch die soziale Funktion nicht gebotene Begrenzung privatrechtlicher Befugnisse wird durch Art. 14 Abs. 2 GG nicht legitimiert; auf der anderen Seite schützt die Eigentumsgarantie aber auch nicht eine die soziale Funktion eines Eigentumsobjekts mißachtende Nutzung<sup>43</sup>.

Das dem Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG immanente Gebot der sachgerechten gesetzgeberischen Abwägung und des Ausgleichs zwischen der Garantie des Privateigentums und dem Sozialvorbehalt des Art. 14 Abs. 2 GG führt in Verbindung mit dem allgemeinen rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu einem abgestuften Eigentumsgrundrechtsschutz: Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG garantiert das Privateigentum um der individuellen Freiheit willen. Dem einzelnen Grundrechtsinhaber sollen ein Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gewährleistet und die Grundlage einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung eröffnet werden. Je mehr die Eigentümerbefugnisse Ausdruck jener Individualentfaltung sind und je mehr das Eigentum im Sinne seiner freiheitsrechtlichen Grund Sicherung eingesetzt wird, desto ausgeprägter ist der durch

34 BVerfGE 24, S. 367 (389); 26, S. 215 (222); 31, S. 229 (240); 37, S. 132 (140); 42, S. 263 (294); 52, S. 1 (30); 79, S. 292 (303).

35 BVerfGE 50, S. 290; 52, S. 30; siehe auch BVerfGE 46, S. 325 (334); 79, S. 292 (303/4).

36 BVerfGE 79, S. 292 (304); vgl. auch BVerfGE 52, S. 1 (36 f.).

37 BVerfGE 79, S. 292 (304); vgl. auch BVerfGE 68, S. 361 (375).

38 Vgl. BVerfGE 25, S. 112 (118); 50, S. 290 (340); 79, S. 174 (198); *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, RdNr. 301 ff.

39 BVerfGE 68, S. 361 (367); siehe auch BVerfGE 25, S. 112 (117); 52, S. 1 (29); 70, S. 191 (200); 79, S. 174 (198).

40 BVerfGE 58, S. 137 (147); siehe auch BVerfGE 79, S. 174 (198).

41 BVerfGE 37, S. 132 (140 f.); 42, S. 263 (294); 50, S. 290 (340 f.); 52, S. 1 (32); 58, S. 137 (148); 68, S. 361 (368); 70, S. 191 (201); 79, S. 292 (302); 84, S. 382 (385).

42 Vgl. BVerfGE 21, S. 150 (155); 50, S. 290 (340 f.); 52, S. 1 (29 f., 32); 53, S. 257 (292); 58, S. 137 (148).

43 BVerfGE 68, S. 361 (368).

### III. Anforderungen der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG

Art. 14 Abs. 1 S. 1 bewirkt Grundrechtsschutz. Die Befugnisse des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sind auf der anderen Seite um so weiter, »je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht«<sup>44</sup>.

Diese Abwägung und Abstrufung tragen dem Umstand Rechnung, daß die Eigentumsnutzung und die Verfügung über das Eigentum nicht in jedem Fall innerhalb der Sphäre des Eigentümers verbleiben, »sondern Belange anderer Rechtsgenossen berühren, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts angewiesen sind«<sup>45</sup>.

Die Auflegung einer – wettbewerbsergründenden – Durchleitungspflicht durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes durch exekutive Anordnung bzw. Richterspruch beeinträchtigt den Netzeigentümer – soweit er sich auf Art. 14 GG überhaupt berufen kann – in seinem grundrechtlich geschützten Eigentum. Betroffen ist seine durch Art. 14 GG mitgeschützte Verfügungsbefugnis, also sein Recht, über Nutzung und Gebrauch des Eigentumsobjekts zu bestimmen.

