

## Die Einbindung sektorspezifischen Wettbewerbsrechts in das allgemeine Kartellrecht Eine Untersuchung ausgewählter teilliberalisierter Märkte

von Dr. Franz Böni\*

*In den letzten Jahren wurden – zumeist auf Initiative des EG-Gesetzgebers hin – vormals monopolisierte Märkte nach und nach für den Wettbewerb geöffnet und dabei ein teils mehr, teils weniger umfangreiches sektorspezifisches Wettbewerbsrecht geschaffen. Eine parallele Entwicklung ist auch in der Schweiz zu beobachten. Dass diese teilliberalisierten Märkte spezifischer Funktionsvoraussetzungen bedürfen, damit sich Wettbewerb etablieren kann, steht wohl außer Zweifel. Kontrovers und spannungsreich erweist sich indes das Verhältnis des sektorspezifischen Rechts zum allgemeinen Kartellrecht sowie die Frage, wie die behördliche Aufgabenwahrnehmung zu erfolgen hat, und dies unabhängig davon, ob die entsprechende Rechtsordnung der EG, Deutschlands oder der Schweiz im Blickpunkt steht. Diese Problematik soll, mit dem Ziel, eine weitergehende Sektoralisierung des Kartellrechts zu vermeiden, einer pragmatischen Lösung zugeführt werden.*

I. Einführung	1
II. Branchenuntersuchung	2
1. Telekommunikation	2
a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage	2
b) Deutschland	3
c) Schweiz	5
2. Energiewirtschaft	6
a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage	6
b) Deutschland	6
c) Schweiz	8
3. Schienenverkehr	8
a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage	8
b) Deutschland	9
c) Schweiz	10
4. Postwesen	10
a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage	10
b) Deutschland	11
c) Schweiz	11
III. Schlussbemerkung	12

### I. Einführung

Lange Zeit war die Ansicht vorherrschend, dass in Branchen wie Telekommunikation, Post, Energiewirtschaft und Schienenverkehr, welche sich dadurch auszeichnen, dass der Zugang zu den Leistungen von Netzen oder ähnlich gelagerten Infrastrukturen abhängig ist, die Leistungserbringung durch den Staat zu erfolgen habe. Es handle sich gleichsam um seine ureigenste Aufgabe, durch Schaffung entsprechender Infrastrukturen diese Güter und Leistungen der Daseinsvorsorge der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Für die Erbringung dieser Leistungen durch die öffentliche Hand bestünde auch ein ganz praktisches Bedürfnis, da diese – mangels

Aussicht auf Gewinn – andernfalls am Markt gar nicht oder jedenfalls nur in ausgewählten lukrativen Bereichen angeboten würden.<sup>1</sup> Eine derart befürchtete „Rosinenpickerei“ sollte durch die Übertragung von Monopolrechten an staatliche Unternehmen verhindert werden, weil sie dem Ziel der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zuwiderzulaufen schien.<sup>2</sup>

Indes zeigen die heutigen Erfahrungen, dass gerade das Gegenteil richtig ist und die Befürchtungen insoweit unbegründet sind. Der durch den fehlenden Wettbewerb bedingte Mangel an Effizienzreizen bei staatlichen Monopolen hat – gemeinsam mit einem nachlässigen Ressourceneinsatz – überhöhte Kosten zur Folge, so dass private Unternehmen die in Rede stehenden Leistungen in der Regel günstiger und effektiver erbringen und dabei Gewinne erwirtschaften können.<sup>3</sup> Dies ist auch aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu begrüßen, da bei staatlichen Monopolen eine wettbewerbsbedingte externe Kontrollmöglichkeit gerade nicht vorhanden ist.<sup>4</sup>

Folgerichtig fand unter der Losung „Wettbewerb ist effektiver als das Monopol“<sup>5</sup> in den letzten Jahren in Europa eine zunehmende Liberalisierung staatlich monopolisierter Märkte, häufig verbunden mit einer gleichzeitigen Privatisierung,<sup>6</sup> statt mit dem Ziel, die Märkte zu öffnen und so dem freien Wettbewerb zu unterstellen sowie einen einheitlichen gemeinschaftlichen Binnenmarkt zu schaffen.<sup>7</sup>

Die besondere Problematik dieser Liberalisierungsbemühungen auf den o. g. Märkten liegt in der Tatsache begründet, dass aufgrund der Netzstrukturen monopolistische Engpässe bestehen. Als solche lässt sich die Infrastruktur nicht – oder zumindest volkswirtschaftlich nicht sinnvoll – duplizieren. Es besteht insoweit ein natürliches Monopol zugunsten des Inhabers der Infrastruktureinrichtungen.<sup>8</sup> Diese Marktconstellation resultiert zum einen daraus, dass der Netzbetreiber in der Regel von bedeutenden Skaleneffekten profitiert, die auf regionalen Dichtevorteilen von Infrastrukturen beru-

\* Für die wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung und Ausarbeitung dieses Beitrages dankt der Verfasser Herrn stud. iur. Christoph Palzer, Konstanz.

1 Stüber, Der Städtetag 3/2001, 42, 43.

2 Hallenga, ArchivPT 1996, 239, 239 f.

3 Schulze, Diskussionsbeitrag Nr. 53 der Universität Potsdam, 2003, S. 6, so auch Haucap/Kruse, PWP (Perspektiven der Wirtschaftspolitik) 2004, 337.

4 Schulze (Fn. 3), S. 52.

5 So Weiland/Keilhofer, Mergers & Acquisitions (M&A) 2001, 332.

6 Duijm, in: Berg, Deregulierung und Privatisierung: Gewolltes – Erreichtes – Versäumtes, 2002, S. 9.

7 Vgl. etwa die ONP-Richtlinie 90/387/EWG v. 28.6.1990, ABl. EG 1990 L 192, 1, die Eisenbahnrichtlinie 91/440/EG v. 29.7.1991, ABl. EG 1991 L 237, 25, die Stromrichtlinie 96/92/EG v. 19.12.1996, ABl. EG 1996 L 27, 20, die erste Postrichtlinie 97/67/EG v. 15.12.1997, ABl. EG 1998 L 15, 14, sowie die Gasrichtlinie 98/30/EG v. 22.6.1998, ABl. EG 1998 L 204, 1.

8 Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG v. 30.6.2006, Rn. 162.

hen. Daneben bedeutet der große Umfang an sog. versunkenen Kosten („sunk costs“), also solcher Kosten, die für die Errichtung der Netzinfrastrukturen erforderlich sind,<sup>9</sup> für potentielle Neueinsteiger ein hohes Investitionsrisiko, das einen Markteintritt für neue Anbieter in den meisten Fällen nicht rational macht. Beide Effekte haben daher sehr hohe Marktzutrittsschranken zur Folge.<sup>10</sup> Aufgrund des Umstandes, dass die Netzbetreiber i. d. R. auch auf dem vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind – man spricht insoweit von vertikaler Integration<sup>11</sup> –, ergibt sich für die Liberalisierung entsprechender Märkte ein immanenter wettbewerbspolitischer Zielkonflikt, der in der Entscheidung zwischen Regulierung oder Nichtregulierung des Netzzugangs besteht. Bei Nichtregulierung des Netzzugangs kann der Netzinhaber Monopolpreise erheben. Wird der Netzzugang hingegen staatlich reguliert, besteht ein erheblicher Anreiz, die so verlorene Monopolrente durch die Monopolisierung des nachgelagerten Marktes wieder auszugleichen.<sup>12</sup> Beides ist indes offensichtlich nicht gewünscht. Zwar läge ein Ausweg in der vollständigen Desintegration der monopolistischen Infrastruktur von den weiteren Unternehmensbereichen. Einer solchen stehen jedoch in der Regel rechtliche und politische Grenzen<sup>13</sup> sowie ökonomische Bedenken<sup>14</sup> entgegen. Dessen ungeachtet hat die Kommission jüngst mit Nachdruck die Frage eigentumsrechtlicher Entflechtung auf den mitgliedstaatlichen Energiemärkten auf die politische Agenda gesetzt.<sup>15</sup> Hierauf wird an gegebener Stelle zurückzukommen sein.

Der gegenwärtige Stand der Liberalisierungsbemühungen in den Branchen Telekommunikation (1.), Energiewirtschaft (2.), Schienenverkehr (3.) und Postwesen (4.) soll nach alledem insbesondere im Hinblick auf die Frage der Regulierung und Wege ihrer Durchsetzung sowie künftige Entwicklungstendenzen kritisch gewürdigt werden. Dabei werden die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen sowie die Entwicklungen in Deutschland und der Schweiz beleuchtet. In diesem Zusammenhang soll insbesondere das Augenmerk auch auf die Frage gerichtet werden, welche Rolle das allgemeine Kartellrecht – namentlich die Missbrauchsaufsicht – auf diesen Märkten spielt. Über die Implementierung der sog. Doktrin der wesentlichen Einrichtungen („Essential Facilities“-Doktrin)<sup>16</sup> durch die Kommission sieht das EG-Wettbewerbsrecht etwa mit Art. 82 EG eine Möglichkeit des Zugangs von Wettbewerbern zu wesentlichen Einrichtungen sowie mit Art. 82 Abs. 2 lit. a EG eine Möglichkeit der Entgeltkontrolle vor. Die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages sind grundsätzlich auch auf alle Wirtschaftszweige anwendbar,<sup>17</sup> soweit nicht der Vertrag selbst Ausnahmen vorsieht.<sup>18</sup> Das gilt ungeachtet etwaiger gesetzgeberischer Maßnahmen sektorspezifischer Art.<sup>19</sup> Die demgegenüber teilweise angestellten Erwägungen bezüglich eines Vorranges der jeweiligen Richtlinien als speziellem Sekundärrecht gegenüber den Art. 81 ff. EG vermögen nicht zu überzeugen.<sup>20</sup> Der EuGH hat mehrfach den grundsätzlich umfassenden Geltungsanspruch der Art. 81 ff. EG bestätigt.<sup>21</sup> Die Einschlägigkeit des EG-Kartellrechts hängt aber stets von einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ab.<sup>22</sup> Insoweit bleibt die Frage der Bedeutung des allgemeinen Kartellrechts für alle Fälle, in denen die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht erfüllt ist, im Rahmen des nationalen Rechts aktuell. Aus ordnungspolitischer Sicht erweist sich gerade bei der wettbewerbliehen Öffnung ehemals staatsmonopolistischer Märkte die Schaffung spezieller Funktionsvoraussetzungen für einen freien Markt,<sup>23</sup> die das allgemeine Kartellrecht so nicht zu bieten in der Lage ist,<sup>24</sup> als unentbehrlich. So ermöglicht sektorspezifische Regulierung – anders als die allgemeine Wettbewerbsaufsicht – gezielte marktgestaltende Eingriffe seitens des Staates.<sup>25</sup> Dies zugrunde legend soll einmal das Verhältnis nationalen Kartellrechts in Deutschland und der Schweiz zu den sektorspezifischen Regelungen betrachtet und sodann – von dem Ziel ausgehend, eine weitergehenden Sektoralisierung des Kartellrechts zu vermeiden, – untersucht werden, unter welchen Umständen die insoweit reaktive Kartellaufsicht den Anforderungen einer erfolgreichen Liberalisierung gerecht werden kann.

## II. Branchenuntersuchung

### 1. Telekommunikation

#### a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage

Die Telekommunikation gilt weithin als Musterbeispiel erfolgreicher europäischer Liberalisierungs- und Wettbewerbspolitik.<sup>26</sup> Bereits im Jahr 1987 veröffentlichte die Kommission ein Grünbuch über die Ent-

wicklung des Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte,<sup>27</sup> in dem sie – gleichsam richtungsweisend – das Ziel formulierte, die staatlichen Telekommunikationsmonopole in den Mitgliedstaaten Schritt für Schritt aufzulösen. Auf dieser Grundlage wurden in der Folge mehrere Liberalisierungsrichtlinien erlassen,<sup>28</sup> von denen die Wettbewerbsrichtlinie<sup>29</sup> aus dem Jahre 1996 im Hinblick auf ihre Bedeutung wegen der mit ihr verfolgten vollständigen Marktöffnung bis zum 1. Januar 1998 hervorzuheben ist. Für die meisten Mitgliedstaaten<sup>30</sup> konnte dieses Ziel tatsächlich auch bis zu diesem Zeitpunkt realisiert werden. Mit der Marktöffnung verbunden waren eine höhere Qualität der Dienste sowie niedrigere Verbraucherpreise.<sup>31</sup> Ergänzend wurde eine Verordnung betreffend die Entbündelung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss erlassen,<sup>32</sup> um den Wettbewerb auf der letzten Meile zu intensivieren.<sup>33</sup> Darin wurden die Betreiber von Anschlussnetzen, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2000 ein Standardangebot für den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen zu veröffentlichen.<sup>34</sup>

Im Anschluss an diesen Liberalisierungserfolg wurde die Frage der weiteren Vorgehensweise unter dem Gesichtspunkt, dass beinahe jeder staatliche Eingriff seinerseits Ineffizienzen erzeugt,<sup>35</sup> virulent. Insbesondere der Eingreifmechanismus bei einem Marktanteil ab 25% barg die Gefahr einer Überregulierung.<sup>36</sup> Der europäische Gesetzgeber erließ daraufhin ein Richtlinienpaket,<sup>37</sup> mit dem er den Telekommunikationssektor einem neuen Regulierungsrahmen unterstellte.<sup>38</sup> In diesem Zusammenhang erweist sich insbesondere der mit der

9 *Haucap/Kruse*, WuW 2004, 266, 266 f.

10 Vgl. bereits *Böni*, Jusletter v. 12.3.2007, Rn. 2.

11 *Kruse*, in: FS Schmidt, 1997, S. 247.

12 *Berndt/Keller*, Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt) 2002, 705, 708.

13 Als rechtliche Grenze sei nur die Eigentumsfreiheit genannt, *Kruse*, in: Berg (Fn. 6), S. 71, 79.

14 Verlust von Verbundvorteilen und Synergien, vgl. *Berndt/Keller*, WiSt 2002, 705, 709.

15 Kommission, Grünbuch – Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg.; Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren (Abschlussbericht), KOM (2006) 851 endg.; Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2007) 528 endg.

16 Dazu *Sullivan*, in: FS Fikentscher, 1998, S. 1062, 1067 ff.

17 *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. A., 1999, Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 89, Rn. 41.

18 So etwa für den Bereich der Landwirtschaft, vgl. Art. 42 EG.

19 Vgl. für den Energiesektor *Durach*, Die Einführung kompetitiver Strukturen auf den Energiemärkten, 1996, S. 171 m. w. N.

20 So im Ergebnis auch *Paulweber*, Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, 1999, S. 140 ff.

21 EuGH, Slg. 1986, 1425, 1466 Rn. 45 (Urt. v. 30.4.1986 – verb. Rs. 209 – 213/84) – *Ministère public/Asjes et al.*; Slg. 1987, 405, 451 Rn. 14 (Urt. v. 27.1.1987 – Rs. 45/85) – *Verband der Sachversicherer/Kommission*.

22 Sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel, vgl. dazu statt aller *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. A., 2007, Art. 81 Abs. 1 EGv Rn. 262 ff.

23 So *Paulweber/Weinand*, EuZW 2001, 232, 234.

24 *Duijijm* (Fn. 6), S. 11.

25 *Schebstadt*, WuW 2005, 6, 9.

26 *Bartosch*, CR 2000, 214, 215.

