

Zum (optimalen) Verhältnis von Regulierung und Wettbewerbsrecht

Interdisziplinäres
Seminar zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
Westerland (Sylt), 30. September 2009

Professor Dr. Justus Haucap
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Worum es geht

- Wann ist das Wettbewerbsrecht ausreichend (suffizient), um Wettbewerbsprobleme zu beheben, und wann ist ein stärkeres staatliches Eingreifen (Regulierung) erforderlich?
- Um dies herauszufinden, ist eine *komparativ-institutionenökonomische* Analyse erforderlich.
- Zu analysieren sind die Vor- und Nachteile von Wettbewerbsrecht und Regulierung, um bestimmte Ziele bestmöglich zu erreichen.
- Dies ist im Bereich der Telekommunikationsregulierung auch der Gegenstand des sog. 3-Kriterien-Testes, der genau diese Abwägung vornehmen soll(te).

Der Drei-Kriterien-Test

Dem Drei-Kriterien-Test zufolge liegt Regulierungsbedürftigkeit genau dann vor, wenn

1. hohe Marktzutrittsschranken bestehen (insb. bei monopolistischer Engpässen),
2. keine oder eine nur geringe Tendenz zu effektivem Wettbewerb festzustellen ist und
3. das Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um den Problemen von Marktmacht und daraus resultierendem Marktversagen Abhilfe zu schaffen (Insuffizienzkriterium).

Kritik an der recht cursorischen Prüfung des Insuffizienzkriteriums durch die BNetzA (Monopolkommission, 2007, 2008, Möschel 2007)

BNetzA: „Die alleinige Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts würde nämlich nur ein punktuelles Eingreifen in einzelnen Verfahren ermöglichen. Erforderlich sind wesentlich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen, z.B. fortlaufende Überwachung und häufiges Einschreiten. Außerdem ermöglicht das Telekommunikationsgesetz in der Regel ein schnelleres Einschreiten, weil Verfügungen der Bundesnetzagentur grundsätzlich sofort vollzogen werden können.“

Unterschiede zwischen Regulierung und Wettbewerbsrecht

- Grenzen zwischen Wettbewerbsrecht und Regulierung verschwimmen (Beispiel: §29 GWB, Sofortvollzug nach Aufhebung §64 Abs 1 GWB, Ex-post-Regulierung nach §38 TKG),
- Dichotomie zwischen Ex-post-Kontrolle durch die Kartellbehörden und Ex-ante-Regulierung durch die Regulierungsbehörden ist künstlich,
- Die institutionelle Vielfalt ist in der Realität viel größer:
 - sektorübergreifende versus sektorspezifische Regeln,
 - sektorübergreifende versus sektorspezifische Institutionen,
 - Ex-ante-Eingriffe versus Ex-post-Aufsicht,
 - Festlegung von Parametern (z.B. Preis) versus Untersagung von Verhalten.

Kartellrecht und Regulierung im Vergleich

	Wettbewerbsrecht/ Kartellamt	Regulierung/Regulator
Politische Ziele	Effizienz Konsumentenstandard Wettbewerbsfreiheit	Effizienz Verbraucherschutz Infrastrukturinvestitionen Universaldienst Umwelt- und Klimaschutz weitere Ziele
Eingriffsschwelle	Marktbeherrschung	verschieden je nach Branche
Eingriffsfrequenz	punktuell	kontinuierlich
Informationen	keine kontinuierliche Marktüberwachung, Beweislast bei Kartellbehörden	kontinuierliche Markt- überwachung, Beweislast bei Unternehmen
Instrumente	Untersagung, ggf. Entflechtung, Pönalen, Schadensersatz, keine Preisfestlegung	Preisfestlegung, weitere Instrumente (Transparenz, ggf. Entflechtung)
Unabhängigkeit	oftmals relativ hoch	weniger hoch
Anfälligkeit für Lobbyismus	weniger stark	stärker ausgeprägt
Expertenwissen	weniger stark ausgeprägt	sehr hoch
Behördenkultur	Funktionsfähiger Wettbewerb ist die Regel, Interventionen die Ausnahme	Interventionen sind die Regel, funktionsfähiger Wettbewerb die Ausnahme

Wann ist nun Regulierung vorzugswürdig?