Dies gilt ungeachtet des Umstandes, daß der Netzeigentümer und Durchleitungsverpflichtete ein angemessenes Entgelt für die Gewährung der Durchleitung erhält und erhalten muß. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Herrschafts- und Nutzungsbefugnis, das Recht des Habens und Gebrauchmachens an einem konkreten Gegenstand. Er dient dem Schutz der Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung, wozu auch das Bestimmungsrecht darüber gehört, wer das Eigentum wozu nutzen darf. Der Schutzbereich der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie ist nicht auf eine bloße »Vermögenswertgarantie« reduziert, die ausschließlich vor Vermögensverlusten und Vermögenseinbußen beim Eigentümer schützen würde. Selbst wenn eine Durchleitungsverpflichtung nur bei freier Kapazität des Leitungseigentümers in Betracht kommt, dieser also in keinem Fall an der Eigennutzung seines Eigentums gehindert wäre, ist der eigentumsgrundrechtliche Schutzbereich tangiert. Denn zur eigentumsgrundrechtlichen Verfügungsbefugnis gehört grundsätzlich auch die negative Freiheit, andere von der Nutzung des eigenen Eigentumsobjekts auszuschließen, auch wenn die eigenen positiven Nutzungsbefugnisse real nicht beeinträchtigt sind.

44 Vgl. BVerfGE 50, S. 290 (340 f.); 70, S. 191 (201); 79, S. 292 (302); 84, S. 382 (385); *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 14 Rdnr. 304.

45 BVerfGE 50, S. 290 (340 f.); 68, S. 361 (368); 84, S. 382 (385).

### III. Anforderungen der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG

Dieser Aspekt spielt allerdings bei der Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer Eigentumsbeschränkung eine gewichtige Rolle.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, ist – wie oben dargelegt – durch das Gebot gerechter, an der Gemeinwohlverpflichtung nach Art. 14 Abs. 2 GG orientierter Abwägung begrenzt. In dem Spannungsfeld von grundrechtlicher Anerkennung und Gewährleistung des Privateigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) einerseits und dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG andererseits hat der Gesetzgeber dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange derjenigen Rechtspersonen hinreichend Rechnung zu tragen, die auf die (Mit-)Nutzung des Eigentumsgegenstandes angewiesen sind. Je stärker andere Rechtspersonen auf die Nutzung fremden Eigentums angewiesen sind, das Eigentumsobjekt also in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht, um so weiter ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Er ist dagegen um so enger, je weniger das der Fall ist. Eine übermäßige, durch die sozialen Belange nicht gebotene Begrenzung privatrechtlicher Befugnisse wird durch Art. 14 Abs. 2 GG nicht gerechtfertigt.

Das Eigentum am Netz der leistungsgebundenen Energieversorgung ist durch einen besonderen sozialen Bezug und eine besondere soziale Funktion geprägt<sup>46</sup>, weil Nichteigentümer zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung in signifikanter Weise auf die (Mit-)Nutzung angewiesen sind. Dies ist evident, wenn das Eigentum am Versorgungsnetz auf der Stellung als Gebietsmonopolist basiert, also in Ausnutzung der Freistellung des Versorgungsunternehmens von den §§ 1, 15 und 18 GWB durch § 103 Abs. 1 GWB aufgebaut worden ist. In diesem Fall ist eine wettbewerbsergründende wirtschaftliche Betätigung Dritter schon de iure überhaupt nur über eine Inanspruchnahme des Leitungseigentums des Gebietsmonopolisten denkbar. Aber auch dann, wenn es nicht um das Leitungseigentum eines durch § 103 Abs. 1 GWB geschützten Gebietsmonopolisten geht, kommen den Inhabern von Versorgungsnetzen in deren Bereich bei der leistungsgebundenen Energieversorgung eine besondere wirtschaftliche Machtstellung<sup>47</sup> und ihrem Netzeigentum folglich eine spezifische soziale Bedeutung zu. Auch ohne die gesetzlich sanktionierte Geschlossenheit des Versorgungsgebietes (§ 103 Abs. 1

46 Siehe auch *Fehling*, AöR 121 (1996), S. 59 (88, 91 f.).

47 Siehe auch BGHZ 128, S. 17 (29).

GWB) besteht vielfach ein faktisches Netzmonopol: Die Errichtung paralleler Leitungsnetze bei vorhandener, ausreichender Erschließung eines Gebiets durch ein Versorgungsnetz ist regelmäßig wirtschaftlich sinnlos, für das Gemeinwohl abträglich und gegebenenfalls durch rechtliche, vor allem öffentlich-rechtliche Hindernisse erschwert<sup>48</sup>. Unter diesen Umständen umfaßt das verfassungsrechtliche Postulat einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung des Netzeigentums das Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange derjenigen Unternehmer, die für die eigene wirtschaftliche Betätigung auf die (Mit-)Nutzung des Leitungseigentums rechtlich und/oder faktisch angewiesen sind. In diesem Zusammenhang fällt überdies ins Gewicht, daß das Netzeigentum in ganz wesentlicher Hinsicht auf dem gesetzlich eingeräumten Enteignungsrecht der Energieversorgungsunternehmen gründet. Dieses spezifische Enteignungsrecht nach § 11 EnWG ist den Unternehmen gerade wegen ihres besonderen, dasensvorsorgersichen Gemeinwohlauftrages und ihrer Gemeinwohlverpflichtung eingeräumt worden. Dies muß sich auch in einer gesteigerten Sozialbindung des ganz wesentlich auf der Basis jenes gesetzlichen (Enteignungs-)Privilegs aufgebauten Netzeigentums niederschlagen.