27 Kommission, Auf dem Weg zu einer dynamischen europäischen Volkswirtschaft: Grünbuch der Kommission über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte, KOM (1987) 290 endg.

28 Bedeutsame Liberalisierungsschritte wurden etwa mit der Endgeräte Richtlinie 88/301/EWG v. 16.5.1988, ABl. EG 1988 L 131, 73, betreffend die Aufhebung der Monopolrechte für den Verkauf und den Betrieb von Telekommunikationsendgeräten sowie der Dienstleistungsrichtlinie 90/388/EWG v. 28.6.1990, ABl. EG 1990 L 192, 10, die den Monopolbereich auf den Sprachtelefondienst und die Netze beschränkte, auf den Weg gebracht.

29 Wettbewerbsrichtlinie 96/19/EG v. 13.3.1996, ABl. EG 1996 L 74, 13.

30 Mit Ausnahme von Luxemburg (Marktöffnung zum 1.7.1998), Spanien, Irland (jeweils zum 1.12.1998), Portugal (zum 1.1.2000) und Griechenland (zum 31.12.2000).

31 Vgl. Kommission, Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpaketes für den Telekommunikationssektor: Telekommunikation in Europa – Regulierung und Märkte, KOM (2002) 695 endg., unter 4.6.2., 4.10.1.1.

32 Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 v. 18.12.2000, ABl. EG 2000 L 336, 4.

33 Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000.

34 Vgl. Art. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1, 2 der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000.

35 So *Haucap/Kruse*, Wirtschaftsdienst 2002, 92.

36 *Grussmann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. A., 2006, Einl. B Rn. 29.

37 Dazu ausführlich *Scherer*, K&R 2002, 273; 2002, 329; 2002, 385.

38 *Jüngling/Fleischmann/Hug*, MMR 2004, 283.

Rahmenrichtlinie<sup>39</sup> eingeleitete Abbau der Regulierung im Sinne einer Annäherung an allgemeines Wettbewerbsrecht<sup>40</sup> als bedeutsam, weil folgerichtig. Als solche verfolgt die Rahmenrichtlinie insofern einen asymmetrischen Regulierungsansatz, als nur diejenigen Telekommunikationsanbieter der Regulierung unterworfen werden, die über beträchtliche Marktmacht verfügen,<sup>41</sup> wobei sich der wettbewerbsrechtliche Ansatz insbesondere in Art. 14 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie manifestiert. Nunmehr wird die Annahme beträchtlicher Marktmacht nicht mehr ab einem Marktanteil von 25 % widerleglich vermutet,<sup>42</sup> sondern vielmehr das wettbewerbsrechtliche Begriffsverständnis, wie es durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt wurde, zugrunde gelegt.<sup>43</sup> Noch bedeutsamer ist insoweit aber wahrscheinlich, dass künftig nach dem Willen des Richtliniengabers gleichsam vorgelagert all diejenigen Märkte zumindest grundsätzlich einer Ex-ante-Regulierung entzogen sein sollen, die nicht im Rahmen der Marktdefinition als ihrer Eigenschaft nach regulierungsbedürftig eingestuft worden sind.<sup>44</sup> Damit ist zwar nicht nur auf den so definierten regulierungsbedürftigen Märkten<sup>45</sup> überhaupt noch Raum für den oben beschriebenen asymmetrischen Regulierungsansatz, denn insoweit als es sich bei der Empfehlung gerade nicht um einen für die Mitgliedstaaten verbindlichen Rechtsakt handelt,<sup>46</sup> besteht für die nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit, auch andere als die von der Kommission vorgegebenen Märkte der Regulierung zu unterwerfen.<sup>47</sup> Angesichts der Tatsache, dass Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie aber „weitestgehende Berücksichtigung“ vorschreibt, mit der Folge, dass jedwede Abweichung der Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gründe bedarf, sind einer allzu weit gehenden Ausweitung der Regulierung insoweit Schranken gesetzt.

In die gleiche Richtung gehen auch die ebenfalls im Rahmen des Richtlinienpakets erlassene Genehmigungs-<sup>48</sup> sowie die Universalienrichtlinie.<sup>49</sup> Während letztere nur noch im Falle eines Marktversagens ein Eingreifen der Regulierungsbehörden vorsieht, grundsätzlich also die Erbringung der Dienste für Endnutzer dem freien Markt überlässt,<sup>50</sup> wurde mit ersterer von dem Erfordernis einer vorherigen Einzelgenehmigung für den Marktzutritt abgerückt und den Mitgliedstaaten die Einführung eines Allgemeinenehmigungsregimes aufgegeben.<sup>51</sup> Mit dem so gestalteten, in einem Dreischritt<sup>52</sup> erfolgenden Regulierungsansatz begegnet der EG-Gesetzgeber dem Konfliktpotential zwischen dem allfälligen Erfordernis von Regulierung liberalisierter Märkte, das der Anfälligkeit gerade dieser durch jahrzehntelange Monopolstrukturen geprägten Märkte für Beeinträchtigungen geschuldet ist,<sup>53</sup> und der Verursachung von Ineffizienzen durch staatliche Eingriffe, indem die Frage der Regulierung gleichsam unter das Damoklesschwert des Nichtbestehens wirksamen Wettbewerbs gestellt und damit auf ein möglichst geringes Maß herabgeführt wird.

Die Erkenntnis, dass sich staatliche Regulierung stets nur dann rechtfertigt, wenn eine systematische und gravierende Form der Marktunvollkommenheit vorliegt, gilt es, auch in der regulatorischen Praxis ernst zu nehmen. Regulierung vermag gegenüber dem freien Spiel der Kräfte nicht mehr als eine zweitbeste Lösung („second best“) darzustellen. Noch unter Geltung der ursprünglichen Märkteempfehlung<sup>54</sup> bestand – angesichts der faktischen Bindung der nationalen Regulierungsbehörden an die Vorgaben der EG – eine nicht nur unerhebliche Gefahr der Überregulierung, da auch solche Märkte erfasst waren, die bei strikter Anwendung des wettbewerbsorientierten Ansatzes der Richtlinie als grundsätzlich wettbewerbsfähig anzusehen waren.<sup>55</sup> Diesen Bedenken wird nunmehr in begrüßenswerter Weise mit der neuen Märkteempfehlung insoweit Rechnung getragen, als die meisten Endkundenmärkte nicht mehr als potentiell regulierungsbedürftig angesehen werden.<sup>56</sup>

#### b) Deutschland

Grundlage der Liberalisierung der Telekommunikation in Deutschland war das TKG von 1996, welches durch das neue, am 26. Juni 2004<sup>57</sup> in Kraft getretene TKG abgelöst wurde. Angesichts der vormaligen monopolistischen Struktur des Telekommunikationsmarktes und des in diesem Zusammenhang als Schwäche des allgemeinen Wettbewerbsrechts angesehenen späten Eingriffszeitpunktes ex post hielt man es für unzureichend, den Markt zu liberalisieren und alsdann den freien Kräften des Wettbewerbs zu überlassen,<sup>58</sup> weil insbesondere nicht mit dem unmittelbaren Eintritt struktureller Chancengleichheit im Wettbewerb gerechnet werden konnte.<sup>59</sup> Daher wurde in Ergänzung des allgemeinen Wettbewerbsrechts mit dem TKG ein sektorspezifisches Kartellrecht geschaffen, welches – insoweit über das Instru-

mentarium des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinausgehend – präventive Steuerungsmechanismen vorsieht. Die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen der Regulierung bilden dabei die §§ 19 ff. TKG, die die Verpflichtung des Netzbetreibers, einem Dritten Zugang i. S. d. § 3 Nr. 32 TKG zu gewähren, regeln, sowie § 31 TKG, der die ex ante erfolgende Entgeltgenehmigung für Zugangsleistungen zum Gegenstand hat.

Letztere verfolgt den Zweck der Sicherung und Förderung eines chancengleichen funktionsfähigen Wettbewerbs.<sup>60</sup> Maßgebliche Bezugsgröße für die Ex-ante-Entgeltregulierung sind die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung. Darunter sind nicht etwa die einem Telekommunikationsunternehmen tatsächlich angefallenen Kosten zu verstehen, sondern nur diejenigen, die für die Produktion und Bereitstellung der jeweiligen Leistung unverzichtbar sind.<sup>61</sup> Daraus erhellt, dass Kosten, die etwa durch Fehlinvestitionen oder ähnlichem in den tatsächlichen Kosten enthalten sind, keine Größe einer effizienten Leistungsbereitstellung darstellen.<sup>62</sup> Nicht unerwähnt soll aber die Möglichkeit der Unternehmen bleiben, auch solche Kosten, die über diejenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung hinausgehen, durch Nachweis einer sachlichen Rechtfertigung der Berücksichtigung zuzuführen (§ 31 Abs. 3 TKG). Der Anknüpfung an Effizienzgesichtspunkte ist jedoch das Problem der asymmetrischen Information zwischen Regulierer und Unternehmen immanent.<sup>63</sup> Die Entgeltregulierung beruht daher in vielen Fällen, um mit den Worten von Hayeks zu sprechen, auf angemaßtem Wissen. Die Rechtsprechung kommt dem Regulierer zwar insoweit zur Hilfe, als sie in § 31 Abs. 2 TKG eine Beweislastumkehr für die Berechtigung eines beantragten Entgelts auf die Unternehmen erblickt:<sup>64</sup> Sind nicht genügend Informationen bereitgestellt, wird die Entscheidung der Behörde jedoch allein anhand einer – für das Unternehmen regelmäßig ungünstigeren – Vergleichsmarktbetrachtung oder anhand eines Kostenmodells gefällt. Man kann darin gleichsam eine Rüge für die Verletzung unternehmerischer Mitwirkungsobliegenheiten sehen. Das Problem asymmetrischer Information stellt sich in dieser Deutlichkeit gleichwohl nur beim Einzelgenehmigungsverfahren. Mit dem Price-Cap-Verfahren<sup>65</sup> gibt § 32 TKG der Bundesnetzagentur jedoch noch ein weiteres Genehmigungsverfahren an die Hand. Dabei werden die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zu-

39 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG v. 7.3.2002, ABl. EG 2002 L 108, 33.

40 Erwägungsgründe 25 u. 27 der Rahmenrichtlinie.

41 Paulweber/Weinand, EuZW 2001, 232, 234.

42 Vgl. Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33/EG v. 30.6.1997, ABl. EG 1997 L 199, 32.

43 Vgl. auch Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie; Ladeur, K&R 2002, 110, 111.

44 Vgl. Art. 15 der Rahmenrichtlinie.

45 Entsprechend der neuen Märkteempfehlung (ABl. EU 2007 L 344, 65) sollen dies nach Ansicht der Kommission anstatt ursprünglich 18 nur noch deren sieben sein.

46 Vgl. Art. 249 Abs. 5 EG.

47 So geschehen in Deutschland etwa auf dem Markt für die regionale Breitbandzuführung; umgekehrt eröffnet die fehlende Verbindlichkeit der Märkteempfehlung den nationalen Regulierungsbehörden aber auch die Möglichkeit, in der Empfehlung enthaltene Märkte von der Regulierung auszunehmen.

48 Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG v. 7.3.2002, ABl. EG 2002 L 108, 21.

49 Universalienrichtlinie 2002/22/EG v. 7.3.2002, ABl. EG 2002 L 108, 51.

50 Erwägungsgrund 26 der Universalienrichtlinie.

51 Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie.

52 1. Ermittlung der grundsätzlich für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte = Marktdefinitionsverfahren, Art. 15 der Rahmenrichtlinie, 2. Untersuchung hinsichtlich Bestehen wirksamen Wettbewerbs auf den so ermittelten Märkten = Marktanalyseverfahren, Art. 16 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie, 3. nur verneinendenfalls Auferlegung geeigneter Verpflichtungen für über beträchtliche Marktmacht auf dem relevanten Markt verfügende Unternehmen, Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie.

53 Paulweber/Weinand, EuZW 2001, 232, 234.

54 Vgl. Märkteempfehlung 2003/311/EG v. 11.2.2003, ABl. EG 2003 L 114, 45.

55 So etwa Telefonverbindungen im In- und Ausland, Mietleitungen und Transitedienste, vgl. Knieps, NZZ v. 29./30.9.2007, 33.

56 Märkteempfehlung 2007/879/EG, ABl. EU 2007 L 344, 65.

57 Vgl. § 152 Abs. 1 S. 1 TKG.

58 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drs. 13/3609, 33, 34.

59 Rittaler, WuW 1996, 699, 701.

60 BVerwG, NVwZ 2004, 233, 235 (Urt. v. 25.6.2003 – Az. 6 C 17.02).

61 Schuster/Stürmer, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. A., 2000, § 24 Rn. 11.

62 Wagner, K&R 1998, 234, 241.

63 Vgl. dazu bereits Böni, Jusletter v. 12.3.2007, Rn. 11.

64 Vgl. die Nachweise bei Scherer, NJW 2006, 2016, 2018.

65 Vgl. § 34 TKG.

sammengefasster Dienstleistungen zum Maßstab gemacht.<sup>66</sup> Mit der Überprüfung nur der durchschnittlichen Entgelte für die im Korb zusammengefassten Dienstleistungen kann man sich insofern von den Schwierigkeiten der Entgeltkontrolle im Einzelnen lösen.<sup>67</sup> Gleichwohl dominiert – wohl aufgrund der mit dem Price-Cap-Verfahren verbundenen Missbrauchsgefahr<sup>68</sup> – das Einzelgenehmigungsverfahren.

Was das Verhältnis zwischen TKG und dem GWB anbelangt, erweist sich ein Blick auf die Kollisionsnorm des § 2 Abs. 3 TKG als weiterführend. Danach ist die Anwendbarkeit des GWB nur für solche Fälle ausgeschlossen, für die das TKG eine ausdrücklich abschließende Regelung trifft. Der Streit um das Verhältnis des TKG zum GWB dürfte, so sollte man meinen, durch die Neufassung des Wortlautes überkommen und im Sinne einer parallelen Anwendbarkeit beider Gesetze entschieden sein.<sup>69</sup> Dies entspricht nicht zuletzt dem Telos des TKG, den Weg zur Entlassung der Telekommunikationsmärkte aus dem sektorspezifischen Recht hin zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu ebnen.<sup>70</sup> Diesem Ziel würde eine allgemeine Verdrängung des GWB durch das TKG<sup>71</sup> diametral zuwiderlaufen. In diesem Sinne spricht nicht zuletzt auch die institutionelle Verzahnung von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörde eine eindeutige Sprache: § 123 Abs. 1 TKG verpflichtet die Behörden nicht nur zu einer harmonisierenden Auslegung, sondern macht die Marktanalyse und -analyse der Regulierungsbehörde davon abhängig, dass das BKartA sein Einverständnis erklärt. § 123 Abs. 1 S. 1 TKG setzt diesbezüglich also eine vollständige Willensübereinstimmung beider Behörden voraus.<sup>72</sup> Gleichwohl wirft die parallele Anwendbarkeit im Einzelfall Probleme auf. Zu nennen sind hier insbesondere die Spaltung der Zuständigkeiten und der Gerichtszweige.<sup>73</sup> Für Fragen des allgemeinen Kartellrechts sind die Kartellbehörden zuständig, während die sich aus dem TKG ergebenden Aufgaben von der Bundesnetzagentur wahrgenommen werden (§ 116 TKG). Dasselbe Bild ergibt sich für den Rechtsschutz: Gegen Entscheidungen des BKartA ist der Rechtsweg zu den Kartellgerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit eröffnet, während für Klagen gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Insofern fehlt es also an einer zentralen Letztentscheidungsinstanz, so dass die Gefahr einer Auseinanderentwicklung von allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht besteht. Darauf wird, auch im Hinblick auf die diesbezügliche Ausgestaltung in den anderen zu untersuchenden Sektoren, zurückzukommen sein.

