



Interdisziplinäres Seminar  
zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht  
enreg e.V., Westerland, 30.9.2009

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

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

3

# 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**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

4

## 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

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

5

## 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) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

6

## 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)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

7

## 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. milderes Mittel  
=> Regulierung nur, soweit Kartellrecht unzureichend

**=> kontinuierliche Prüfung d. Regulierungsbedarfs**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

8

## 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

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

9

## 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)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

10

## 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 Netzinfrastrukturbetreiber 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](http://www.ls-koerber.de)

mit Links zu Kartellrecht,  
Regulierungsrecht & Rundfunkrecht

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

