

Regulierungsrecht – systematische Ordnung und praktische Anwendung, Tagungsbericht des Gründungssymposiums der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht am 21./22.11.2013 in Berlin

*Kim Sophie Mengerling und Juliane Steffens\**

*A. Erster Tag*

*I. Begrüßung und Einführung*

Prof. Säcker begrüßte als Gastgeber des Symposiums alle Anwesenden<sup>1</sup> und bedankte sich für die fast ausnahmslose Teilnahme aller Eingeladenen. Die Idee für das Symposium und die Gründung einer Vereinigung gehe auf die Professoren Körber, Kühling, Ruffert, Säcker, Schmidt-Preuß und Zimmer (alphabetisch genannt) zurück. Ziel des Treffens sei es, gemeinsam mit Universitätsprofessoren aus dem Zivil- und Öffentlichen Recht ergebnisoffen über die Gründung und Ausrichtung einer „Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht“ zu beraten.

---

\* Eine kürzere Fassung des Tagungsberichtes ist im Deutschen Verwaltungsblatt (DVBl.) 2015, S. 484 ff. erschienen.

<sup>1</sup> Prof. Dr. Christian Alexander, Prof. Dr. Ulrich Büdenbender, Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur., Prof. Dr. Martin Eifert, LL.M., Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Thomas Fetzer, LL.M., Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M., Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Prof. Dr. Jörg Gundel, Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL. M., Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL.M., Prof. Dr. Jan Henrik Klement, Prof. Dr. Martin Kment, LL.M., Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur., Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., PD Dr. Stefan Korte, Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Prof. Dr. Gunther Kühne, LL.M., Prof. Dr. Helmut Lecheler, Prof. Dr. Markus Ludwigs, Prof. Dr. Stefan Magen, Dr. Jochen Mohr, Prof. Dr. Karsten Otte, Prof. Dr. Johann-Christian Pielow, Prof. Dr. Matthias Ruffert, Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker, Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms, Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M., Prof. Dr. Thorsten Siegel, Prof. Dr. Stefan Storr, Prof. Dr. Stefan Thomas, Prof. Dr. Maik Wolf, Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Ausgangspunkt sei zunächst eine Auseinandersetzung mit dem rechtswissenschaftlichen Systembegriff des Regulierungsrechts. Der Begriff des Regulierungsrechts habe zum Ziel, durch Marktversagen entstandenes Ungleichgewicht innerhalb von Verträgen zu kompensieren. Andere Gesetze, die öffentlich-rechtliche Zwecke verfolgen, seien nach diesem Verständnis keine Regulierungsgesetze. Um an möglichst große Gemeinsamkeiten anzuknüpfen, sollte sich der Gegenstand der Vereinigung auf das Netzregulierungsrecht beschränken und nicht auf alle Regulierungsbereiche erstrecken. Eine Betrachtung des Regulierungsrechts durch das Auge des Zivilrechtlers und des Öffentlichrechtlers sei für die Fortentwicklung des Regulierungsrechts unerlässlich. Das vor allem öffentlich-rechtlich geprägte System- und Prinzipiendenken und die für den Zivilrechtler typische „kleine Münze“ pragmatischer Problemlösung können einander hier ergänzen. Ziel der Vereinigung sollte es sein, sektorübergreifende Probleme mit einem kohärenten und einheitlichen Ansatz allgemein zu beantworten.

## *II. Panel 1: Regulierungsrecht als Infrastrukturegulierungsrecht oder mehr?<sup>2</sup>*

### *1. Vorträge*

Regulierungsrecht knüpft nach Prof. Ruffert nicht nur an Marktversagen, sondern gleichsam auch an Staatsversagen an. Von den Koordinaten des Regulierungsrechts stünden die Infrastrukturnetzwirtschaften als „Kernsektoren“ im Mittelpunkt (1. Koordinate), wobei die Abgrenzung im Einzelnen, z. B. zu den Datenschutzbestimmungen im TKG, unklar sei. Die Vereinigung könne hier eine weitere oder engere Eingrenzung vornehmen. Des Weiteren sei Regulierungsrecht inter- und intradisziplinär (2. Koordinate). Interdisziplinär, da sich Regulierung zwingend volks- und betriebswirtschaftlicher Konzepte bediene. Intradisziplinär, da es Öffentliches Recht und Zivilrecht an zahlreichen Stellen verbinde. Die beiden Disziplinen seien deshalb – nach Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem – als gegenseitige Auffangordnungen zu begreifen. Konzeptionell habe das Regulierungsrecht seinen Ausgangspunkt in den USA über GB zur EU (3. Ko-