Angesichts des ausgesprochen erfolgreichen Verlaufs der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob Regulierungsmaßnahmen weiterhin ihre Berechtigung haben oder ob nicht vielmehr der Telekommunikationsmarkt mittlerweile, trotz möglicherweise immer noch bestehender Marktunvollkommenheiten,<sup>74</sup> vom sektorspezifischen in das allgemeine Kartellrecht zu überführen ist.<sup>75</sup> Für Letzteres streitet zum einen die der asymmetrischen Regulierung geschuldete weitergehende, nicht nur unerhebliche Einschränkung der Autonomie marktstarker Unternehmen<sup>76</sup> im Vergleich zu deren Mitbewerbern. Die so bewirkte Diskriminierung ist in extremis gar geeignet, den Infrastrukturwettbewerb zu behindern, indem sie den Mitbewerbern Anreize liefert, nicht oder zumindest weniger in den Aufbau eigener Netze zu investieren und damit die Regulierung zum Dauerzustand zu machen.<sup>77</sup> Zum anderen erweist sich die Erkenntnis als weiterführend, dass es sich bei Regulierung um einen bürokratischen Prozess handelt, der ebenso unvollkommen ist und versagen kann wie Märkte und notwendigerweise seinerseits Ineffizienzen erzeugt.<sup>78</sup> Überdies besteht die nicht ganz von der Hand zu weisende Gefahr, dass die Regulierungsbehörde früher oder später von der beaufsichtigten Industrie eingefangen wird, ihre Interessen zu vertreten,<sup>79</sup> mit der Folge des Schutzes der einzelnen Marktteilnehmer vor allzu scharfem Wettbewerb anstelle von dessen Förderung.<sup>80</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass partiell die Möglichkeit einer abschließlichen Unterstellung des Telekommunikationsmarktes unter das allgemeine Kartellrecht bereits unter Zugrundelegung des wettbewerbsorientierten Ansatzes des – das o. g. Richtlinienpaket umsetzenden – TKG erreicht wird. Eine Anwendung des TKG kommt danach nämlich nur noch dann in Betracht, wenn sich der im sog. Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ermittelte Markt als regulierungsbedürftig erweist.<sup>81</sup> Dies ist dann nicht der Fall, wenn es sich um einen nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt handelt, wenn also – mit den Worten des Gesetzes ausgedrückt – der Wettbewerb so abge-

sichert ist, dass er auch nach der Rückführung sektorspezifischer Regulierung fortbesteht.<sup>82</sup> Entscheidende Bedeutung kommt insoweit der Marktanalyse zu. Die Festlegung der sachlich und räumlich relevanten Märkte, die nach § 10 TKG für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, soll entsprechend dem Verfahren der Marktanalyse, wie es aus dem allgemeinen Kartellrecht bekannt ist, mithin nach den dort gebräuchlichen ökonomischen Kriterien erfolgen.<sup>83</sup> Es lässt sich freilich beobachten, dass die vorgesehene Kongruenz mit dem Kartellrecht bei der Marktanalyse nicht durchgehalten wird. Während im allgemeinen Kartellrecht die Wettbewerbsbehörden tendenziell eine enge Marktanalyse vornehmen,<sup>84</sup> grenzen die Regulierungsbehörden die Märkte häufig weiter ab, als dies bei strenger Zugrundelegung der wettbewerbsrechtlichen Kriterien der Fall wäre.<sup>85</sup> Zwar stellt die Kommission in den Leitlinien zur Marktanalyse<sup>86</sup> klar, dass die nationalen Regulierungsbehörden, insbesondere wegen der zukunftsorientierten Analyse, zu vom Wettbewerbsrecht abweichenden Ergebnissen gelangen können.<sup>87</sup> Im Prinzip sollten sie aber zu den gleichen Ergebnissen gelangen. Die abweichende Marktanalyse sollte daher allenfalls die Ausnahme, nicht jedoch, wie gegenwärtig der Fall, die Regel darstellen. Dass dieses Faktum vielmehr mit der Interdependenz von Regulierungsbedürftigkeit des Marktes und Bestand der Regulierungsbehörde zusammenhängt, kann an dieser Stelle nur vermutet werden.

Selbst wenn man eine vollständige Deregulierung des Telekommunikationsmarktes nicht befürwortet, weil man etwa die (vermeintlich) höhere Effektivität der Regulierung, beruhend auf flächendeckenden Ex-ante-Eingriffen,<sup>88</sup> in den Vordergrund stellt, muss man doch zumindest fordern, dass den wettbewerbsrechtlichen Kriterien für die Marktanalyse der ihnen gebührende Stellenwert eingeräumt wird. Ganz zwanglos ließe sich durch die daraus resultierende enge Marktanalyse, mit dem Ergebnis, dass namentlich die Deutsche Telekom AG auf einzelnen Märkten nicht mehr als marktbeherrschend angesehen werden könnte und die Regulierung insoweit entfallen müsste,<sup>89</sup> dem allgemeinen Kartellrecht in weiten Bereichen des Telekommunikationssektors zur Geltung verhelfen. Damit wäre zumindest eine Reduzierung der jeder Regulierung anhaftenden negativen Effekte zu erreichen.

Dies wäre ein Schritt in die richtige Richtung, nicht mehr und nicht weniger. Zielführend kann aber nur eine vollständige Deregulierung sein. Ob dies möglich und sinnvoll ist, hängt maßgeblich davon ab, ob das allgemeine Kartellrecht seinerseits Instrumente bereithält, die sowohl Anbieter als auch Marktgegenseite hinreichend schützen.<sup>90</sup> Namentlich mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB steht ein solches Instrument zur Lösung der spezifischen Probleme, die von der vertikalen Integration eines Marktbeherrschers herrühren, zur Verfügung. Es dürfte sich insbesondere auch unter den gegebenen wettbewerblichen Verhältnissen

66 Dazu Scherer, NJW 2000, 772, 775.

67 So auch Schroeder, WuW 1999, 14, 21.

68 Schuster/Ruhle, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 32 Rn. 14.

69 Insofern ging die wohl h. M. früher von einer Verdrängung des GWB im Anwendungsbereich des TKG aus, vgl. dazu Schroeder, WuW 1999, 14, 15 f.; Möschel, K&R 2001, 619.

70 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 1.

71 So aber Mayen, CR 2005, 21, 26.

72 Geppert, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 123 Rn. 9.

73 Dazu Rittaler, WuW 1996, 699, 704.

74 Zu nennen sei etwa die Gefahr von Quersubventionierungen im Bereich des Teilnehmeranschlusses.

75 Sog. „Phasing Out“, vgl. Schroeder, WuW 1999, 14, 16; Knieps, MMR-Beilage 3/1999, 18.

76 Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drs. 13/3609, 33, 43.

77 Knieps, MMR-Beilage 3/1999, 18, 18 f.; Engel, MMR-Beilage 3/1999, 7, 8 f.

78 Schebstadt, WuW 2005, 6, 13.

79 Sog. „capture theory“, vgl. Sobania, Diskussionsbeitrag Nr. 37 der Universität Potsdam, 2000, S. 17.

80 Möschel, WuW 2002, 683, 688.

81 Vgl. §§ 10, 11 TKG sowie dazu Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 44, BT-Drs. 16/300, 219, 246.

82 Vgl. § 3 Nr. 12 TKG.

83 Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 44, BT-Drs. 16/300, 219, 271.

84 Haucap/Kruse, Wirtschaftsdienst 2002, 92, 93.

85 Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 44, BT-Drs. 16/300, 219, 271.

86 Kommission, Marktanalyseleitlinien, ABl. EG 2002 C 165, 6.

87 Kommission, Marktanalyseleitlinien, ABl. EG 2002 C 165, 6, Rn. 27 f.

88 Kirchner, WuW 2007, 327.

89 Haucap/Kruse, Wirtschaftsdienst 2002, 92, 93.

90 Eisenblätter, Regulierung in der Telekommunikation, 2000, S. 148.

als ausreichend durchschlagskräftig erweisen. Allenfalls Fragen der technischen Regulierung könnten der sektorspezifischen Regulierung vorbehalten bleiben.<sup>91</sup> Nur so wird man dem jeder Regulierung vorgegebenen Ziel, eine Selbstregelung des Marktes herbeizuführen, gerecht.<sup>92</sup> Der damit einhergehende Kompetenzverlust der entsprechenden Sonderaufsichtsbehörde ist notwendig – so schmerzhaft er politisch auch sein mag, weil die Neigung dieser Behörden zu verzeichnen ist, ihre Existenz auf Dauer sicherzustellen, selbst um den Preis der Regulierung wettbewerblich funktionierender Bereiche.<sup>93</sup>

Nach alledem ist daher für den deutschen Telekommunikationssektor eine vollständige Deregulierung im Sinne einer Überführung der sektorspezifischen Regulierung hin zu allgemeinem Kartellrecht zu befürworten. Die aus ordnungspolitischer Sicht als massiver Eingriff in den Marktprozess anzusehende Regulierung hat insoweit, nachdem sie ihren Zweck erfüllt hat, nämlich den Marktzugang zu angemessenen Entgelten zu eröffnen und den Wettbewerb zu aktivieren, gegenüber der reaktiven Kartellaufsicht zu weichen. Auch die Tatsache, dass kaum je eine absolute Gewähr für einen funktionsfähigen Wettbewerb gegeben werden kann, vermag kein Regulierungsbedürfnis zu begründen. Andernfalls müsste man auch weithin als funktionsfähig angesehene Märkte einem Regulierungsregime unterwerfen. Dies indes wird wohl niemand ernsthaft befürworten.

### c) Schweiz

In der Schweiz hielt die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes 1998 mit Inkrafttreten des neuen schweizerischen Fernmeldegesetzes (FMG) Einzug, welches nunmehr mit Wirkung vom 1. April 2007 durch das neue FMG abgelöst wurde. Das Regulierungsregime ist dabei insgesamt schlanker gehalten als das gemeinschaftliche, was maßgeblich damit zusammenhängt, dass insoweit ein anderer Regulierungsansatz verfolgt wird: Im Gegensatz zu der ex ante erfolgenden Entgeltgenehmigung etwa in Deutschland besteht in der Schweiz im Wesentlichen eine Ex-post-Kontrolle der Entgelte für Netzzugangsleistungen. Einer solchen Kontrolle vorgeschaltet ist aber, dass die Parteien sich nicht im Verhandlungswege einigen können,<sup>94</sup> womit das Gesetz gleichsam einen Verhandlungsvorrang kodifiziert. Dem Vorteil einer schlanken Regulierung stehen, so wird konstatiert, Nachteile für den Zugangsnachsuchenden gegenüber, die sich insbesondere in einem langwierigen und kostspieligen Verfahren niederschlagen.<sup>95</sup>

Große Kontroverse hat die Frage der Entbündelung der letzten Meile, also dem Kupferkabel zwischen Ortszentrale und Hausanschluss, ausgelöst, an dem die Swisscom bislang ein Monopol innehatte. Während auf EG-Ebene bereits im Jahr 2000 eine entsprechende Verordnung erlassen worden war, hatte noch Ende November 2004 das Bundesgericht einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Swisscom Fixnet AG gegen eine Verfügung der Schweizer Regulierungsbehörde ComCom,<sup>96</sup> in der sie zugunsten der TDC Switzerland AG zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss entsprechend den Bedingungen von Art. 11 Abs. 1 FMG a.F. verpflichtet worden war, stattgegeben.<sup>97</sup> War die Entscheidung des Bundesgerichts schon unter Geltung des alten FMG heftig kritisiert worden,<sup>98</sup> kann sie mit Inkrafttreten des neuen FMG als überholt gelten. In Art. 11 Abs. 1 sieht das FMG nunmehr eine vollständige Entbündelung der letzten Meile vor. Gleichwohl erscheint es lohnenswert, sich mit den Bedenken gegen die Entbündelung der letzten Meile auseinanderzusetzen. Auch wenn die Entscheidung des Bundesgerichts sich formal auf das Fehlen einer genügenden Grundlage und den insoweit unklaren Wortlaut stützt,<sup>99</sup> fragt sich nämlich, ob nicht – angesichts der bestehenden Möglichkeit, eine vollständige Entbündelung auf Grundlage teleologischer Erwägungen zu begründen,<sup>100</sup> – ganz grundsätzlich Bedenken gegen eine vollständige Entbündelung bestanden respektive bestehen, die einen entsprechenden Entscheid verhindern. Eine Entbündelung insbesondere moderner Bitstrom-Dienste, so wird argumentiert, lege die Befürchtung nahe, dass Investitionsanreize wegfielen, was auf lange Sicht gesehen die Grundversorgung gefährde und technologische Entwicklungen der Telekommunikationsinfrastruktur bremse.<sup>101</sup> Eine solche Gefahr besteht indes dann nicht, wenn der Netzinhaber im Wege einer auf ausreichenden Kostensätzen basierenden und anreizorientierten Abgeltung für seine Kosten hinreichend entschädigt wird. Ganz grundsätzlich sind die oben geäußerten Bedenken im Bereich der letzten Meile als gering einzuschätzen. Der Teilnehmeranschluss („local loop“) ist in der Schweiz weitestgehend erstellt und dort, wo neue Kupferleitungen

gelegt werden müssten, wäre eine kostendeckende Erstellung gesetzlich gesichert.<sup>102</sup> Entscheidend redet aber eine hiermit langfristig bewirkte Intensivierung des Wettbewerbs der Entbündelung der letzten Meile das Wort.<sup>103</sup> Auch unter dem Gesichtspunkt, dass das FMG ohnehin eine Angleichung an die Liberalisierungsvorhaben der EG bezweckt, ist die nunmehr erfolgte Anpassung in dieser Frage zu begrüßen.

Das FMG entbehrt einer Regelung betreffend das Verhältnis zum Kartellgesetz (KG). Die Rechtsprechung hat jedoch bereits insoweit für Klarstellung gesorgt, als sie von einer parallelen Anwendbarkeit ausgeht.<sup>104</sup> Die sektorspezifischen Regelungen treten zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzu und schließen diese nicht aus.<sup>105</sup> Insoweit gleicht die Situation der in Deutschland.

