



Umwelt- und Energierecht im chinesisch-deutschen Vergleich

Workshop 24./25.2.2011 Nanjing

Das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht

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

I. Regulierungsrecht - Grundlagen

1. Begriff

Rechtsgebiet, das sich mit der Regulierung von Marktzutritt und Marktverhalten durch den Staat befasst

2. Gebiete

Energie, Telekommunikation, Bahn, Post, Wasser, Müll, Gesundheit, Finanzmärkte/Banken/Versicherungen, Medien, Erziehung

3. Charakteristika

- öffentliche Interessen (Versorgung der Bevölkerung)
- Marktversagen, oft durch „natürliche Monopole“

I. Regulierungsrecht - Grundlagen

4. Ziele

- **Erfüllung öffentlicher Interessen** (Daseinsvorsorge, Universaldienst)
 - Kompensation von Marktversagen (insbesondere Kompensation der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch „natürliche Monopole“)
- => Soweit es der Kompensation von Marktversagen dient, ist das **Regulierungsrecht ein „Sonderkartellrecht“**

II. Geburt und Wiedergeburt des Regulierungsrechts

1. Geburt in den USA (1887)

Marktversagen auf dem Gebiet der Eisenbahnen

=> Regulierung als Alternative zur Verstaatlichung

2. Wiedergeburt in der EU (1990er)

a) alte Auffassung: „Sektoren Energie, TK usw. = natürliche Monopole, Wettbewerb schadet den Verbraucherinteressen“

=> Regulierung soll Wettbewerb ersetzen

b) neue Auffassung: Monopole verhindern Binnenmarkt, Wettbewerb nützt den Verbraucherinteressen“

=> Regulierung soll Wettbewerber ermöglichen

II. Geburt und Wiedergeburt des Regulierungsrechts

Wettbewerb hat positive Auswirkungen

- **allokative Effizienz** (Nachfrage steuert Angebot)
- **produktive Effizienz** (effiziente Ressourcenverwendung)
- **dynamische Effizienz** (Förderung von Innovation und Investition)
- **Selektion** („survival of the fittest“)
- **Entmachtung** (Schutz der ökonomischen Selbstbestimmung)

nur Leitungs- und Schienennetze sind „natürliche Monopole“

=> Regulierung nur auf der Netzebene erforderlich

=> bzgl. Produktion und Vertrieb von Energie etc. ist Wettbewerb möglich, der grds. durch das Kartellrecht geschützt wird.

III. Funktionen des neuen Regulierungsrechts

1. Liberalisierung

=> Abschaffung der Monopole

2. Deregulierung

=> Abschaffung des rechtlichen Schutzes der Monopole
(z.B. der kartellrechtlichen Ausnahmebereiche)

3. Ermöglichung von Wettbewerb durch Regulierung

=> Kompensation der Behinderung durch „natürliche
Monopole“ (in Bezug auf die Netze)

IV. Gründe für ein Regulierungsrecht

1. Abschaffung der gesetzlich geschützten Monopole reicht nicht aus

- Existenz natürlicher Monopole auf der Netzebene
- frühere Monopolisten kontrollierten Netze und sind vertikal integriert (Netzbetreiber + Anbieter von Energie etc.)

Folgen:

- Zugangsverweigerung, Diskriminierung und Preis-Kosten-Schere möglich
- strukturelle Gründe für ein Marktversagen bestehen fort

IV. Gründe für ein Regulierungsrecht

2. Schaffung von Wettbewerb durch Kartellrecht (Wettbewerbsrecht)?

a) Essential Facilities-Doktrin

- Terminal Railroads-Fall (US Supreme Court 1912)
- Seehafenfälle der EU-Kommission
- EuGH: Magill, Bronner, IMS Health (und EuG Microsoft)
- § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Deutschland

IV. Gründe für ein Regulierungsrecht

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

„Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ...

4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist“.

IV. Gründe für ein Regulierungsrecht

Zweck der Essential Facilities-Doktrin:

- Ermöglichung des Wettbewerbs auf einem vor- oder nachgelagerten Markt
- durch Erzwingung der Mitbenutzung von Netzen oder anderen für den Marktzugang wesentlichen Infrastruktureinrichtungen durch Dritte
- gegen angemessenes Entgelt

=> Genau das ist auch der Zweck des Regulierungsrechts

IV. Gründe für ein Regulierungsrecht

b) Warum reicht das Kartellrecht nicht aus?