---

2 Referenten: Prof. Dr. Matthias Ruffert, Universität Jena, Prof. Dr. Johann-Christian Pielow, Universität Bochum, Prof. Dr. Jürgen Kühling, Universität Regensburg, Moderation: Prof. Dr. Franz Jürgen Säcker, Freie Universität Berlin.

ordinate). Viele Probleme erforderten deshalb einen rechtsvergleichenden Blick. Die ARegV sei hierbei ein deutsches Unikum. Das Spannungsfeld zwischen Theorie und Praxis bilde die 4. Koordinate, da Regulierung theoriegeleitet sei, die Probleme aber erst in der Praxis entstünden, wie z.B. bei der Sicherung der behördlichen Unabhängigkeit. Als Fazit bliebe vorerst: „Was Regulierungsrecht ist, wissen wir erst in ein paar Jahren.“ Das Infrastrukturregulierungsrecht solle deshalb zwar im Mittelpunkt der Vereinigung stehen, das Schaufenster zu anderen Sektoren müsse aber offen bleiben.

Prof. Pielow begrüßte die Betonung des Regulierungs-„rechts“ als eine willkommene Rückführung der Regulierung zum Recht. Die Materie habe sich zu lange „vor den Nachbarwissenschaften hertreiben“ und zu mancher juristischen Stilblüte verleiten lassen. Inhaltlich könne der Begriff der Regulierung sowohl in einem engeren als auch in einem weiteren Sinne verstanden werden. Im engeren Sinne gehe es primär um die Regulierung von natürlichen Monopolen. Anknüpfungspunkt sei das Marktversagen nach der Liberalisierung ehemaliger (Netz-)Monopole. „Modal“ sei die Regulierung im engeren Sinne von einer Ex-ante-Steuerung durch unabhängige Regierungsbehörden gekennzeichnet. Regulierung im weiteren Sinne betreffe neue Formen staatlicher Einflussnahme auch in anderen, nicht netzgebundenen Sektoren. Schließlich sei Regulierung auch in der Dimension der Selbstregulierung zu verstehen, da der Staat nicht zwingend Hauptakteur von Regulierung sein müsse. Insgesamt sollte sich die Vereinigung primär auf die Infrastrukturregulierung konzentrieren. Infrastrukturregulierung sei mehr als reine Netzregulierung. Alle unter die Essential-facilities-Doktrin fallenden Strukturen, so bspw. auch See-, Binnen- und Flughäfen, seien unter den Begriff der Infrastrukturregulierung zu fassen. Auch das US-amerikanische Recht folge primär dem „Essential-facility“-Ansatz und lege mit den Independent Agencies einen Fokus auf institutionelle Aspekte der Regulierung. Bei der Ausrichtung der Vereinigung sei auf die Anschlussfähigkeit im internationalen Diskurs zu achten. Diese wünschenswerte Orientierung an einer an konkreten und allorts bestehenden Sachproblemen ansetzenden Rechtsvergleichung wirke zudem einem in der deutschen Rechts- und Regulierungswissenschaft zu beobachtenden Hang zur „Hyperdogmatik“ entgegen. Die Vereinigung sollte entwicklungs offen ausgestaltet werden: Zentral sollte es um die proaktive Steuerung zum „Versagen“ neigender Märkte durch Behörden gehen. Grundrechtlich betrachtet wirke Regulierung stets freiheitsmindernd

und jedes „Mehr“ an Regulierung sei legitimations- und rechtfertigungsbedürftig.