In den für die Etablierung von Wettbewerb entscheidenden Punkten, nämlich der Entgeltkontrolle und der Zusammenschaltung, bietet das FMG jedoch, abgesehen von der Möglichkeit, dem Infrastrukturanbieter mittels Zugangsregulierung weitere über den bloßen Zugang zur Infrastruktur hinausgehende Verpflichtungen aufzuerlegen,<sup>106</sup> keine wesentlichen Vorteile gegenüber dem KG. Insofern lässt sich an der Daseinsberechtigung des FMG in seiner momentanen Form zweifeln. Ebenso wie im Rahmen der Kartellaufsicht erfolgt die Entgeltkontrolle ex post und mit der Implementierung der „Essential Facilities“-Doktrin in die Dogmatik des Art. 7 Abs. 2 lit. a KG<sup>107</sup> bietet das allgemeine Kartellrecht ein gleichwertiges Instrument zur Sicherung des Netzzugangs. Die Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden in der Regel keine präzisen Verhaltensweisen vorgeben, etwa in Form der Festsetzung angemessener Entgelte, sondern lediglich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen untersagen, kann dabei nicht das entscheidende Argument dafür sein, die Aufsicht einer eigenen Behörde zu unterstellen. Gleichwohl ist die gegenwärtige Wettbewerbssituation etwa mit der des deutschen Marktes nicht vergleichbar – eine Unterstellung allein unter das Kartellgesetz erscheint dementsprechend nicht ratsam. An dieser Stelle beginnt sich das Problem im Kreis zu drehen. Ein Ausweg wäre, die Entgelte nicht wie bisher ex post, sondern ex ante zu regulieren, wie dies etwa der EG-Regulierungsrahmen vorsieht. Die mit dem bestehenden Zusammenschaltungsverfahren verbundenen Nachteile<sup>108</sup> sind gerade in Netzinstrumenten, in denen sich der Wettbewerb durch Markteintritte erst entwickeln muss, besonders gewichtig.<sup>109</sup> Die besonders schnell wirksame Ex-ante-Regulierung vermeidet diese Nachteile und trägt u. U. sogar dazu bei, dass wettbewerbswidrige Praktiken von vornherein verhindert werden. Mit einer entsprechenden Umstellung wäre „auf einen Schlag“ eine Angleichung an den gemeinschaftlichen Liberalisierungsrahmen erreicht und die neuen Anbieter bei der Aushandlung der Zusammenschaltungsentgelte ihrem Informationsdefizit bezüglich der tatsächlichen Kosten der Ex-Monopolisten enthoben. Auch der Möglichkeit des Altsassen („Incumbents“), seine Mitbewerber in einem langen Zusammenschaltungsverfahren gleichsam auszuhungern, wäre so die Grundlage entzogen.<sup>110</sup>

Im Vergleich zur EG weist die Schweiz einen erheblichen Liberalisierungsrückstand auf. Die nunmehr im neuen FMG vorgesehene Entbündelung der letzten Meile hilft, diesen Rückstand zu schließen. Darüber hinaus sollte die Einführung einer vorherigen Entgeltfestset-

91 Kirchmer, WuW 2007, 327.

92 Eisenblätter (Fn. 90), S. 145

93 Möschel, WuW 2002, 683, 688; Engel, MMR-Beilage 3/1999, 7, 11.

94 Vgl. Art. 11a FMG

95 Csoport/v. Zedtwitz, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2003, 1188, 1189.

96 Eidgenössische Kommunikationskommission.

97 Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (BGE) 131 II 13 (Urt. v. 30.11.2004 – Az. 2A.178/2004).

98 Vgl. etwa Trüeb/Rutishauser, Jusletter v. 10.1.2005.

99 BGE 131 II 13, 38 (unter 7.6) (Urt. v. 30.11.2004 – Az. 2A.178/2004).

100 Eingehend dazu Widmer, in: FG Büllesbach, 2002, S. 395, 398 ff.

101 Vgl. Götz, NZZ Online v. 16.2.2006, abrufbar unter <http://www.nzz.ch/2006/02/16/wd/articleDKSLH.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

102 Vgl. Art. 19 FMG.

103 Vgl. zur entsprechenden Regelung auf Gemeinschaftsebene Erwägungsgrund 3 der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000.

104 Ebenso auch Renfer, Jusletter v. 17.10.2005, Rn. 37 ff.

105 Bundesgericht, Urt. v. 3.10.2001 – Az. 2A.503/2000, unter 6. c).

106 Ducrey, in: FS Zäch, 1999, S. 281, 287.

107 Vgl. Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, Rn. 667 ff.

108 Lange Verfahrensdauer und hohes Prozessrisiko.

109 Haucap/Kruse, WuW 2004, 266, 269.

110 So Widmer (Fn. 100), S. 403.

zung erwogen werden, da die aktuelle Entgeltregulierung in einem sich entwickelnden Wettbewerbsmarkt außer der Tatsache, relativ schlank gehalten zu sein, keine veritablen Vorzüge aufweist.

## 2. Energiewirtschaft

### a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage

Bereits Mitte der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts formulierte die Kommission in dem Weißbuch zur „Vollendung des Binnenmarktes“ erste Vorstellungen über den gemeinsamen Binnenmarkt für Energie, die sie in dem 1988 veröffentlichten Arbeitsdokument „Der Binnenmarkt für Energie“<sup>111</sup> für die Energie- und Gasmärkte weiter konkretisierte.<sup>112</sup> Der eigentliche Liberalisierungsprozess auf dem Binnenmarkt für Strom und Gas mit dem Ziel, die monopolisierten Märkte nach und nach für den freien Wettbewerb zu öffnen, wurde jedoch erst mit Verabschiedung der Stromrichtlinie<sup>113</sup> und der Gasrichtlinie,<sup>114</sup> und damit deutlich später als im Telekommunikationssektor, eingeläutet. Zunächst war nur eine Öffnung des Strommarktes von mindestens 30 % bis 2000 bzw. von mindestens 35 % bis 2003 zwingend vorgeschrieben.<sup>115</sup> Die Vorgaben für den Gasmarkt waren sogar noch pessimistischer formuliert: So sah die Richtlinie eine Öffnung von mindestens 20 % bis 2000, von 28 % bis 2003 und von 33 % bis 2008 vor.<sup>116</sup> Gleichwohl erfolgte die Marktöffnung in vielen Mitgliedstaaten zumindest formal in weitaus größerem Maße, ohne jedoch auch eine tatsächliche Wettbewerbsöffnung zu erreichen.<sup>117</sup> Die Kommission suchte dieser aus ihrer Warte ernüchternden Erkenntnis im Wesentlichen mit dem Beschluss der Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Handel,<sup>118</sup> um damit die grenzüberschreitende Vernetzung auszubauen, sowie der Beschleunigungsrichtlinien<sup>119</sup> zu begegnen. Ausgehend von der Prämisse, dass die den Unionsbürgern garantierten Freiheiten nur in einem vollständig geöffneten Markt verwirklicht werden können, sehen letztere nunmehr eine vollständige Marktöffnung ab Juli 2007 vor.<sup>120</sup> Auf Gemeinschaftsebene wurde insbesondere das Nichtbestehen eines diskriminierungsfreien Netzzugangs als entscheidender Hemmschuh für die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbsmarktes ausgemacht.<sup>121</sup> Ein solcher setze nämlich gerade einen nicht diskriminierenden, transparenten und preislich angemessenen Netzzugang voraus. Insoweit geben die Beschleunigungsrichtlinien den Mitgliedstaaten eine Vielzahl umzusetzender Vorgaben an die Hand, von denen die ex ante wirkende Entgeltregulierung<sup>122</sup> und die rechtliche Entflechtung („Unbundling“)<sup>123</sup> Hervorhebung verdienen. Während erstere als Hauptziel nicht diskriminierende und kostenbasierte Tarife sicherstellen soll, soll letztere insbesondere eine Quersubventionierung zwischen dem Netz und den anderen Unternehmenssparten, wie Erzeugung und Vertrieb, verhindern. Überdies ist die Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Anreize vorgesehen, um die gesetzten Ziele zu erreichen.<sup>124</sup> Daneben sehen die Beschleunigungsrichtlinien ein besonderes Missbrauchsverfahren vor, welches im Rahmen der Regulierung insbesondere Art. 82 EG Rechnung tragen soll.<sup>125</sup> Dieses unterscheidet sich vom allgemeinen Kartellrecht dadurch, dass es der Regulierungsbehörde kein Aufgreifermessen einräumt. Im Falle einer Beschwerde eines Netzkunden über das Verhalten des Netzbetreibers muss sich die Regulierungsbehörde vielmehr mit dem Sachverhalt befassen und, wenn eine Streitbeilegung nicht gelingt, vorbehaltlich eines Rechtsbehelfes, verbindlich entscheiden.<sup>126</sup>

In der jüngeren Vergangenheit hat die Kommission mehrfach die eigentumsrechtliche Entflechtung von Netz und Betrieb in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt<sup>127</sup> und sie gar als das wirksamste Mittel bezeichnet, um Wahlfreiheit für die Energieverbraucher zu gewährleisten und Investitionen zu beleben.<sup>128</sup> Diese Bestrebungen kulminierten bislang in der Veröffentlichung eines entsprechenden Richtlinienentwurfes der Kommission zur Änderung der Strombeschleunigungsrichtlinie,<sup>129</sup> in dessen Artikel 8 die Verpflichtung zur eigentumsrechtlichen Entflechtung niedergelegt ist. In den Art. 10 f. des Richtlinienentwurfs ist die Option eines unabhängigen Netzbetreibers als Ausnahme zu Art. 8 des Richtlinienentwurfs niedergelegt. Danach soll nur der Netzbetrieb auf einen von den übrigen Wertschöpfungsstufen der Elektrizitätsversorgung unabhängigen Netzbetreiber übertragen werden, das Eigentum am Netz hingegen unangetastet bleiben.<sup>130</sup> Denjenigen Mitgliedstaaten, die den Weg einer originär eigentumsrechtlichen Entflechtung nicht gehen wollen, wird damit eine gleichsam mildere Alternative an die Hand gegeben. Ohne auf dieses Problemfeld vertieft eingehen zu wollen, sei doch so viel gesagt: Die

eigentumsrechtliche Entflechtung ist insbesondere im Hinblick auf ihre grundrechtliche Relevanz problematisch. Zwar ließe sich die volle Härte der eigentumsrechtlichen Entflechtung durch das, aus wettbewerblicher Sicht nahezu gleich wirksame<sup>131</sup> Modell des „unabhängigen Netzbetreibers“ abfedern. Gleichwohl sollte doch wegen der nicht unerheblichen Eingriffsintensität der eigentumsrechtlichen Entflechtung zunächst die weitere Marktentwicklung unter Geltung der Anreizregulierung abgewartet werden, wenngleich auch der politische Eifer der Kommission angesichts der großen Aufmerksamkeit, die dieser Thematik in der Öffentlichkeit zukommt, kaum zu überraschen vermag. Das System der Anreizregulierung stellt zumindest in der Theorie einen erfolgversprechenden Ansatz dar,<sup>132</sup> der – soweit er die erhofften Wirkungen zeitigt – gegenüber der eigentumsrechtlichen Entflechtung den Vorzug verdient.

### b) Deutschland

Im Juni 2005 wurde das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts verabschiedet,<sup>133</sup> das am 13. Juli 2005 in Kraft trat. Dieses setzt – freilich etwas verspätet – die Beschleunigungsrichtlinien in nationales Recht um, ohne dabei die in den Richtlinien vorgegebene Differenzierung zwischen Strom und Gas aufzugreifen. Vielmehr werden durch das EnWG beide Märkte gleichermaßen in den Wettbewerb überführt. Das Gesetz sieht in § 17 Abs. 1 grundsätzlich einen Anspruch<sup>134</sup> auf diskriminierungsfreien Anschluss und in § 20 Abs. 1 einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu den Energieversorgungsnetzen vor. Während noch zu Beginn der Liberalisierung der Strommärkte die Verweigerung der Stromdurchleitung durch die Netzbetreiber das Kernproblem darstellte, kommt eine pauschale Verweigerung heute nur noch in Ausnahmefällen vor.<sup>135</sup> Die Problematik einer Verweigerung des Zugangs zu einer ganz bestimmten Netzebene bleibt indes aktuell. Insofern stellt sich die Frage, ob dem Netzbetreiber bei der Wahl der Netzebene eine Einschätzungsprärogative dergestalt zukommt, dass er den Wechsel eines Netzteilnehmers auf eine vorgelagerte Netzebene verweigern kann.<sup>136</sup> Ange-

111 Kommission, Arbeitsdokument: Der Binnenmarkt für Energie, KOM (1988) 238 endg.

112 Heilemann/Hillebrand, in: Berg (Fn. 6), S. 29, 34.

113 Stromrichtlinie 96/92/EG v. 19.12.1996, ABl. EG 1997 L 27, 20.

114 Gasrichtlinie 98/30/EG v. 22.6.1998, ABl. EG 1998 L 204, 1.

115 Vgl. Kommission, Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2001) 125 endg., S. 3.

116 Vgl. Art. 18 Abs. 3 u. 4 der Gasrichtlinie.

117 Als Beleg sei die geringe Wechselquote zu nennen, dargestellt etwa in Kommission, Europäische Energieinfrastruktur, KOM (2001) 775 endg., Rn. 15.

118 Vgl. dazu die Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel v. 26.6.2003, ABl. EG 2003 L 176, 1, sowie den Vorschlag für eine Verordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen, KOM (2003) 741 endg., auf den die noch nicht verabschiedete Verordnung für den Gashandel zurückgeht.

119 Strombeschleunigungsrichtlinie 2003/54/EG v. 26.5.2003, ABl. EG 2003 L 176, 37, sowie Gasbeschleunigungsrichtlinie 2003/55/EG v. 26.5.2003, ABl. EG 2003 L 176, 57.

120 Art. 21 Abs. 1 lit. c der Strombeschleunigungsrichtlinie.

121 Erwägungsgrund 5 der Strombeschleunigungsrichtlinie.

122 Art. 20 Abs. 1 der Strombeschleunigungsrichtlinie; Art. 23 Abs. 2 der Gasbeschleunigungsrichtlinie.

123 Art. 10, 15 u. 19 der Strombeschleunigungsrichtlinie; Art. 10, 15, 18 u. 19 der Gasbeschleunigungsrichtlinie.

124 Vgl. schon Böni, Jusletter v. 12.3.2007, Rn. 6 m. w. N.

125 Art. 23 Abs. 8 der Strombeschleunigungsrichtlinie sowie Art. 25 Abs. 8 der Gasbeschleunigungsrichtlinie.

126 Art. 23 Abs. 5 der Strombeschleunigungsrichtlinie sowie Art. 25 Abs. 5 der Gasbeschleunigungsrichtlinie; vgl. zum Ganzen auch Höch/Göge, RdE 2006, 340, 341.

127 Kommission, Energiegrünbuch (Fn. 15), KOM (2006) 105 endg.; Abschlussbericht (Fn. 15), KOM (2006) 851 endg.; Richtlinienentwurf (Fn. 15), KOM (2007) 528 endg.

128 Kommission, Abschlussbericht (Fn. 15), KOM (2006) 851 endg., S. 13.

129 Kommission, Richtlinienentwurf (Fn. 15), KOM (2007) 528 endg.

130 Kommission, Richtlinienentwurf (Fn. 15), KOM (2007) 528 endg., S. 6; vgl. bereits den entsprechenden Vorschlag der Monopolkommission in ihrem 15. Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drs. 15/3610, 72.

131 Monopolkommission, 15. Hauptgutachten 2002/2003, BT-Drs. 15/3610, 464.

132 Zu den Kritikpunkten an der Ausformung der Anreizregulierung in Deutschland siehe unten, unter b).

133 BGBl. 2005 I, 1970.

134 Ein Netzanschluss kann nur unter den Voraussetzungen des Absatz 2 ausnahmsweise verweigert werden.

135 Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 28.6.2005 – Az. KVR 27/04, S. 6 ff. – *Mainova*.