- **ex post-Wirkung des Kartellrechts**, d.h. es muss erst ein Missbrauch nachgewiesen werden, bevor Zugang gewährt werden kann
- Verfahren kosten viel **Geld und Zeit** => Rechtsunsicherheit
- **konstante Überwachung** erforderlich, die Kartellbehörden nicht leisten können
- **Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb**
- Regulierungsrecht dient auch anderen öffentlichen Interessen (z.B. flächendeckende, sichere, ökologisch schonende Energieversorgung)

V. Marktöffnung durch Regulierung

1. Grundstruktur

a) Europäische Ebene

- Vorgaben durch Richtlinien, aber kein unmittelbar wirkendes EU-Regulierungsrecht
- EU-Kommission steuert politisch, ist aber selbst keine Regulierungsbehörde

V. Marktöffnung durch Regulierung

b) Mitgliedstaatliche Ebene

- EU-Richtlinien werden in sektorspezifische Gesetze umgesetzt, z.B:
 - Telekommunikationsgesetz (TKG)
 - Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)
 - Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)
- *eine* Behörde für alle Netze (Bundesnetzagentur, BNetzA)
- BNetzA kann (notfalls auch „ex ante“) **Netzzugang Dritter zu angemessenen Preisen anordnen**

V. Marktöffnung durch Regulierung

2. Sektorspezifische Regulierung

ist sinnvoll, denn

- unterschiedliche tatsächliche und wettbewerbliche Voraussetzungen bei Bahn, Energie und Telekommunikation
 - insbesondere Unterschiede bei Substitutionswettbewerb und Infrastrukturwettbewerb
-
- sehr unterschiedliche Erfolge der Regulierung in Bezug auf die Schaffung von Wettbewerb:
 - Bahn: kaum Wettbewerb
 - Energie: Wettbewerb möglich, aber wenig genutzt
 - Telekommunikation: sehr erfolgreich, intensiver Wettbewerb

VI. Die Rolle des Kartellrechts

1. Nationale Ebene

- Regulierungsrecht verdrängt bei Energie **in Bezug auf die Netzebene** das Kartellrecht (§§ 111 EnWG, 130 Abs. 3 GWB)
- In Bezug auf **Erzeugung und Absatz** von Energie greift weiterhin das Kartellrecht => z.B. Preisaufsicht durch BKartA
- **keine einheitliche „Netz- und Kartellbehörde“** für alle Marktstufen bei netzbasierten Industrien
- dafür **Kooperation von BNetzA und BKartA**

VI. Die Rolle des Kartellrechts

2. EU-Ebene

a) Vorrang des EU-Kartellrechts (Art. 102 AEUV) vor dem Regulierungsrecht

- Art. 102 AEUV = Verfassungsnorm
- Vorrang des EU-Rechts vor nationalem Recht

b) EU-Kartellbuße trotz Genehmigung durch dt. Behörde (EUGH, Rs. C-280/08P – Deutsche Telekom)

c) Entflechtung von Energieunternehmen auf der Basis des Kartellrechts (Art. 102 AUEV i.V.m. Art. 9 VO 1/2003)

(E.ON COMP/B-1/39.388, 39.389 (Strom); RWE COMP/39.402 (Gas); ENI COMP/39.315 (Gas))

VII. Regulierung als Übergangsstadium

1. Regulierung als Ausnahme

=> Abweichung von Prinzipien des Zivilrechts:

- Eigentumsfreiheit (kein Zwang, mit Dritten zu teilen)
- Vertragsfreiheit (kein Zwang, mit Dritten zu kontrahieren)
- Wettbewerbsfreiheit (kein Zwang, Wettbewerb Dritter zu fördern)

2. Regulierung nur, wenn 3-Kriterien-Test erfüllt:

§ 10 Abs. 2 S. 1 TKG: „Für eine Regulierung nach diesem Teil kommen Märkte in Betracht,

- die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind,
- längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
- **auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht**, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“.

Ziel = Deregulierung zugunsten von Wettbewerb und Kartellrecht



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414
Email: tkoerbe@gwdg.de
Website: www.ls-koerber.de