Prof. Kühling trat dafür ein, dass die Forschungen der Vereinigung sich in erster Linie auf verallgemeinerungsfähige Rechtsfragen aus den Netzwirtschaften (Telekommunikation, Post, Energie, Wasser, Verkehr) richten sollte, denn diese erlauben durch allgemein anzutreffende Instrumente der Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierung die Ausbildung übergreifender dogmatischer Prinzipien. Um den Begriff der Regulierung für die möglichst zielgenaue Beschreibung des Forschungsgegenstandes der Vereinigung besser fassbar zu machen, rekurrierte Prof. Kühling auf die aus dem US-amerikanischen Recht bekannte Unterscheidung von „economic regulation“ und „social regulation“. Erstere habe Märkte zum Gegenstand, denen ein spezifisches Marktversagen eigen und in denen das traditionelle staatliche Interventionsziel die Schaffung von Wettbewerb sei. Das Konzept der „social regulation“ ließe sich hingegen schwieriger fassen, da es im Allgemeinen sämtliche hoheitliche Steuerung der Wirtschaftstätigkeit meine. Das deutsche Regulierungsrecht habe seinen Blick deshalb zu Recht zunächst weitgehend auf den Gegenstand der „economic regulation“ fokussiert. Prof. Kühling betonte jedoch die gewinnbringende exemplarische Perspektiverweiterung auf Aspekte der „social regulation“: In manchen Fällen sei dies sogar dringend geboten, wie die Tragweite der hoheitlichen Steuerung der Erneuerbare-Energien-Produktion und deren Wirkung auf klassische Ansätze der Regulierung unter Beweis stelle. Insgesamt plädierte Prof. Kühling für eine rechtsgebietsübergreifend arbeitende und für Anregungen der Nachbarwissenschaften offene intra- sowie interdisziplinär ausgerichtete Vereinigung. Wettbewerbsschaffung sei hierbei ein notwendiger gemeinsamer Aspekt. Alle Netzwirtschaften hätten das gemeinsame Ziel, einen Binnenmarkt zu schaffen. Dies sei aber nicht von Anfang an in allen Sektoren so gewesen. Im TK-Bereich sei der Single Market erst in diesem Jahr vorgegeben worden; im Energiebereich sei von Anfang an ein gemeinsamer Binnenmarkt intendiert gewesen. Die Vereinigung solle sich zunächst auf die Netzwirtschaften beschränken, die Betrachtung anderer Sektoren könne im Einzelfall eine fruchtbare Ergänzung sein.

## *2. Diskussion*

Nach Prof. Gersdorf sollten alle Sektoren einbezogen werden, die vergleichbare Zugangshürden aufwiesen. Wettbewerbsschaffung sei nicht alleiniger Regulierungsgrund: Im Post- und TK-Sektor sei die Schaffung von echtem Wettbewerb grundsätzlich möglich; im Eisenbahn-, Strom- und Gasbereich hingegen nicht. Gemeinsam sei allen Sektoren aber die Schutzbedürftigkeit der Netzpetenten gegenüber Unternehmen mit überlegener Marktmacht. Prof. Schneider gab anschließend zu Bedenken, dass ein auf die Netzregulierung beschränkter Blick nicht zielführend sei. Prof. Schuler-Harms betonte die unterschiedlichen Erkenntnisinteressen: Öffentliches Recht sei stets auf Systematisierung und Prinzipienbildung ausgerichtet, Zivilrecht nehme eine enge, problemorientierte Sichtweise ein. Die Zusammenarbeit beider Disziplinen im Rahmen der Vereinigung sei aus diesem Grund äußerst fruchtbar. Die Vereinigung sollte sich deshalb nicht über Gegenstände definieren, sondern über die Modalitäten der Regulierung. Nach Prof. Fehling sollten die Netzwirtschaften den Kernbereich des Vereinigungsgegenstandes bilden. Alle Netzsektoren, wie bspw. das Postwesen und der öffentliche Nahverkehr, seien mit einzubeziehen. Nicht der Wettbewerbsbezug sei Dreh- und Angelpunkt der Regulierung, sondern das Zusammentreffen von Wettbewerb- und Gemeinwohlzielen. Nach Prof. Otte sei die Schaffung von Wettbewerb nur ein Zwischenziel von Regulierung. Bezweckt werde die Verbesserung der Daseinsvorsorge. Es sollte danach gefragt werden, wo das Ziel der Daseinsvorsorge verfolgt werde. Nach Prof. Körber sollte es vorerst darum gehen, einen „Markenkern“ der Vereinigung zu entwickeln. Gemeinsame Prinzipien im Rahmen der Netzwirtschaften zu entwickeln, sei für sich ein großer Schritt. Die Frage der Öffnung hin zu weiteren Sektoren könne sich erst in Zukunft stellen. Prof. Fuchs wendete ein, dass die Vereinigung auch eine gewisse Abstraktionshöhe erreichen müsse. Es sei eine „mittlere Linie“ mit abstrakten Ordnungskriterien einzuschlagen. Regulierung sei jeder gezielte Eingriff des Staates, um die Funktionsweise von Märkten oder die Verfolgung öffentlicher Zwecke innerhalb dieser Märkte zu fördern. Die Schaffung eines Marktdesigns durch den Staat sei deshalb Regulierung. Dann müssten aber auch das Gesundheitsrecht, die Finanzmarktregulierung und die Umweltregulierung mit einbezogen werden. Nach Prof. Magen sei der Begriff „Regulierung“ spezifischer als die „Regulierung von Märkten“ zu verstehen. Gemeinsame Kompetenz von Öffentlichem Recht, Kartellrecht und Regulierungsrecht sei der Wettbewerb. Dies schließe auch mit ein,