136 Vgl. zu diesem Problem bereits ausführlich Böni, Jusletter v. 26.2.2007.

sprochen ist damit zugleich das Verhältnis von EnWG und allgemeinem Kartellrecht. Während vor Erlass des neuen EnWG eine entsprechende Verweigerung als Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gewertet wurde,<sup>137</sup> ist einer solchen Beurteilung nunmehr die Grundlage entzogen. Der vom BGH noch herangezogene Missbrauchstatbestand ist nämlich – ebenso wie die anderen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB – ausweislich der Konkurrenzregel des § 111 EnWG auf Fragen des Netzanschlusses nicht mehr anwendbar. Insoweit wurde in einer ähnlich gelagerten Entscheidung die Rechtsprechung des BGH auch unter Geltung des neuen EnWG, namentlich des § 17 Abs. 1 EnWG, bestätigt,<sup>138</sup> ohne das Strukturinteresse des Netzbetreibers als Ausnahme i. S. d. § 17 Abs. 2 EnWG anzuerkennen. Insofern als gemäß § 17 Abs. 2 EnWG die Ziele des § 1 EnWG, insbesondere das Allgemeinwohlinteresse an einer kostengünstigen Netzinfrastruktur für die allgemeine Versorgung, zu berücksichtigen sind, sollen die hieraus resultierenden Zweifel an der genannten Entscheidung hier nur angedeutet werden. Sie wurden bereits an anderer Stelle ausführlich begründet.<sup>139</sup>

Im Rahmen der Entgeltkontrolle führt das EnWG einen Paradigmenwechsel von einer rein kartellrechtlichen Ex-post-Überprüfung der Angemessenheit der Netzentgelte hin zu einer Ex-ante-Genehmigung durch die Regulierungsbehörden herbei.<sup>140</sup> Überhöhte Entgeltforderungen und damit verbundene hohe Marktzutrittschranken für alternative Anbieter stellen nunmehr wohl die Hauptschwierigkeit für die Entwicklung eines Wettbewerbsmarktes dar. Während die Entgeltregulierung bislang nach Maßgabe der kostenorientierten Preisbildung erfolgte, bei der insbesondere die Problematik der asymmetrischen Information zwischen Regulierer und Unternehmen an sachgerechten Ergebnissen zweifeln ließ,<sup>141</sup> wird künftig vom System der Anreizregulierung als regulatorischem Leitbild auszugehen sein. Der unlängst von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf einer Verordnung gemäß § 21a Abs. 6 EnWG<sup>142</sup> ist nunmehr – nach Zustimmung durch den Bundesrat – in Kraft getreten.<sup>143</sup> Die erste Periode der Anreizregulierung wird am 1. Januar 2009 beginnen und fünf Jahre dauern.<sup>144</sup> Der entscheidende Unterschied zu jener rein kostenbasierten Entgeltregulierung besteht darin, dass hier – unter Entkoppelung der Erlöse von den Kosten<sup>145</sup> – die Netzbetreiber dazu angehalten werden, ihren Netzbetrieb effizient zu gestalten. Dadurch, dass die Netzbetreiber die innerhalb einer Regulierungsperiode erzielten Effizienzgewinne teilweise vereinnahmen dürfen, wird der Anreiz für effizientes Leistungserbringen i. S. d. § 21a Abs. 1 EnWG geschaffen.<sup>146</sup> Ziel der Anreizregulierung ist es, ein Kontrollverfahren zu etablieren, bei dem die Unternehmen aus Eigeninteresse alles tun, um ihre Kosten – unter Wahrung aller gesetzlichen Qualitätsstandards zur Sicherung von Zuverlässigkeit und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung – auf ein dem Wettbewerb entsprechendes Niveau zu senken. Entscheidender Ansatzpunkt ist es mithin, die Unternehmen, so wie es sonst nur bei wirksamem Wettbewerb denkbar wäre, zu motivieren, innovations- und effizienzsteigernde Maßnahmen zu ergreifen, um so höhere Gewinne zu erzielen.<sup>147</sup> Darüber hinaus bieten die festgelegten Regulierungszyklen den Unternehmen Planungssicherheit und bedeuten insofern Verlässlichkeit. Nicht zuletzt führt die Anreizregulierung auch zu einer Entlastung der Regulierungsbehörde von permanenten Kostenüberprüfungen. Problematisch ist allerdings, dass sich die Effizienzvorgabe am effizientesten Unternehmen orientieren soll.<sup>148</sup> Insoweit besteht die Gefahr, dass die Unternehmen im Ergebnis in eine Kostenunterdeckung getrieben<sup>149</sup> werden. Diese Vorgehensweise ist bereits aufgrund des Wortlautes von § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG zweifelhaft,<sup>150</sup> da jeder betroffene Netzbetreiber – keineswegs aber nur der effizienteste Netzbetreiber – die Effizienzvorgaben unter Nutzung der ihm zumutbaren Möglichkeiten erreichen und insbesondere auch übertreffen können muss.<sup>151</sup> Aus eben diesen Gründen stellen sich die Anforderungen der Anreizregulierung als überspannt dar.

Für das Verhältnis des EnWG zum allgemeinen Kartellrecht bleibt nach alledem Folgendes zu konstatieren: Der Gesetzgeber hat mit dem EnWG ein Sonderkartellrecht geschaffen. Daran lässt § 1 EnWG keinen Zweifel. Das Gesetz dient nicht nur den Gemeinwohlbelangen, sondern auch dem Wettbewerb. Das EnWG verdrängt das allgemeine Kartellrecht dort, wo das EnWG abschließende Regelungen getroffen hat. Als ausdrücklich abschließend werden die Bestimmungen des dritten Teils über die Regulierung des Netzbetriebes bezeichnet, § 111 Abs. 2 EnWG. Daneben bleibt das GWB aber etwa für Fälle der Fusionskontrolle sowie der Absprachen zwischen produzierenden und handelnden Stromunternehmen, also allgemein auf den dem Netzzu-

gang vor- und nachgelagerten Märkten der Energieerzeugung und der Energielieferung, anwendbar.<sup>152</sup>

Darüber hinaus bietet das EnWG mit seinen §§ 17 und 20 sowie der besonderen Missbrauchsaufsicht des § 31, die insbesondere eine zeitnahe Konfliktebeilegung ermöglicht, Instrumente, die den Anforderungen der allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen Rechnung tragen. Das regulatorische Konzept der Anreizregulierung betreffend die Netzentgelte vermeidet mit seiner Wirkung ex ante die Nachteile einer kartellrechtlichen Ex-post-Aufsicht, die sich insbesondere für neu in den Markt tretende Anbieter als kostspielig und insbesondere zu langwierig erweisen würde. Dass das EnWG aber nicht etwa hermetisch gegen das allgemeine Kartellrecht abgeriegelt ist, erweist § 58 EnWG, der die Regulierungsbehörde und die Kartellbehörde zur Zusammenarbeit und insbesondere auch zu einer harmonisierenden Auslegung verpflichtet. Flankierend soll der Entgeltregulierung künftig mit dem neuen § 29 GWB eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle durch das BKartA zur Seite gestellt werden, die den Gedanken der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörde unterstreicht. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll der neue § 29 GWB das kartellrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise auf den vor- und nachgelagerten Energiemärkten<sup>153</sup> mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB schärfen.<sup>154</sup>

Doch es ist keineswegs alles Gold, was glänzt. Die gegenwärtige Auslegung<sup>155</sup> der Zugangs- und Anschlussregelung der §§ 17 ff. EnWG begegnet hinsichtlich der Frage der Wahl der Netzebene erheblichen Bedenken, und auch die Anreizregulierung, mag sie auch in der Theorie eine Doppelsiegsituation<sup>156</sup> versprechen, stellt gegenwärtig noch kein ausgereiftes Konzept dar. So soll der Verordnung zufolge mittels eines bundesweiten Vergleiches ein Effizienzniveau ermittelt werden, an das sich die Unternehmen anpassen müssen. Dass sich dieses Effizienzniveau am jeweils effizientesten Netzbetreiber ausrichten soll, droht viele Unternehmen in eine Kostenunterdeckung zu treiben und den Sinn der Anreizregulierung in sein Gegenteil zu kehren.

Nicht zuletzt begegnet auch der neu geschaffene § 29 GWB aus mehreren Gründen erheblichen Bedenken. § 29 GWB weicht in zweierlei Hinsicht von der herkömmlichen Konzeption der Kontrolle missbräuchlichen Verhaltens ab, wie sie sowohl das deutsche als auch das europäische Wettbewerbsrecht kennzeichnet.<sup>157</sup> So soll zum einen bereits jede – auch unerhebliche – Überschreitung der Entgelte anderer Versorgungsunternehmen einen Missbrauchsvorwurf gegenüber marktbeherrschenden Versorgern begründen, während die Anwendungspraxis zu Art. 82 EG und § 19 GWB einen Missbrauch nur bei erheblicher Abweichung von redlichem Vergleichsverhalten an-

137 BGH, RdE 2005, 222 (Beschl. v. 28.6.2005 – Az. KVR 27/04) – *Mainova*.

138 OLG München, Urt. v. 3.8.2006 – Az. U (K) 5768/05.

139 Böni, Jusletter v. 26.2.2007, Rn. 67.

140 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drs. 15/5268, 2; vgl. § 23a EnWG.

141 Vgl. dazu Böni, Jusletter v. 12.3.2007, Rn. 9 ff.

142 Abrufbar unter <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/V/verordnung-%E2%80%9Ezum-erlass-und-zur-aenderung-von-rechtsvorschriften-auf-dem-gebiet-der-energieregulierung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

143 Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (ARegV), BGBl. 2007 I, 2529.

144 Vgl. § 3 ARegV.

145 Insoweit stellt sich auch das Problem der asymmetrischen Information nicht mehr.

146 Bundesnetzagentur (Fn. 8), Rn. 47.

147 Balzer/Schönefuß, RdE 2006, 213, 214.

148 § 12 Abs. 1 i. V. m. Anlage 3 Nr. 2 ARegV.

149 So Balzer/Schönefuß, RdE 2006, 213, 214.

150 Dieser stellt auf die individuelle Erreichbarkeit durch den betroffenen Netzbetreiber ab.

151 So im Ergebnis auch Ruge, IR 2006, 122, 124.

152 Säcker, Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftlichen Kartellrechts, 2006, S. 257.

153 Dies aufgrund der in § 111 EnWG getroffenen Vorrangregelung für die Regulierung der Netze.

154 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5847, 9, 10 f.

155 Vgl. dazu insbesondere die These 2 des Thesenpapiers der Bundesnetzagentur zum Netzanschluss nach § 17 EnWG, 2007, abrufbar unter <<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/8395.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

156 I. S. v. niedrigeren Konsumentenpreisen bei höheren Gewinnen für die Stromversorger.

157 Ehrlicke, WuW 2006, 1219.

nimmt.<sup>158</sup> Dieser Ansatz ist sowohl im Hinblick auf das erklärte Ziel, mehr Wettbewerb zu schaffen, als auch wegen der fehlenden Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit vollkommen verfehlt. Letztere gilt es auch bei marktbeherrschenden Unternehmen zu respektieren. Die neu geschaffene Regelung führt indes nur dazu, dass die Versorgungsunternehmen auf jede Preissenkung reagieren müssen, um sich nicht dem Vorwurf eines Missbrauchs auszusetzen, und bedeutet damit nichts anderes als eine vom Gesetzgeber verordnete vollständige Eliminierung des Preiswettbewerbs.<sup>159</sup> Ist dies schon allein aus Gründen der Rechtssicherheit bedenklich, verspricht es noch nicht einmal mehr Wettbewerb, weil aufgrund der Homogenität des Produktes auch bei entsprechenden Preisanpassungen nicht mit Kundenwechsellern zu rechnen ist.<sup>160</sup> Zum anderen sieht § 29 S. 2 GWB in Abkehr von der herkömmlichen Beweislastverteilung<sup>161</sup> eine Umkehr der Beweislast zulasten der Versorgungsunternehmen vor. Insbesondere weil die zur Erbringung dieses Beweises benötigten Daten den betroffenen Unternehmen regelmäßig nicht zur Verfügung stehen werden, ist eine erhebliche prozessuale Schiefelage zu befürchten. Insgesamt erscheint die Zuweisung von mehr Kompetenzen in diesem Bereich an das BKartA zwar grundsätzlich als begrüßenswert. Ihre vorgesehene Umsetzung wirkt jedoch nicht weniger als hilflos, ist sie doch aus o. g. Gründen nicht zielführend. Denkbar wäre stattdessen, Anreize für den Ausbau von Grenzkuppelstellen zu schaffen, um die Übertragungskapazitäten zwischen den Mitgliedstaaten zu erhöhen und so den Wettbewerb im europäischen Rahmen zu verschärfen.<sup>162</sup>

Stets erforderlich ist es, sich des provisorischen Charakters des Sonderkartellrechts zu vergegenwärtigen. Dieser macht – entsprechend dem Prinzip möglichst geringer Regulierungseingriffe<sup>163</sup> – eine regelmäßige Überprüfung der Wettbewerbssituation erforderlich, um allenfalls Deregulierungsmaßnahmen vornehmen zu können und so den Energiemarkt Schritt für Schritt in einen dem allgemeinen Kartellrecht unterstehenden Wettbewerbsmarkt zu überführen.

### c) Schweiz

Die Schweiz weist im Elektrizitätssektor einen Liberalisierungsrückstand zur EG auf.<sup>164</sup> Obgleich die Schweiz ihre Bemühungen zur Neuregelung des Strom- und Gasmarktes zeitlich etwa parallel zur EG begann, verzögerten sich die Bestrebungen schon bald. Bedeutsam war insoweit insbesondere die erfolgreiche Referendumsvorlage gegen das Elektrizitätsmarktgesetz im September 2002.<sup>165</sup> Sah das Elektrizitätsmarktgesetz noch eine Überführung sowohl des Gas- als auch des Stromsektors in den Wettbewerb vor, ist nach dem eben genannten Volksentscheid eine divergierende Entwicklung beider Märkte zu beobachten. Der Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 17. Juni 2003 in der Sache Freiburger Elektrizitätswerke<sup>166</sup> (FEW) stellt gleichsam den Ausgangspunkt für die Öffnung des schweizerischen Strommarktes mittels Kartellgesetzes dar. Dabei wurde die Weigerung der FEW, den Strom eines Drittunternehmens durch ihr Netz zu einem in ihrem Versorgungsgebiet ansässigen Endverbraucher zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft und dabei ausdrücklich die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auch auf den Elektrizitätsmarkt bejaht.<sup>167</sup> Die Entscheidung hatte jedoch ausschließlich die Verweigerung der Netznutzung zum Gegenstand. Nicht geklärt war damit freilich die Frage des Netzanschlusses und eine entsprechende Entscheidung ist – soweit ersichtlich – nicht ergangen. Gemäß Art. 7 KG stellt die Verweigerung eines Netzanschlusses ohne sachliche Rechtfertigungsgründe („legitimate business reasons“) seitens eines Netzbetreibers mit marktbeherrschender Stellung eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise dar. Als gewichtige sachliche Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere Preissolidarität, Umweltverträglichkeit, Versorgungssicherheit und -solidarität und Effizienzgründe in Betracht.<sup>168</sup> Mit dem neuen Stromversorgungsgesetz (StromVG), das zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, wurde eine Marktöffnung nunmehr auch auf gesetzlicher Basis herbeigeführt. Damit ist das Kartellgesetz nicht mehr unmittelbar auf die Fragen des Rechts auf Netzanschluss und die Modalitäten des Anschlusses anwendbar. Insoweit ist nun das StromVG in diesen Fragen *lex specialis*.<sup>169</sup> Das heißt freilich nicht, dass das Kartellgesetz in diesem Bereich gänzlich unanwendbar wäre: Gerade im Bereich von Abreden zwischen produzierenden und handelnden Stromunternehmen und bei Zusammenschlüssen zwischen solchen Unternehmen ist die Wirksamkeit des Wettbewerbs weiterhin mittels des Kartellgesetzes zu wahren.<sup>170</sup>