These: Damit Regulierung vorzugswürdig ist müssen zwei Bedingungen notwendigerweise (d.h. kumulativ) erfüllt sein:

1. Wettbewerbsverzerrungen oder zumindest -gefährdungen müssen in einem Markt nicht nur punktuell, sondern dauerhaft vorliegen und
2. diese Verzerrungen müssen mit hoher Wahrscheinlichkeit regelmäßig zu irreversiblen Wohlfahrtsverlusten führen (sofern sie nicht abgestellt werden).

Diese Bedingungen sind bei resistenten, natürlichen Monopolen in Netzindustrien relativ klar erfüllt.

Aber: Nicht alle Märkte unterliegen einer sektorspezifischen Regulierung (Wasser, Flughäfen, bis 2005: Energie)

Zwischenlösungen

- Sind diese Bedingungen bereits hinreichend für eine Überlegenheit sektorspezifischer Ex-ante-Regulierung?
- Nicht zwangsläufig. Existieren hinreichend gute Vergleichsmärkte, kann ein Missbrauch auch mit kartellrechtlichen Mitteln abgestellt werden.
- Wie ist mit „natürlichen Oligopolen“ umzugehen?
- Idee (Holznagel/Vogelsang, 2008): „Ladder of Remedies“
- Andere Zwischenlösung: Ex-post-Regulierung nach TKG



Problembereiche

- Die teilweise verschiedenen Zielsetzungen erschweren einen Übergang von der Regulierung ins Kartellrecht.
- Beispiel Telekommunikation: Umfangreiche Ziele nach TKG, zudem Effizienzziel wesentlich stärker anerkannt.
- Peter Knauth (BMW, 2008): Ziel der Telekommunikationspolitik ist ein „hoch leistungsfähiger Telekommunikationsmarkt, der im internationalen Vergleich eine Spitzenposition erreicht und einen bestmöglichen Beitrag zu Wachstum, Beschäftigung und Wettbewerbsfähigkeit der Gesamtwirtschaft leistet (Wohlfahrtsziel).“ Und weiter heißt es wörtlich: „Wettbewerb und (subsidiär) Regulierung sind Mittel zur Erreichung dieses Ziels.“
- Auch bei Energie und Bahn werden mit der Regulierung andere Ziele verfolgt – es geht gerade darum, durch Regulierung nicht-wettbewerbs-analoge Marktergebnisse zu erreichen.

Beispiel: Mobilfunkterminierung

- Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009,
- Terminierungsentgelte sollen den langfristigen Zusatzkosten entsprechen (LRIC), Gemeinkosten dürfen keine Berücksichtigung finden,
- Explizite Abkehr vom bisherigen TSLRIC-Standard,
- Völliger Wandel der Regulierungsphilosophie: Abkehr vom Leitbild, wettbewerbsanaloge Marktergebnisse zu simulieren hin zu einer Perfektion der Marktergebnisse („regulatorisches Fine Tuning“)
- Regulierung soll ganz bewusst nicht wettbewerbsanaloge Ergebnisse erbringen, sondern alle möglichen Marktunvollkommenheiten korrigieren (etwaige Preisaufschläge und andere Externalitäten)

Schlussfolgerungen

- Ob Regulierung oder Wettbewerbsrecht adäquat sind, um Wettbewerbsprobleme (oder Marktunvollkommenheiten) zu beheben, hängt von mindestens vier Faktoren ab:
 - ob Wettbewerbsverzerrungen nicht nur punktuell, sondern dauerhaft bestehen,
 - ob diese Verzerrungen zu irreversiblen Schäden führen,
 - ob hinreichend gute Vergleichsmärkte existieren,
 - von der konkreten Ausgestaltung von Regulierung und Kartellrecht sowie den sie ausführenden und durchsetzenden Institutionen (institutionelle Vielfalt ist groß).
- Nebenbemerkung: In der EU sehe ich einen Wandel in der Regulierungsphilosophie: Ziel ist nicht mehr die Herstellung wettbewerbs-analoger Ergebnisse, sondern ein regulatorisches Fine-Tuning.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Professor Dr. Justus Haucap
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Institut für Wettbewerbsökonomie (DICE)
Universitätsstr. 1
40225 Düsseldorf

Fax: 0211 81-15499

email: justus.haucap@uni-duesseldorf.de

<http://www.dice.uni-duesseldorf.de>