dass die öffentlich-rechtlichen Interventionen die Märkte nicht ihrer Autonomie und Funktionsfähigkeit beraubten. Prof. Kühne regte an, dass die Vereinigung über die Grenzen der wissenschaftsinternen Auseinandersetzung hinaus auch am politischen Diskurs mit Blick auf die Rechtsetzung teilhabe. Langfristiges Ziel sollte es sein, ein „Allgemeines Regulierungsrecht“ zu entwerfen. Prof. Büdenbender schlug einen „Stufenplan“ vor, nach dem eng gestartet werden und erst dann die Öffnung hin zu weiteren Themen erfolgen sollte. Prof. Schmidt-Preuß befürwortete eine Differenzierung des Regulierungsbegriffs, bei der auf der ersten Stufe die bereits konzeptionell etablierte „bottleneck-Regulierung“ stehe, die durch das natürliche Monopol charakterisiert und als „Regulierung I“ bezeichnet werden könne. Davon zu unterscheiden seien auf einer zweiten, womöglich auch dritten Stufe, staatlich gesteuerte Bereiche ohne Netzbezug anzusiedeln.

### *3. Fazit*

Prof. Säcker favorisierte eine „Theorie mittlerer Reichweite“, nach der mit den Netzwirtschaften gestartet und auf längere Sicht weitere Sektoren hinzukommen könnten. Prof. Ruffert mahnte an, kein Innovationspotenzial durch eine zeitliche Stufung abzuschneiden. Prof. Pielow fühlte sich durch die Stellungnahmen in seinem pragmatischen Ansatz bestätigt. Regulierung sei proaktive Steuerung von neuen Märkten, wobei ein „Fenster“ langfristig für andere Märkte offen sei. Prof. Kühling stimmte überein, gab aber zu bedenken, dass sich erst in Zukunft zeige, wie weit das Fenster geöffnet sei.

III. Panel 2: Zugangs- und Entgeltregulierung als Aufgabe des Regulierungsrechts<sup>3</sup>

1. Vorträge

Das zweite Panel eröffnete Prof. Zimmer als Moderator zu dem Thema: „Zugangs- und Entgeltregulierung als Aufgabe des Regulierungsrechts: Diskriminierungsfreiheit („Netzneutralität“), Angemessenheitskontrolle und Effizienz als Maßstäbe für die Ex-ante- und Ex-post-Missbrauchskontrolle im Regulierungs- und Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV) – Regulierungsrecht als Ersatzinstrument für Wettbewerb bei Marktversagen oder als spezifisch öffentlich-rechtliche Konkretisierung der Gewährleistungsverantwortung des Staates im Bereich der Daseinsvorsorge?“ Nach Prof. Zimmer sei die hier aufgeworfene Frage nach der konkreten Aufgabe des Regulierungsrechts – als Ersatzinstrument für Wettbewerb bei Marktversagen oder als darüber hinausgehende öffentlich-rechtliche Konkretisierung der Gemeinwohlsicherung des Staates im Bereich der Daseinsvorsorge – ebenso seit mehr als zehn Jahren im Kartellrecht umstritten. Aus seiner Sicht sei eine Vereinigung beider Disziplinen – der des Öffentlichen Rechts und des Zivilrechts – deshalb hilfreich.