Gänzlich dem Regime des Kartellgesetzes unterliegt weiterhin der Gasmarkt. Seit der Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes ist eine Marktöffnung auf gesetzlicher Grundlage auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben worden. Sie erschien aus mehreren Gründen weniger dringend als eine Neuordnung des Strommarktes, welcher aus diesem Grund Priorität eingeräumt wurde. Zum einen ist die Durchleitung von Gas durch die Schweiz mit dem Transitgas-Netz möglich und der über Art. 13 Rohrleitungsgesetz vermittelte Anspruch auf Zugang zum Hochdrucknetz ermöglicht es auch ausländischen Gesellschaften, die hieran angeschlossenen schweizerischen Konsumenten zu bedienen. Zumindest insoweit erweist sich der schweizerische Erdgasmarkt als mit dem von den EG-Richtlinien vorgegebenen Rechtsrahmen grundsätzlich vereinbar. Zum anderen konnte 2003 zwischen der Swissgas und den Betreibern des Hochdruck-Regionalnetzes eine Brancheneinigung erzielt werden, die im Wesentlichen einen diskriminierungsfreien Netzzugang gewährleisten soll.<sup>171</sup> Grundlage dafür stellt die kostenrechnerische Entflechtung von Netzbetrieb und allen übrigen Tätigkeiten dar. Durch die buchhalterische Entflechtung wird anhand eines Rechnungsmodells die Ermittlung von Netznutzungsentgelten ermöglicht, die für das gesamte Lokalnnetz gelten. Die Tatsache, dass es sich bei der Brancheneinigung nur um eine privatrechtliche Vereinbarung handelt, stellt gleichwohl die Kehrseite der Medaille dar. Es besteht insoweit keine gesetzliche Verpflichtung der Lokalnnetzbetreiber, Gas für Dritte durchzuleiten. Darüber hinaus betrifft die Vereinbarung nur das Hochdrucknetz, vermag also keine vollständige Marktöffnung herbeizuführen. Es bleibt offen, ob die von der Brancheneinigung erhofften Wirkungen von mehr Transparenz und einem diskriminierungsfreien Netzzugang realisiert werden können. Das Kartellgesetz bleibt jedenfalls anwendbar und es wird von der Disziplin der an der Brancheneinigung beteiligten Unternehmen abhängen, ob sich der Gasmarkt ebenfalls einer Marktöffnung auf kartellrechtlicher Grundlage gegenübersehen wird. Auf lange Sicht gesehen scheint eine gesetzliche Öffnung des Gasmarktes aber – mag ihr auch die große Mehrheit der schweizerischen Gaskonsumenten nur nachrangige Bedeutung beimessen<sup>172</sup> – vor allem wegen der engen Einbindung der schweizerischen Gasindustrie in die europäische Gasversorgung empfehlenswert.

## 3. Schienenverkehr

### a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage

Zu Beginn der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts wurde auf europäischer Ebene der Liberalisierungsprozess im Eisenbahnsektor mit Erlass der Eisenbahnrichtlinie<sup>173</sup> in Gang gesetzt. Ausweislich ihres Artikel 1 verfolgte die Richtlinie das Ziel, die Anpassung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft an die Erfordernisse des Binnenmarktes zu erleichtern und ihre Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Zu

158 Vgl. etwa BGH, WuW/E DE-R 1513, 1519 (Beschl. v. 28.6.2005 – Az. KVR 17/04) (= N&R 2005, 156, 160).

159 Vgl. *Büdenbender*, Sonderkartellrecht für die Energiewirtschaft – ein Vorhaben mit Risiken und Nebenwirkungen, 2007, S. 2, abrufbar unter <http://vre-archiv.djbdew.de/vre/aktuell/vortrag\_buedenbender.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

160 Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 47, BR-Drs. 203/07, 4.

161 So obliegt der Beweis eines Missbrauchs üblicherweise dem Kläger, vgl. nur Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 v. 16.12.2002, ABl. EG 2003 L 1, 1.

162 Vgl. Antrag der FDP-Bundestagsfraktion, Engpässe beim grenzüberschreitenden Stromhandel abbauen – Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt intensivieren, BT-Drs. 16/3346, 2.

163 *Knieps*, NZZ v. 29./30.9.2007, 33.

164 Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bericht zur Dienstleistungsliberalisierung in der Schweiz im Vergleich zur EU, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 12D, 2005, S. 80.

165 *Bacher/Steinmann*, Die Volkswirtschaft 1-2/2005, 5.

166 BGE 129 II, 479 (Urt. v. 17.7.2003 – Az. 2A.520/2002) – *Freiburger Elektrizitätswerke*.

167 *Ducrey*, Die Volkswirtschaft 1-2/2005, 30.

168 Dazu bereits *Böni*, Jusletter v. 26.2.2007, Rn. 18 ff.

169 Schlussbericht der Arbeitsgruppe (AG Par) v. 28.11.2006, S. 51 f.

170 *Ducrey*, Die Volkswirtschaft 1-2/2005, 30, 32.

171 *Beuret*, Neuordnung des Erdgassektors in der Schweiz, 2007, S. 2, abrufbar unter <http://www.bfe.admin.ch/themen/00486/00488/index.html?lang=de&tid=0&sid=01238> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

172 Vgl. *Wild/Vaterlaus/Worm/Spielmann/Finger*, Erdgasmarkt Schweiz, 2007, S. 74 ff., abrufbar unter <http://www.bfe.admin.ch/php/modules/publikationen/stream.php?extlang=de&name=de\_800853700.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

173 Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG v. 29.7.1991, ABl. EG 1991 L 237, 25.

diesem Zweck galt es zunächst, die Sanierung der vielfach defizitären staatlichen Eisenbahnunternehmen sicherzustellen<sup>174</sup> und durch die Einführung eigener Etats und Rechnungsführungen von den staatlichen Haushalten abzukoppeln.<sup>175</sup> Daneben verpflichtete sie die Mitgliedstaaten zu einer buchhalterischen Trennung von Infrastrukturbetrieb und Erbringung der Verkehrsdienstleistungen.<sup>176</sup> Hervorhebung verdient außerdem die „vorsichtige Marktöffnung“ ausschließlich für Verkehrsleistungen im grenzüberschreitenden kombinierten Güterverkehr sowie für sog. internationale Gruppierungen<sup>177, 178</sup>

Die darauf folgenden Richtlinien 95/18/EG<sup>179</sup> und 95/19/EG<sup>180</sup> betrafen im Wesentlichen die Schaffung eines gemeinschaftsweiten Genehmigungssystems und die Einführung eines Systems für die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten und die Berechnung von Wegeentgelten. Das durch die Richtlinie 95/18/EG konstituierte Genehmigungssystem sollte die tatsächliche und uneingeschränkte Inanspruchnahme der gewährten Zugangsrechte auf einheitlicher und diskriminierungsfreier Grundlage gewährleisten.<sup>181</sup> Voraussetzung für eine Genehmigung, die für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit in der Gemeinschaft obligatorisch ist, ist die Erfüllung bestimmter Anforderungen an Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit, fachliche Eignung und die Deckung von Haftungsrisiken.<sup>182</sup> Wird diesen Anforderungen Genüge getan, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung,<sup>183</sup> die für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft Gültigkeit besitzt.<sup>184</sup>

Die Richtlinie 95/19/EG sah im Kern zur Sicherung der mit ihr verfolgten Ziele die verpflichtende Benennung einer mit der Vergabe von Fahrwegkapazitäten betrauten Zuweisungsstelle, die insbesondere die Diskriminierungsfreiheit der Zuweisung sicherstellen sollte,<sup>185</sup> sowie die Errichtung einer unabhängigen Instanz für Beschwerden gegen die Entscheidungen der Zuweisungsstelle vor.<sup>186</sup> Dem weiterhin bestehenden erheblichen Diskriminierungspotential, das vor allem der fehlenden gesellschaftsrechtlichen Trennung<sup>187</sup> zwischen Netz und Betrieb geschuldet war,<sup>188</sup> wurde im Rahmen des 2001 vorgelegten Infrastrukturpaketes,<sup>189</sup> welches die Richtlinien 2001/12/EG,<sup>190</sup> 2001/13/EG<sup>191</sup> und 2001/14/EG<sup>192</sup> umfasst, Rechnung getragen. Zwar blieb die institutionelle Trennung von Netz und Betrieb weiterhin fakultativ,<sup>193</sup> bestimmte wesentliche für einen gerechten und nicht diskriminierenden Zugang zur Infrastruktur ausschlaggebende Funktionen<sup>194</sup> mussten aber auf Stellen übertragen werden, die selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen.<sup>195</sup> Daneben gilt der Erweiterung der bestehenden Zugangsrechte, der Schaffung von mehr Transparenz sowie der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Regulierungsstelle für den Schienenverkehr einzurichten, das Hauptaugenmerk. Die Regulierungsstelle hat organisatorisch, rechtlich und in ihrer Entscheidungsfindung von Betreibern der Infrastruktur, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und Antragstellern unabhängig zu sein, um eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten.<sup>196</sup> Neben der Sicherstellung der Angemessenheit entsprechend den Vorgaben der Richtlinie und der Diskriminierungsfreiheit der vom Infrastrukturbetreiber erhobenen Entgelte kommt der Regulierungsstelle eine Schlichterfunktion zu.<sup>197</sup>

Um eine Beschleunigung der Liberalisierung herbeizuführen, wurde 2004 das zweite Eisenbahnpaket erlassen.<sup>198</sup> War der Zugangsanspruch im ersten Eisenbahnpaket noch auf das sog. transeuropäische Schienengüternetz begrenzt, wurde dieser nunmehr auf das gesamte Streckennetz ausgeweitet.<sup>199</sup> Das zweite Eisenbahnpaket vervollständigt damit den bereits geschaffenen Rechtsrahmen und führt eine vollständige Öffnung des Schienengütermarktes herbei. Darüber hinaus bildet es die rechtliche Grundlage<sup>200</sup> für die mittlerweile errichtete Europäische Eisenbahngentur. Ihr kommt die Aufgabe zu, in technischen Angelegenheiten zur Durchführung derjenigen Rechtsvorschriften beizutragen, die eine Verbesserung der Interoperabilität der Eisenbahnsysteme und der Sicherheit des Eisenbahnverkehrs zum Ziel haben.<sup>201</sup>

In ihrem Weißbuch hatte die Kommission bereits 2001 angekündigt, die Verwirklichung des Binnenmarktes für Eisenbahnverkehrsdienste fortzusetzen.<sup>202</sup> Insofern kamen die Vorschläge für ein drittes Eisenbahnpaket wenig überraschend. Darin vorgesehen sind die Verbesserung der Fahrgastrechte etwa im Falle von Verspätungen oder Ausfällen von Zügen<sup>203</sup> sowie die Sicherstellung eines hohen Qualifikationsniveaus und von Sicherheitsstandards mittels Einführung einer Zertifizierung von Triebfahrzeugführern.<sup>204</sup> Entscheidend ist aber der Vorschlag, eine vollständige Marktöffnung für den internationalen Eisenbahnpersonenverkehr bis 2010 herbeizuführen.<sup>205</sup> Mittler-

weile ist auch dieses Eisenbahnpaket in Kraft getreten.<sup>206</sup> Man verspricht sich durch den mit der Liberalisierung verbundenen höheren Wettbewerbsdruck eine Revitalisierung des Eisenbahnsektors i. S. v. höheren Fahrgastzahlen, bessere Qualität, günstigere Preise und nicht zuletzt eine bessere Positionierung im Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern. Der Verkehrssektor ist „in Bewegung“, das ist unverkennbar – die weitere Entwicklung der in Angriff genommenen Maßnahmen bleibt indes abzuwarten.

## b) Deutschland

Am 27. Mai 2005 trat die dritte Novelle des AEG in Kraft, welche das erste Eisenbahnpaket mit über zwei Jahren Verspätung und nach Verurteilung der Bundesrepublik in einem Vertragsverletzungsverfahren<sup>207</sup> in deutsches Recht umsetzte.<sup>208</sup> Dieser folgte, wenngleich ebenfalls verspätet, das Erste Gesetz zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes<sup>209</sup> sowie das Fünfte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften,<sup>210</sup> das der Umsetzung des zweiten Eisenbahnpaketes dient und den vorläufigen Abschluss der Umsetzung markiert. Trotz Bestehens freien Zugangs zum Schienennetz seit nunmehr über zehn Jahren gelang es bislang nicht, den Wettbewerb auf der Schiene wirklich in Gang zu setzen. Kernpunkte stellen dabei zum einen die vertikale Integration<sup>211</sup> des Altsassen dar, die ein erhebliches Diskriminierungspotential im Rahmen des Netzzugangs und der Konditionen in sich trägt;<sup>212</sup> zum anderen die Tatsache, dass die Infrastruktur in diesem Bereich nicht nur eine wesentliche, sondern gar ei-

174 Art. 9 der Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG.

175 Art. 4 der Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG.

176 Art. 6 Abs. 1 der Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG.

177 Internationale Gruppierung meint die Verbindung von mindestens zwei Eisenbahnunternehmen mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten zum Zwecke der Erbringung grenzüberschreitender Verkehrsleistungen zwischen Mitgliedstaaten, vgl. Art. 3 Spiegelstrich 3 der Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG.

178 Vgl. Art. 10 Abs. 1, 2 der Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG.

179 Richtlinie 95/18/EG v. 19.6.1995, ABl. EG 1995 L 143, 70.

180 Richtlinie 95/19/EG v. 19.6.1995, ABl. EG 1995 L 143, 75.

181 *Bartosch/Jaros*, WuW 2005, 15, 17.

182 Art. 5 der Richtlinie 95/18/EG.

183 Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 95/18/EG.

184 Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 95/18/EG.

185 Art. 3 der Richtlinie 95/19/EG.

186 Art. 13 der Richtlinie 95/19/EG.

187 Eine solche sah zwar bereits die Eisenbahnrichtlinie 91/440/EWG in Art. 6 Abs. 2 vor, stellte diese aber ausdrücklich zur Disposition der Entscheidung der Mitgliedstaaten („können“).

188 *Bartosch/Jaros*, WuW 2005, 15, 17.

189 Im Folgenden: erstes Eisenbahnpaket.

190 Richtlinie 2001/12/EG v. 26.2.2001, ABl. EG 2001 L 75, 1.

191 Richtlinie 2001/13/EG v. 26.2.2001, ABl. EG 2001 L 75, 26.

192 Richtlinie 2001/14/EG v. 26.2.2001, ABl. EG 2001 L 75, 29.

193 *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 586.

194 Vgl. Anhang II der Richtlinie 2001/12/EG.

195 Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 2001/12/EG.

196 Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG.

197 Art. 30 Abs. 2, 3, 5 der Richtlinie 2001/14/EG.

198 Bestehend aus den Richtlinien 2004/49/EG v. 29.4.2004, ABl. EG 2004 L 164, 44, 2004/50/EG v. 29.4.2004, ABl. EG 2004 L 164, 114, sowie 2004/51/EG v. 29.4.2004, ABl. EG 2004 L 164, 164.

199 *Säcker* (Fn. 152), S. 278.

200 Verordnung (EG) Nr. 881/2004 v. 29.4.2004, ABl. EG 2004 L 220, 3 (berichtigte Fassung).

201 Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 881/2004.

