



Interdisziplinäres Seminar
zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Die Produktion wettbewerbsanaloger Marktergebnisse
durch Regulierungsrecht in den Netzindustrien als
Daueraufgabe des Staates?

– zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Friedrich-Schiller-Universität Jena



A. Begriff des Regulierungsrechts

I. eine Definition

Summe aller wirtschaftspolitisch motivierten Eingriffe des Staates zur Beschränkung von Marktmechanismen oder zur Übernahme von Marktfunktionen bei Marktversagen

II. regulierte Industrien

Energie, Telekommunikation, Bahn, Post, Rundfunk, Banken, Versicherungen, Landwirtschaft, Gesundheit

III. institutionelle Konkretisierung

Tätigkeitsfeld der Bundesnetzagentur (BNetzA): Energie, Telekommunikation, Bahn und Post

A. Begriff des Regulierungsrechts

IV. funktionale Präzisierung

1. **Privatisierungsfolgerecht** bzgl. Bahn, Post, TK
2. **öffentliches Recht:** Gemeinwohlorientierung und Durchsetzung durch Regulierungsbehörden
3. **Privatrecht:** Wettbewerbsorientierung und Durchsetzung durch Privatklagen
4. **Sonderkartellrecht:**
 - Netzbezug \approx Essential Facilities-Doktrin,
 - aber ex ante-Durchsetzung
 - durch spezielle Regulierungsbehörden

B. Entwicklung

I. Ausgangssituation

1. Monopolwirtschaft

- Staatsunternehmen (Post, Bahn)
- staatliche geschützte regionale Monopole (Energie)

2. kartellrechtliche Bereichsausnahmen

3. Netze = „natürliche Monopole“ im Eigentum einzelner, vertikal integrierter Unternehmen

4. Netz- und Skaleneffekte

B. Entwicklung

II. Liberalisierung

1. Marktöffnung auf Druck der EU
2. Abschaffung des Monopolschutzes
3. Streichung der kartellrechtlichen Bereichsausnahmen

aber:

4. weiter bestehende Defizite

- Netzeigentum / vertikale Integration der Ex-Monopolisten
- Netz- und Skaleneffekte

=> kein chancengleicher Wettbewerb durch „Newcomer“ möglich

B. Entwicklung

III. Kartellrechtliche Instrumentarien unzureichend

1. Missbrauchsaufsicht / Essential Facilities-Doktrin

- Nutzung einer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht duplizierbaren Einrichtung (natürliches Monopol, hier: Netz) für Teilnahme auf benachbartem Markt erforderlich
- => grds. Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu angemessenen Preisen (Art. 82 EG / § 19 IV Nr. 4 GWB)

2. Defizite

- kartellrechtliche ex post-Kontrolle zu langsam und unsicher
- Ressourcenknappheit; bloße Missbrauchsaufsicht unzureichend

=> Ex ante-Regulierung erforderlich

C. Verhältnis von Regulierungs- und Kartellrecht

I. Deutsches Recht

- § 111 EnWG: EnWG verdrängt §§ 19, 20, 29 GWB bzgl. Netz
- arg. § 2 TKG: keine Verdrängung des GWB durch TKG

II. EU-Recht

- Vorrang des primärrechtlichen Kartellrechts (Art. 81, 82 EG) vor sekundärrechtlichen Regulierungsrichtlinien

III. Deutsches Recht und EU-Recht

- Vorrang der Art. 81, 82 EG vor deutschem Recht
- Bsp.: Kartellbußgeld trotz Entgeltgenehmigung: KOMM 21.5.2003, COMP/37.451 u.a., ABIEG 2003 L 263/9 – *Deutsche Telekom AG*
- vgl. US-Recht: Verizon vs. Trinko, 124 S.Ct. 872 (2004)

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

I. Ausgangspunkt

1. Ex ante-Regulierung, weil Liberalisierung und Kartellrecht unzureichend

2. Regulierung sollte an sich transitorisch sein

- marktwirtschaftliche Ordnung und Grundrechte (insbes. Eigentum + Vertragsfreiheit)
=> Regulierung = begründungsbedürftige Ausnahme
- kartellrechtliche ex post-Kontrolle grds. milderer Mittel
=> Regulierung nur, soweit Kartellrecht unzureichend

=> kontinuierliche Prüfung d. Regulierungsbedarfs

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

II. Einzelne Netzindustrien

1. Telekommunikation

a) Der 3-Kriterien-Test (§ 10 Abs. 2 S. 1 TKG)

„Für eine Regulierung nach diesem Teil kommen Märkte in Betracht, die [1] durch beträchtliche und anhaltende, strukturell oder rechtliche bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, [2] längerfristig nicht zu wirksamen Wettbewerb tendieren und auf denen [3] die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“

= Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

=> TK-Regulierung als transitorisch gedacht

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

b) Marktentwicklung

- ursprünglich Kupferkabelnetz = natürliches Monopol / essential facility, gilt heute allenfalls noch für TAL („letzte Meile“)
- intensiver Substitutionswettbewerb durch Funktechnologien und Glasfasernetze
- Wettbewerb durch ausländische Unternehmen
- Kunden nehmen Wettbewerb an

=> Deregulierung der meisten Endkundenmärkte

(Kommission, Märkteempfehlung 2007, ABIEG 2007 L 344/65)

=> TK-Regulierung ist transitorisch (wenn die Politik mitspielt)

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

2. Energie

- Strom- und Gasnetze nach wie vor = natürliche Monopole
- Strom nicht ersetzbar, Gas (Wärme) nur eingeschränkt
- kaum Wettbewerb durch ausländische Anbieter
- Verbraucher nehmen Wettbewerb nur zögerlich an
- Lebensnotwendigkeit von Strom und Wärme

- rechtliche und operationelle Entflechtung nach §§ 6 – 8 EnWG
- vollständige Eigentumsveräußerung per Kartellrecht über Verpflichtungszusagen erzwungen (zuletzt: RWE-Fall)

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

3. Bahn

- Substitutionswettbewerb durch Straßenverkehr etc.
- aber kaum Wettbewerb auf der Schiene

- Sondergutachten 55 (Bahn 2009): Vorschlag der Monopolkommission, wie im Energiebereich Transportunternehmen und Netzinfrastukturbetreiber zu trennen

=> Regulierung von Energie- und Schienennetzen wohl eher Daueraufgabe des Staates

D. Transitstadium oder Daueraufgabe?

III. Essential Facilities-Doktrin „plus X“

1. **Voraussetzungen der Essential Facilities-Doktrin**
insbesondere: „natürliches Monopol“ = Ausgangspunkt
auch der Netzregulierung

2. „Plus X“

- **Gemeinwohlziel der Regulierung:** Richtungweisung statt bloßer kartellrechtlicher Grenzziehung erforderlich?
- **Wettbewerbsziel der Regulierung:** fortbestehende Unzulänglichkeit des Kartellrechts trotz dynamischer Entwicklung?

IV. Regulierung: Transit oder Daueraufgabe?

IV. Exkurs: Quasi-Regulierung durch Kartellrecht?

- **Microsoft-Fall** (24. 3. 2004, COMP/37.792)
- **AstraZeneca-Fall** (15. 6. 2005, COMP/37.507)

=> Entwicklung des Kartellrechts in Richtung einer allgemeinen Regulierung marktbeherrschender Unternehmen?

V. Fazit

=> „*sola dosis facit venenum*“ (Paracelsus, Septem Defensiones)



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

www.ls-koerber.de

mit Links zu Kartellrecht,
Regulierungsrecht & Rundfunkrecht

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