Prof. Schmidt-Preuß gab zunächst einen kurzen historischen Überblick über die maßgeblich durch EU-Richtlinien angestoßene Entwicklung des Regulierungsrechts seit dem Beginn der Liberalisierung vor 15 Jahren. Sodann legte er als Charakteristikum der Regulierung die Bekämpfung des natürlichen Monopols dar. Dieses werde von der Regulierungsökonomie durch die Subadditivität der Kosten definiert. Da das Monopol zum Missbrauch tendiere, müsse der Staat von seinem Regulierungsmandat Gebrauch machen und den Netzbetreiber rechtlich zwingen, sich so zu verhalten, als ob Wettbewerb bestünde. So müsse der Netzeigentümer Konkurrenten diskriminierungsfreien Zugang gewähren und vor einer Erhöhung der Netznutzungsentgelte typischerweise eine ex-ante-Genehmigung der Regulierungsbehörde einholen. Regulierung sei legitim, weil es sonst zu inakzeptablen Gemeinwohleinbußen käme. Die EU habe im Interesse des Binnenmarkts allen Mitgliedstaaten im Wesentlichen durch Richtlinien eine derartige durchsetzungsfähige Regulierung der natürlichen Mono-

---

3 Referenten: Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Universität Bonn, Prof. Dr. Jochen Mohr, Universität Dresden, Moderation: Prof. Dr. Daniel Zimmer, Universität Bonn.

pole vorgegeben. In Deutschland habe dies zu einer Vielzahl sektorspezifischer Fachgesetze geführt (EnWG, TKG, AEG, PostG). Ihr Ziel sei es, Verhaltensspielräume der Netzbetreiber zu begrenzen und einen unverfälschten Wettbewerb auf den Infrastrukturmärkten zu sichern. Das staatliche Regulierungsmandat ergebe sich aus der Art. 3 Abs. 3 EUV entnommenen Eingriffsverpflichtung, nach der alle Mitgliedstaaten zu einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ verpflichtet seien. Die Öffnung der Netzmonopole durch diskriminierungsfreie Zugangsgewährung und effizienzbasierte Entgeltregulierung diene der Realisierung des Wettbewerbs. Die Legitimation einer massiv eingreifenden Regulierung ende aber – so Prof. Schmidt-Preuß – stets dort, wo Wettbewerb möglich sei. Dann sei nicht mehr das Regulierungs-, sondern das Kartellrecht dazu berufen, Machtmissbrauch von Unternehmen – nunmehr doch ex-post-Missbrauchskontrolle – zu bekämpfen. Die proaktive Einforderung wettbewerbsanaloger, d.h. effizienter, Netznutzungsentgelte sei damit Kernaufgabe des Regulierungsrechts. Neben dem Wettbewerbsziel seien aber auch Verbraucherschutz und Universaldienst ein Thema der Regulierung, welcher damit auch eine sozialstaatliche Dimension zukomme. Dies ergebe sich z.B. aus der Universaldienstverpflichtung nach Maßgabe der Post-Universaldienstleistungs-Verordnung (PUDL-VO) oder aus der Verpflichtung der Bundesnetzagentur gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, die Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen zu berücksichtigen. Nach diesen zielbezogenen Ausführungen griff Prof. Schmidt-Preuß die Gemeinsamkeiten und Unterschiede im konkreten sektorspezifischen Regulierungsrecht auf. Ein übergreifendes Charakteristikum liege in den Regulierungszielen, die jeweils am Anfang der Fachgesetze stünden (§ 1 Abs. 3 EnWG, § 2 Abs. 2 TKG, § 1 AEG und § 1 PostG). Inhaltlich weitgehend deckungsgleich forderten alle Regelungen die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs, Chancengleichheit sowie Verbraucherschutz. Beim Netzzugang sei die Ausgestaltung insoweit übergreifend, als in allen vier Fachgesetzen der Netzbetreiber Konkurrenten zur Netznutzung gegen Entgelt zulassen müsse. Hierbei handele es sich jeweils um das Herzstück der sektorspezifischen Regulierung. Dies demonstrierte Prof. Schmidt-Preuß anhand von § 20 Abs. 1 EnWG, § 21 TKG, § 14 I 1 AEG und §§ 28, 29 PostG, wobei das Telekommunikationsrecht die Besonderheit aufweise, dass die BNetzA den SMP-Netzbetreiber selbst definiere. Nach § 14 Abs. 1 AEG seien Schienenbahnnetzbetreiber zu diskriminierungsfreiem Zugang verpflichtet. Nach §§ 28, 29 PostG bestehe eine Zugangsverpflichtung nur bei entsprechender Nachfrage und