202 Kommission, Weißbuch – Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft, KOM (2001) 370 endg.

203 Kommission, Vorschlag einer Verordnung über Entschädigungen bei Nichterfüllung vertraglicher Qualitätsanforderungen im Schienengüterverkehr, KOM (2004) 144 endg.

204 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über die Zertifizierung von mit dem Führen von Triebfahrzeugen und Lokomotiven im Eisenbahnnetz der Gemeinschaft betrautem Zugpersonal, KOM (2004) 142 endg.

205 Vgl. Art. 10 Abs. 3a des Entwurfs einer Richtlinie v. 24.7.2006 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG, ABl. EU 2006 C 289E, 30.

206 Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 v. 23.10.2007, ABl. EU 2007 L 315, 14; Richtlinie 2007/58/EG v. 23.10.2007, ABl. EU 2007 L 315, 44; Richtlinie 2007/59/EG v. 23.10.2007, ABl. EU 2007 L 315, 51.

207 ABl. EU 2004 C 300, 23.

208 BGBl. 2005 I, 1138.

209 BGBl. 2006 I, 2919.

210 BGBl. 2007 I, 522.

211 Im Rahmen der zweiten Stufe der Bahnreform wurden die einzelnen Sparten der Deutschen Bahn AG verselbständigt und fünf einzelne Aktiengesellschaften gegründet, die sich unter dem Dach der Holding DB AG versammelt haben.

212 *Gersdorf*, ZHR 168 (2004), 576, 586.

ne unentbehrliche Einrichtung darstellt,<sup>213</sup> ist sie doch weder duplizierbar noch, auch nicht im Wege technologischer Entwicklung, substituierbar. Zwar hätte dem durch eine Entflechtung der Infrastruktur vom Transportbereich in angemessener Weise begegnet werden können. Allein eine politische Mehrheit fand sich für dieses Vorhaben nicht.<sup>214</sup> Stattdessen wurde der Weg über eine aufwendige Regulierung gewählt. So wird erstmals auch der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur einem umfassenden Regulierungsregime unterworfen. § 14 AEG normiert einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zum Schienennetz. Die Entgeltregulierung, die diesen gewährleisten soll, hat ihren Platz in § 14 Abs. 4 AEG i. V. m. §§ 20 ff. EIBV gefunden. Sie unterscheidet sich jedoch wesentlich von den bisher besprochenen Regulierungsansätzen im Telekommunikations- und Energiesektor. Während die Entgeltregulierung dort im Wesentlichen auf den Kosten einer effizienten Leistungserbringung beruht, muss der Netzbetreiber in der Eisenbahnwirtschaft die Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen selbst festlegen.<sup>215</sup> Einer Neufassung und Änderung dieser Entgelte kann die Regulierungsbehörde<sup>216</sup> innerhalb von vier Wochen widersprechen, § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG, sie muss es aber nicht.<sup>217</sup> Die Ex-ante-Regulierung steht insoweit im Ermessen der Behörde und ist damit lediglich fakultativ.<sup>218</sup>

Bezüglich des Verhältnisses von GWB und AEG trifft § 14b Abs. 2 S. 1 AEG prima facie eine eindeutige Aussage, nämlich dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörde nach dem GWB unberührt bleiben. So eindeutig der Wortlaut für eine parallele Anwendbarkeit beider Gesetze sprechen mag, lehren doch die Erfahrungen mit dem TKG, dass der Schein trügt.<sup>219</sup> Auch hier verwandte das Gesetz die Formulierung „bleiben unberührt“ – eigentlich eine Standardformulierung, wenn der Anwendungsbereich eines anderen Gesetzes nicht eingeschränkt werden soll,<sup>220</sup> –, was die Regulierungsbehörde indes nicht davon abhielt, von der Spezialität des TKG auszugehen. Angesichts der Gesetzesbegründung zum AEG dürfte eine solche Praxis, die dem Gesetzgeber gleichsam das Wort im Munde verdreht, jedoch ausgeschlossen sein. Darin heißt es ausdrücklich, dass die Kompetenzen der Kartellbehörde nicht berührt werden und das BKartA vielmehr im Rahmen seiner allgemeinen Missbrauchsaufsicht auf Grundlage des GWB gegen die sachlich nicht gerechtfertigte Verweigerung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur vorgehen kann.<sup>221</sup> Dieses Ergebnis wird in systematischer Hinsicht getragen von § 14b Abs. 2 S. 3 und § 12 Abs. 7 S. 1 AEG.<sup>222</sup> Nach ersterem haben sich die Regulierungsbehörde sowie Eisenbahnaufsichts- und Kartellbehörden gegenseitig über beabsichtigte Entscheidungen zu informieren, mit denen sie gegen missbräuchliche oder diskriminierende Verhaltensweisen vorgehen. In letzterem stellt das Gesetz gewisse Vereinbarungen von der Anwendbarkeit des § 1 GWB frei. Eine solche Regelung wäre indes überflüssig, wenn das AEG das GWB ohnehin verdrängen würde. Nach alledem ist von einer parallelen Anwendbarkeit beider Gesetze auszugehen.

#### c) Schweiz

Als Ausgangspunkt für den Marktöffnungs- und Liberalisierungsprozess im schweizerischen Schienenverkehr kann die Novellierung des Eisenbahngesetzes im Jahre 1996 gelten. Mit ihr wurde im regionalen Personenverkehr die Grundlage für eine schrittweise Marktöffnung geschaffen. Die darauf folgende Bahnreform 1 aus dem Jahr 1999 verwirklichte und übertraf zum Teil sogar die auf EG-Ebene im Wesentlichen mit der Eisenbahnrichtlinie verfolgten Ziele, nämlich die Staatsbahnen von den staatlichen Haushalten abzukoppeln und den Güterverkehr für den Wettbewerb zu öffnen. In diesem Sinne stellen die rechnerische und organisatorische Entflechtung von Infrastruktur und Verkehr, die Regelung des Netzzugangs sowie die Liberalisierung des Güterverkehrs die Eckpunkte der Bahnreform dar. Anders als die mit der Richtlinie verfolgte „vorsichtige Marktöffnung“ sah die Bahnreform bereits 1999 eine vollständige Öffnung der Netze im Güterverkehr vor.<sup>223</sup> Die für eine erfolgreiche wettbewerbliche Öffnung zentrale Frage des Netzzugangs wird in zweierlei Hinsicht abgesichert: Zum einen durch eine unabhängige Trassenvergabestelle zur Gewährleistung diskriminierungsfreien Netzzugangs, zum anderen durch die Einrichtung einer Schiedsstelle. War noch in der Vorlage zur Bahnreform 2 die Schaffung einer Anstalt des Bundes als Trassenvergabestelle vorgesehen,<sup>224</sup> wurde nach deren Zurückweisung seitens der Normalspurbahnen<sup>225</sup> und des Verbandes öffentlicher Verkehr eine unabhängige Trassenvergabestelle als Tochtergesellschaft gegründet. Die Schiedsstelle übt demgegenüber eine Kontrollfunktion

aus und entscheidet über Streitigkeiten zwischen Eisenbahnunternehmen betreffend die Gewährung des Netzzugangs sowie über Beschwerden gegen Anordnungen der Trassenvergabestelle.

Im Zentrum der Bahnreform 2 stand die effizientere Organisation des Infrastrukturbereiches. Allein die Vorlage wurde von den Räten mit der Maßgabe zurückgewiesen, die Elemente in verschiedene Einzelvorlagen aufzuteilen und dem Parlament neu zu unterbreiten. Diese Zurückhaltung, gleichsam eine Politik der kleinen Schritte, mag den Erfahrungen im Ausland geschuldet sein, sehr schnelle und allzu weitgehende Reformen wieder rückgängig machen zu müssen. Jedenfalls befindet sich derzeit wieder eine Revision des Eisenbahngesetzes in der parlamentarischen Beratung. Während die Schweiz im Güterverkehr zu den offensten Staaten in Europa gehört, zeichnet sich im Personenverkehr noch ein Liberalisierungsrückstand ab. Dieser lässt sich im Wesentlichen auf das beinahe völlige Fehlen von Ausschreibungen zurückführen.<sup>226</sup> Dem soll im Rahmen der Bahnreform 2 mittels Angleichung an die EG-Vorgaben Rechnung getragen werden. Insofern sieht eines der neuen Reformpakete die Vorgabe klarer Richtlinien für die Ausschreibung öffentlicher Verkehrsdienstleistungen vor.<sup>227</sup> Darüber hinaus wäre, insbesondere um der Gefahr der Quersubventionierung zu begegnen, eine zwischen überregionalem und regionalem Personenverkehr getrennte Rechnungslegung empfehlenswert.

Das geltende Eisenbahngesetz lässt eine Regelung betreffend das Verhältnis zum Kartellgesetz vermissen. Aufschluss darüber könnte hingegen Art. 25 Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV) liefern. Darin wird die Schiedskommission verpflichtet, die Wettbewerbskommission anzuhören und deren Stellungnahme in ihrem Entscheid anzuführen, wenn sie Fragen zu beurteilen hat, die das Kartellgesetz berühren. Diese Verpflichtung zur Zusammenarbeit auf Grundlage des Art. 25 Abs. 5 NZV spricht für eine parallele Anwendbarkeit von Eisenbahn- und Kartellgesetz. Die Wettbewerbskommission überwacht die Einhaltung des Wettbewerbsrechts nach dem Kartellgesetz. Zur Stärkung des Wettbewerbs wird der Schiedskommission die Kompetenz zugewiesen, von Amts wegen einzugreifen,<sup>228</sup> wenn der Verdacht für ein diskriminierendes Verhalten eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens besteht. Herausragendes Ziel der Schienenverkehrsliberalisierung ist die Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs. Die parallele Anwendbarkeit beider Gesetze ist geeignet, die Gewährleistung eines möglichst effektiven Wettbewerbschutzes zu unterstützen. Insofern entspricht die Lage derjenigen im Telekommunikationssektor, wo eine Konkurrenzregel ebenfalls fehlt, die Rechtsprechung aber nicht etwa eine Verdrängungswirkung des sektorspezifischen Rechts, sondern vielmehr eine umfassend parallele Anwendbarkeit angenommen hat.

#### 4. Postwesen

##### a) Gemeinschaftsrechtliche Grundlage

Mit der Postrichtlinie aus dem Jahr 1997,<sup>229</sup> der ein Grünbuch der Kommission aus dem Jahr 1992 über die Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste vorausgegangen war, wurden erstmals Maßnahmen zur Harmonisierung des Postsektors ergriffen. In ihrem Zentrum steht die Gewährleistung eines gemeinschaftsweiten, qualitativ hochwertigen Universaldienstes<sup>230</sup> auf der Basis objektiver, transpa-

213 Koenig/Neumann/Schellberg, WuW 2006, 139.

214 Rochlitz/Winkler, MMR 7/2005, S. XI, XII.

215 Vgl. § 14d S. 1 Nr. 6 AEG.

216 Seit dem 1.1.2006 ist dies die Bundesnetzagentur, Rochlitz/Winkler, MMR 7/2005, S. XI, XIII.

217 Insofern bleibt auch eine nachträgliche Kontrolle nach § 14f AEG möglich.

218 So Koenig/Neumann/Schellberg, WuW 2006, 139, 141.

219 Dazu Schroeder, WuW 1999, 14, 15.

220 Möschel, K&R 2001, 619.

221 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/6929, 12, 16.

222 Säcker (Fn. 152), S. 282.

223 Für die EG ist eine solche erst für 2008 vorgesehen.

224 Vgl. Art. 9a des Entwurfs für ein Eisenbahngesetz, abrufbar unter <<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/2583.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

225 Schweizerische Bundesbahnen (SBB), Bern-Lötschberg-Simplon (BLS) und Schweizerische Südostbahn (SOB).

226 Vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Fn. 164), S. 68.

227 Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, Bundesblatt (BBl.) 2007, 2681, 2691.

228 Vgl. Art. 40a Abs. 3 Eisenbahngesetz.

229 Erste Postrichtlinie 97/67/EG v. 15.12.1997, ABl. EG 1998 L 15, 14.

230 Art. 3, 4 u. 5 der ersten Postrichtlinie.

renter, nicht diskriminierender und kostenorientierter Tarife<sup>231</sup> sowie die Verhinderung von Quersubventionen mittels Trennung von reservierten und nicht reservierten Diensten.<sup>232</sup> Ganz unter dem Zeichen der Subsidiarität stehend ließ die Richtlinie den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel freie Hand.<sup>233</sup>

Die Richtlinie 2002/39/EG<sup>234</sup> aus dem Jahr 2002 bedeutete eine schrittweise und kontrollierte Öffnung des Postmarktes für den Wettbewerb. Zu diesem Zweck beschränkt die Richtlinie den Bereich der reservierbaren Dienste, also solcher, die die Mitgliedstaaten exklusiv dem Universaldienstanbieter vorbehalten können. Ab dem 1. Januar 2003 war den Mitgliedstaaten ein exklusiver Vorbehalt nur noch für Inlandsbriefsendungen und eingehende grenzüberschreitende Briefsendungen bis 100 g und ab dem 1. Januar 2006 nur noch bis 50 g möglich.<sup>235</sup> Daneben ist die Möglichkeit, die genannten Dienste zu reservieren, unter den Vorbehalt der Notwendigkeit für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes gestellt. Die Richtlinie führt damit dem Grunde nach eine Öffnung der Märkte für den abgehenden grenzüberschreitenden Postdienst herbei.

Von den hier untersuchten Märkten ist der Postmarkt gegenwärtig der einzige, bei dem eine von der EG lancierte vollständige Marktöffnung noch nicht herbeigeführt worden ist. Dies soll sich bis zum Jahr 2009 geändert haben. Die Kommission veröffentlichte im Jahr 2006 eine Prospektivstudie,<sup>236</sup> in der sie das grundlegende Ziel der dauerhaft garantierten Bereitstellung des Universaldienstes in der von den Mitgliedstaaten gemäß der ersten Postrichtlinie festgelegten Qualität in der gesamten Gemeinschaft ohne die Notwendigkeit eines reservierten Bereiches bis 2009 nicht nur für erreichbar, sondern ein weiteres Zuwarten sogar für schädlich hält. Dieses Ziel vollständiger Marktöffnung fand dann auch Eingang in den mittlerweile vorliegenden Richtlinienentwurf zur Änderung der ersten Postrichtlinie über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste<sup>237, 238</sup>.