Müssen im Spannungsfeld von Eigentumsgewährleistung und Sozialbindung die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden, wobei eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozial gebundenen Privateigentums nicht in Einklang steht, so kommt auch dem folgenden Aspekt eine gewichtige Bedeutung zu: Ist dem auf Durchleitung in Anspruch genommenen Netzeigentümer die Gewährleistung eines angemessenen Entgelts sowie der Vorrang der Eigennutzung gesichert, weil ein Durchleitungsbegehren nur nach Maßgabe freier Kapazitäten in Betracht kommen kann, so dient die Berufung auf die eigentumsgrundrechtliche Verfügungsfreiheit zur Abwehr von Durchleitungsbegehren allein der Verhinderung von Wettbewerb und der Sicherung des bisherigen eigenen Absatzes<sup>49</sup>. Der Erhalt des bisherigen Energieabsatzes ist aber weder

48 Siehe auch Monopolkommission, aO., BfI-Drs. 12/8323, S. 355: »Ver-schwendung von Ressourcen«; ferner: S. 357 f.

49 Siehe auch Koch, Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz als Grenze der Deregulierung und der umweltpolitischen Steuerung im Bereich der Elek-

durch Art. 14 GG<sup>50</sup> noch durch andere Grundrechte, etwa durch Art. 12 Abs. 1 GG, geschützt<sup>51</sup>. Auch wenn die Errichtung eines eigenen Leitungsnetzes ganz gezielt mit der Sicherung des eigenen Absatzes verknüpft worden sein mag, weil so die nachfolgende Marktstufe vom Wettbewerb abgeschnitten werden kann, so geht es gleichwohl um bloße Erwerbchancen und -aussichten, deren Erhaltung bzw. Durchsetzung hier in rechtlich nicht gesicherter Weise mit dem Netzeigentum gekoppelt sind. Die Berufung auf das Netzeigentum erfolgt mit anderen Worten zur Durchsetzung »eigentumsfremder«, d. h. außerhalb des Grundrechtsschutzes aus Art. 14 GG stehender Erwerbsinteressen des Netzeigentümers. Diesen Erwerbsinteressen fehlt die grundrechtliche Fundierung, so daß sie auch nicht entscheidend gegenüber der Sozialbindung des Eigentums ins Feld geführt werden können. Es kommt hinzu, daß mit der Ermöglichung von Durchleitungen und damit eines (begrenzten) Wettbewerbs auch der Netzeigentümer selbst in die Lage versetzt wird, im Wege von Durchleitungen neue Kunden in anderen Versorgungsgebieten zu beliefern und so die Kundenverluste im eigenen Versorgungsgebiet zu kompensieren.

#### 4. Wettbewerbsordnung als Gemeinwohlbelang

Dem Rückgriff auf die Sozialbindung des Netzeigentümers zur verfassungsrechtlichen Legitimation der Durchleitung wird entgegengehalten, daß Durchleitungen eine ausschließlich konkurrenzstützige Indienstnahme<sup>52</sup> von Eigentum und Unternehmerfreiheit darstellen. Unter verfassungsrechtlichen Aspekten soll damit offenbar zum Ausdruck gebracht werden, daß es gar nicht um die Geldendmachung einer Sozialbindung oder Gemeinwohlverpflichtung des (Netz-)Eigentums,

trizitätswirtschaft?, DVBl. 1994, S. 840 (842); Jarras, Europäisches Energierecht, S. 110.

50 Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rdnm. 101 ff., m. w. Nachw.

51 Vgl. BVerfGE 34, S. 252 (256); 55, S. 261 (269); ferner BVerfGE 65, S. 167 (173); 60, S. 154 (158).

52 Siehe Scholz/Langer, ET 1992, S. 851 (856); dies., Europäischer Binnenmarkt, S. 259 ff.