wirtschaftlicher Zumutbarkeit für den Betreiber. Bei der Netzentgeltregulierung sehe § 21 II 1 EnWG einen Effizienzkostenmaßstab vor, der durch den Effizienzvergleich der ARegV konkretisiert werde. Im Telekommunikationsrecht sehe dagegen § 32 Abs. 1 TKG den tatbestandlich spezifisch zugeschnittenen Maßstab der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (KeL) vor. Im Postsektor halte § 20 PostG einen dem TKG entsprechenden Maßstab der KeL bereit. In allen drei Fällen werde die Eigenkapitalverzinsung jeweils anhand des Capital Asset Pricing Model (CAPM) ermittelt. Dagegen sei im Eisenbahnrecht ein Effizienzmaßstab dem § 14 IV AEG vom Wortlaut her nicht unmittelbar zu entnehmen. Der EuGH habe allerdings mit seinem Urteil vom 28.2.2013, Rs. C-556/10, klargestellt, dass die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen der Deutschen Bahn AG und der Bundesrepublik Deutschland entsprechend den Vorgaben des Art. 6 RL 2001/14/EG Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung setze. Seinen intradisziplinären Quervergleich komplettierte Prof. Schmidt-Preuß mit einer Analyse des Missbrauchsverbots. Abschließend griff er die Frage auf, ob das Regulierungsrecht öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Natur sei, und antwortete, es sei weder ausschließlich das eine noch das andere, sondern „beides“. Während die regulatorische Gesamtarchitektur, Eingriffsermächtigungen und Genehmigungstatbestände dem Öffentlichen Recht angehörten, werde das Regulierungsrecht in der praktischen Realisierung durch die privaten Akteure mit Hilfe des Instituts des Vertrages zivilrechtlich gestaltet. Das Recht zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB sei schließlich Ausdruck dieser primär zivilrechtlichen Prägung.

Prof. Mohr erläuterte zunächst die Gründe für die Regulierung der Netzwirtschaften. Um trotz monopolistischer "bottlenecks" wettbewerbsanaloge Preise zu erhalten, sei nach dem disaggregierten Regulierungsansatz eine Ex-ante-Entgeltregulierung erforderlich. Deren Ziel sei es, funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen. Die Regulierung der Netzsektoren Energie, Telekommunikation und Schienenverkehr basiere nach ihrer dogmatischen Grundstruktur auf dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV. Eine Ex-post-Missbrauchskontrolle sei in diesen Sektoren nicht ausreichend, um die spezifischen Marktversagensgründe zu beheben. Neben der proaktiven Ex-ante-Entgeltregulierung sei ebenfalls eine vorbeugende Entflechtungsregelung notwendig. Die unterschiedliche Eingriffstiefe der Ex-ante- gegenüber der Ex-post-Kontrolle habe dabei keine Rückwirkung auf das Kontrollprinzip. Ziel der Regulierung sei es - neben dem ökonomischen Marktversagen - objektiv-überindividuelle Gemeinwohlerwägungen