#### b) Deutschland

In Deutschland wurde die Öffnung des Briefmarktes durch die Befreiung vom sog. Beförderungsvorbehalt im Jahr 1995 eingeleitet. Seit 1998 gibt das PostG, das seitdem mehrere Änderungen erfahren hat, den Regulierungsrahmen vor. Das Gesetz bezweckt, ausweislich seines § 1, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Entsprechend der in der ersten Postrichtlinie eingeräumten Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber in § 51 Abs. 1 PostG der Deutschen Post AG eine gesetzliche Exklusivlizenz zur Beförderung von Briefsendungen und adressierter Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 g und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, gewährt. Dieses ausschließliche Recht ist als das maßgebliche Wettbewerbshindernis für die Entstehung wirksamen Wettbewerbs auf dem deutschen Postmarkt zu werten. Ende 2007 ist die Exklusivlizenz ausgelaufen. Auch wenn ein völliger Verzicht auf reservierbare Bereiche in der EG voraussichtlich erst 2009 erfolgen wird, ist von einer Verlängerung der Exklusivlizenz auf nationaler Ebene zu Recht abgesehen worden. Dafür streitet insbesondere das ihr innewohnende Diskriminierungs- und Quersubventionierungspotential, welches die Deutsche Post AG ausweislich zweier Kommissionsentscheidungen<sup>239</sup> zur Finanzierung nicht kostendeckender Preise auf bereits wettbewerblich organisierten Teilmärkten ausgenutzt hatte, um dort agierende Konkurrenz vom Markt zu verdrängen. Wie ein Blick auf den Verlauf der Liberalisierung des schwedischen Postmarktes zeigt, kann dagegen auch der Einwand, die Exklusivlizenz sei notwendig für die Gewährleistung des Universaldienstes, nicht durchgreifen.<sup>240</sup> Daneben erscheint es notwendig, im Zusammenhang mit der Problematik von Quersubventionen an das Gebot getrennter Rechnungslegung<sup>241</sup> zu erinnern, dessen Durchsetzung bislang scheinbar nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt wurde.<sup>242</sup> Nur am Rande sei vermerkt, dass die tatsächlichen Auswirkungen der Entscheidung zugunsten eines Mindestlohnes im Postsektor für den Wettbewerb gegenwärtig nicht abzusehen sind – wengleich insoweit von einem wahren „Bärendienst“ für den Wettbewerb der Branche ausgegangen werden muss.

Bei der Entgeltregulierung verfolgt das PostG einen asymmetrischen Ansatz, indem es nur den Marktbeherrscher einer Ex-ante-Regulierung unterwirft.<sup>243</sup> Bezüglich der Entgeltkontrolle knüpft das PostG nahtlos an die Tradition der sektorspezifischen Kartellgesetze an. Wie dort haben sich auch auf dem Postmarkt die Entgelte an den

Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren, wobei der Regulierungsbehörde sowohl das Price-Cap-Verfahren als auch das Einzelgenehmigungsverfahren zur Verfügung steht. Insoweit gilt hier nichts anderes als etwa auf dem Telekommunikationsmarkt.

Betreffend das Verhältnis zum allgemeinen Kartellrecht ergeben sich ähnliche Probleme wie bei der Bestimmung des Verhältnisses des AEG zum GWB. Analog heißt es in § 2 Abs. 3 PostG: „Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt unberührt.“ Zwar hat auch hier der eindeutige Wortlaut nicht zu verhindern vermocht, dass vielfach von einer umfassenden Verdrängungswirkung des PostG gegenüber dem GWB ausgegangen wird.<sup>244</sup> Anders als beim AEG haben die Vertreter dieser Auffassung im Rahmen des PostG aber zumindest die Begründung zum Gesetzentwurf hinter sich.<sup>245</sup> Dieser Konflikt zwischen nicht miteinander vereinbarem Wortlaut und Gesetzesmaterialien ließe sich schon nach allgemeinen Grundsätzen zugunsten des Wortlauts lösen. Hinzu kommt aber, dass von § 2 Abs. 3 PostG, würde man eine Verdrängungswirkung annehmen, nichts weiter übrig bliebe als die Regelung einer baren Selbstverständlichkeit, nämlich dass diejenigen Vorschriften, zu denen die Regelungen des PostG überhaupt keine Beziehung haben, fortgelten.<sup>246</sup> Neben das Wortlautargument tritt ein systematisches: § 48 PostG, der eine Zusammenarbeit zwischen BKartA und Regulierungsbehörde vorsieht, verweist in seinem Satz 3 auf § 82 S. 4 TKG 1996 (nunmehr § 123 S. 3 TKG). Darin wird das BKartA verpflichtet, der Bundesnetzagentur rechtzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn es (im Bereich des Postwesens) ein Verfahren nach § 19 und § 20 Abs. 1 und 2 GWB durchführt. Diese Regelung wäre unverständlich, wenn die Regulierungsbehörde für die Missbrauchsaufsicht im Postsektor eine umfassende Spezialzuständigkeit besäße.<sup>247</sup> Insoweit ist auch hier von einer parallelen Anwendbarkeit von PostG und GWB auszugehen.

#### c) Schweiz

Im Vergleich zur EG wurde der Postmarkt in der Schweiz nur sehr moderat geöffnet. Die Monopolgrenze liegt derzeit bei einem Einzelgewicht von 100 g und soll mit Inkrafttreten des Postgesetzes, mit dem 2011 zu rechnen ist, auf 50 g gesenkt werden. Insoweit als erst nach einer zwei- bis fünfjährigen Frist nach Inkrafttreten des Postgesetzes das Parlament in einem referendumsfähigen Beschluss über eine vollständige Marktöffnung entscheiden soll, liegt diese in der Schweiz noch in weiter Ferne. Gleichwohl kann und sollte sich die Schweiz den Entwicklungen der EG nicht weiter verschließen, um gegenüber den Ländern, zu denen sie in Konkurrenz steht, nicht weiter in Rückstand zu geraten. Nicht nur wegen ihrer geographischen Lage, sondern auch wegen ihrer beträchtlichen wirtschaftlichen Vernetzung zur EG kann sich die Schweiz eine isolierte Postpolitik nicht leisten.

Erfreulicherweise hat eine weitere Senkung der Monopolgrenze bereits Eingang in die öffentliche Diskussion gefunden.<sup>248</sup> Im Hinblick

231 Art. 12 der ersten Postrichtlinie.

232 Art. 14 Abs. 2 der ersten Postrichtlinie.

233 Erwägungsgrund 10 der ersten Postrichtlinie.

234 Richtlinie 2002/39/EG v. 10.6.2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG, ABl. EG 2002 L 176, 21.

235 Art. 7 Abs. 1 der Postrichtlinie i. d. F. der Richtlinie 2002/39/EG.

236 Kommission, Prospektivstudie über die Auswirkungen der Vollendung des Postbinnenmarktes im Jahr 2009 auf den Universaldienst, KOM (2006) 596 endg.

237 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste, KOM (2006) 594 endg.

238 Vgl. Art. 7 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs der Kommission (Fn. 237), KOM (2006) 594 endg.

239 Kommissionsentscheidung v. 20.1.2001 ABl. EG 2001 L 125, 27; Kommissionsentscheidung v. 19.6.2002, ABl. EG 2002 L 247, 27.

240 Andersson, Auswirkungen der Postreform in Schweden, 2007, abrufbar unter <<http://www.postreg.admin.ch/de/postmarkt/seco.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

241 Vgl. § 10 PostG.

242 Monopolkommission, Pressemitteilung v. 15.12.2005, WuW 2006, 46.

243 § 19 PostG.

244 Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Säcker (Fn. 152), S. 13.

245 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 19.

246 Vgl. zum parallelen Problem des § 2 Abs. 3 TKG 1996 Schroeder, WuW 1999, 14, 15.

247 OLG Düsseldorf, WuW 2005, 637, 639 (Beschl. v. 13.4.2005 – Az. VI-Kart 2/05 [V]).

248 Economiesuisse, Wachstumschancen im Postmarkt ergreifen, 2006, S. 3, abrufbar unter <[http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/%20PosPap\\_Post\\_20060301.pdf](http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/%20PosPap_Post_20060301.pdf)> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).

auf die weitere Vorgehensweise ist es notwendig, sich zu vergegenwärtigen, dass allein die Öffnung des Postmarktes nicht zu wirksamen Wettbewerbsprozessen führen wird. Vielmehr wird es angesichts der überragenden Bedeutung der Post sowie relativ hoher Marktzutrittschranken präventiver Steuerung mittels Regulierung bedürfen. Da mit einem landesweiten Ausbau paralleler Netzstrukturen aufgrund der damit verbundenen Ineffizienzen nicht zu rechnen sein wird, kommt dem Zugang der Wettbewerber zu den Leistungen des Altsassen entscheidende Bedeutung zu. Bislang gewährt bereits ein Rahmenvertrag zwischen der Schweizerischen Post und ihren Konkurrenten den Zugang zur postalisch letzten Meile.<sup>249</sup> Entsprechend den Ausführungen zum schweizerischen Gasmarkt bleibt auch hier zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um einen privatrechtlichen Vertrag, nicht aber um eine gesetzliche Verpflichtung handelt. Insoweit wird also die mit dem Rahmenvertrag verbundene Wettbewerbswirkung maßgeblich von der Disziplin der Post abhängen.

Dementsprechend erscheint es auch hier vorzugswürdig, den Zugang gesetzlich zu regeln und eine kostenorientierte Entgeltkontrolle nach Maßgabe des Price-Cap-Verfahrens einzuführen, die, anders als starre Preisstrukturen, den Unternehmen nicht den Weg zu innovativen Tarifsystemen versperrt.<sup>250</sup> Bislang ist im Bereich der Wettbewerbsaufsicht, mit Ausnahme der Überwachung des Verbots von Quersubventionen,<sup>251</sup> die dem Postregulator untersteht, die Wettbewerbskommission allein zuständig. Der Postsektor unterliegt damit fast ausschließlich der Kontrolle mittels allgemeinen Kartellrechts. Gerade für Markteintritte ist aber eine zügige Regulierung vonnöten, die so mit der reaktiven Kartellaufsicht nicht zu bewerkstelligen ist. Vielmehr sind verzögerte Wettbewerbsprozesse zu befürchten, weshalb gerade die Zugangsregulierung, vor allem wenn es darum geht, Wettbewerb erst entstehen zu lassen, ex ante ausgestaltet werden sollte.<sup>252</sup> Daneben ist es dringend erforderlich, zur Vermeidung von Interessenkonflikten eine klare Trennung zwischen der Regulierungsbehörde und dem zu regulierenden Unternehmen herbeizuführen. Bislang ist der Postregulator dem Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zugeordnet, welches damit gleichsam aus einer Hand Eigentümerinteressen und Regulierung wahrnimmt.

Als wettbewerbshemmend erweisen sich, neben dem fehlenden regulatorischen Gerüst, insbesondere auch die zahlreichen Privilegien der Schweizerischen Post.<sup>253</sup> Die Einschätzung, dass diese Privilegien notwendig wären, um die Grundversorgung sicherzustellen, erweist sich angesichts der gegenteiligen Erfahrungen in bereits vollständig liberalisierten Ländern als nicht nur nicht zutreffend; die Privilegien führen vielmehr zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen. Im Rahmen der Totalrevision der Postgesetzgebung und der weiteren Öffnung des Marktes für den Wettbewerb wird es auch erforderlich sein, die zahlreichen Privilegien aufzuheben.

### III. Schlussbemerkung

Unter der Losung „Wettbewerb ist effektiver als das Monopol“ fand in den letzten Jahren, ausgehend von Gesetzesinitiativen auf EG-Ebene, eine zunehmende Liberalisierung ehemals staatlich monopolisierter Märkte statt, häufig gleichzeitig einhergehend mit der Privatisierung der Staatsunternehmen. Die hier untersuchten Märkte wurden dereguliert und für den Wettbewerb geöffnet. Da jedoch die reine Entstaatlichung der Netzindustrien nicht zu wirksamen Wettbewerbsprozessen geführt hätte, hat sich in allen Branchen ein umfangreiches sektorspezifisches Kartellrecht in Form von Sondergesetzen herausgebildet.

Diese bilden jedoch nicht etwa das allgemeine Kartellrecht verdrängende Spezialgesetze. Letzteres bleibt vielmehr in all diesen Branchen parallel anwendbar. Für das EG-Kartellrecht, das deutsche GWB als auch für das schweizerische Kartellgesetz kann der eben genannte Geltungsanspruch angenommen werden. Die parallele Anwendbarkeit ist indes nicht unproblematisch. So lassen sowohl behördliche Doppelzuständigkeiten für dieselben Sachverhalte als auch unterschiedliche Rechtswege gegen die Behördenentscheidungen widersprüchliche Entscheidungen, eine Verringerung der Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer und letztendlich eine Auseinanderentwicklung von allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht befürchten.

Dies mag zwar erklären, warum verbreitet einer Spezialität des sektorspezifischen Rechts gegenüber dem allgemeinen Kartellrecht

das Wort geredet wird. Allein die Konsequenz, das allgemeine Kartellrecht auf den betreffenden Märkten zur Bedeutungslosigkeit zu verdammen, vermag weder methodisch noch unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu überzeugen. Im Gegenteil gilt es, kurzfristig eine weitere Sektoralisierung des Kartellrechts zu vermeiden und langfristig auch die hier untersuchten Märkte dem alleinigen Regime des allgemeinen Kartellrechts zu unterstellen.

Letzteres würde zum gegenwärtigen Zeitpunkt freilich über das Ziel hinausschießen und – mit Ausnahme des deutschen Telekommunikationssektors – den Charakter teilliberalisierter Märkte verkennen. Insoweit unstreitig bedarf es daher weiterhin, soweit funktionsfähiger Wettbewerb auf den betroffenen Märkten noch nicht besteht, besonderer Regulierungsvorschriften, da das allgemeine Kartellrecht von seinem Ansatzpunkt her grundsätzlich bereits das Bestehen wirksamen Wettbewerbs annimmt.

Allen sektorspezifischen Gesetzen lassen sich aber gemeinsame Prinzipien entnehmen, wie beispielsweise die Kontrolle der Entgelte, die sich an einer effizienten Leistungserbringung messen lassen müssen. Es sollte daher erwogen werden, die hier untersuchten Märkte dem allgemeinen Kartellrecht und damit der alleinigen Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu unterstellen und gleichzeitig die noch notwendigen Regulierungsvorschriften im Rahmen von Verordnungen in das Wettbewerbskonzept des allgemeinen Kartellrechts einzuflechten. Der damit einhergehende Kompetenzverlust der entsprechenden Sonderaufsichtsbehörde ist notwendig – so schmerzhaft er politisch auch sein mag. Damit wäre nicht nur die bereits oben angesprochene Gefahr einer regulatorischen Gefangennahme („regulatory capture“) weitestgehend gebannt, da diese bei sektorspezifischen Institutionen wesentlich höher ist als bei sektorübergreifenden, sondern es ließe sich auch die Problematik der Dichotomie der Zuständigkeiten und Rechtswege überwinden.

249 *Economiesuisse* (Fn. 248), S. 9.

250 *Knieps*, NZZ v. 29./30.9.2007, 33.

251 Vgl. Art. 9 Abs. 4 schwPostG.

252 Siehe dazu bereits oben, unter 1. c).

253 So unterliegt die Schweizerische Post im Bereich der Grundversorgung keinem Sonntags- bzw. Nachtfahrverbot, Gewinne bei der Grundversorgung sind nicht zu versteuern. Darüber hinaus wird sie durch ein günstiges Zollabfertigerungsverfahren sowie eine Pressebeförderungssubvention i. H. v. 80 Mio. CHF bis Ende 2007 privilegiert, vgl. WIK-Consult, Evaluation des Schweizer Postmarkts, 2005, S. 37 f., abrufbar unter <<http://www.postreg.admin.ch/de/files/4.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2007).



*Franz Böni*, Dr. iur. lic. oec. HSG, ist Beauftragter für Weiterbildung des Fachbereichs Rechtswissenschaft, wissenschaftlicher Leiter des Aufbaustudiengangs im Kartellrecht sowie Dozent für EG-Kartellrecht an der Universität Konstanz, Handelsrichter und Geschäftsführer einer kartellrechtlich ausgerichteten Wirtschaftsberatung in Mosnang/SG, Schweiz. Im Vordergrund stehen dabei Dienstleistungen im Bereich der Befolgung rechtlicher Regeln („legal compliance“) und die Ausarbeitung bzw. Anpassung von auf die Produkte eines Unternehmens zugeschnittenen Vertriebssystemen.