zu implementieren, z.B. den Umweltschutz. Diese Gemeinwohlziele stünden nicht automatisch im Gegensatz zur Wettbewerbsförderung, sondern seien vorrangig über den Wettbewerb zu erreichen. Dies zeige sich bspw. durch die Universaldienstverpflichtung im Telekommunikationsrecht. Um dauerhafte Marktzutrittsschranken in den regulierten Sektoren zu überwinden und die vor- und nachgelagerten Märkte angreifbar zu machen, müssten Wettbewerber die Netzinfrastruktur gegen ein „angemessenes“ Entgelt nutzen können. Der marktwirtschaftliche Regulierungsansatz konkretisiere diese Angemessenheit in Form des Effizienzkostenmaßstabes. Ein vergleichbarer Maßstab gelte für die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Ausbeutungsmissbräuchen gem. Art. 102 S. 2 lit. a AEUV, §§ 19 Abs. 2 Nr. 2, 29 GWB, § 315 Abs. 3 BGB. Dieser Als-ob-Maßstab sei aber durch seinen Effizienzbezug nicht als rein ökonomischer Maßstab definiert, sondern ein rechtlicher Maßstab. Marktergebnisse seien deshalb nicht gleich wettbewerbsanaloge Preise im Sinne des Als-ob-Maßstabs. In Art. 87f GG zeige sich eine Grundentscheidung der Verfassung, die Gewährleistungsverantwortung Privaten zu übertragen. Das Wettbewerbsrecht und die Netzregulierung seien damit Privatrecht, soweit sie die material-chancengleiche Selbstbestimmung der Marktteilnehmer vor einem Missbrauch von Marktmacht schützten. Freiheitssicherung und Machtbegrenzung seien Kernfunktionen des Regulierungsrechts. Beide Rechtsgebiete seien insofern „Hilfsinstrumente“ des Vertragsrechts, da dieses seine „innere“ Rechtfertigung gerade aus der beidseitig-materialen Selbstbestimmung der Vertragsparteien ableite. Demgegenüber seien die objektiv-gemeinwohlinduzierten Vorschriften des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Aus der öffentlich-rechtlichen Handlungsform der Regulierungsbehörden könne nicht geschlossen werden, dass das Regulierungsrecht insgesamt dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sei. Die Art und Weise der Durchsetzung treffe noch keine Aussage über die Auslegungsprinzipien zur Anwendung des materiellen Rechts. Nach Durner sei vielmehr zu unterscheiden zwischen der „Aufgabendimension“ und der „institutionellen Dimension“.

Prof. Zimmer dankte beiden Referenten und betonte den aus seiner Sicht zu beobachteten weitgehenden Gleichlauf der Einschätzungen zur Ex-ante- und Ex-post-Regulierung. De iure leite sich der Kontrahierungszwang unmittelbar aus Art. 102 AEUV ab und sei Mittel der Ex-ante-Regulierung.

## *2. Diskussion*

Prof. Klement betonte, dass im positiven System des freiheitlichen Individuums jeder Eingriff, und damit auch die Regulierung, eine normative Entscheidung sei. Regulierung basiere auf einem normativen Wettbewerbsbegriff, der juristisch-ökonomisch fundiert definiert werden müsse. Prof. Otte ging auf die Einordnung des Regulierungsrechts zum Zivil- oder Öffentlichen Recht ein. In Gerichtsentscheidungen hieße es häufig, dass sich der Regulierer der Kontrolle des Privatrechts zu enthalten habe. In Bezug auf die Rechtsnatur von Regulierungsnormen werde aber ebenfalls vertreten, dass es sich um privatrechtliche Normen handle, die öffentlich-rechtlich überformt seien und deren regulatorische Auswirkung überprüfbar sei. Eine klare Zuordnung lasse sich hieraus nicht ableiten. Ein Schwerpunkt zukünftiger Untersuchungen müsse auf den vergleichbaren Kontrollmaßstäben aufbauen. Vom legislativen Standpunkt aus sei zu fragen, ob der Gesetzgeber überhaupt divergente Maßstäbe adäquat nebeneinander abbilden könne. Aus der Sicht des Regulierers sei die entscheidende Frage, ob das, was regulatorisch gerechtfertigt sei, auch zivilrechtlich billig sei. Ein Gleichklang sei zu befürworten, könne aus Art. 102 AEUV aber nicht unmittelbar gefolgert werden. Prof. Otte unterstrich den Doppelcharakter des Regulierungsrechts, wonach operative Eingriffsnormen dem Öffentlichen Recht angehörten, während das Verhältnis zwischen Endkunden und Anbietern dem Zivilrecht zuzuordnen sei. Prof. Ludwigs sprach sich gegen das Vorliegen eines einheitlichen sektorübergreifenden Effizienzkostenmaßstabs aus. Der Entgeltmaßstab sei aufgrund seiner zahlreichen unterschiedlichen Faktoren nicht einheitlich definiert. Dies könne auch nicht durch das übergreifende Als-ob-Wettbewerbskonzept überspielt werden. Prof. Gersdorf warf die Frage auf, ob Regulierung nur die Konkretisierung der Essential-facilities-Doktrin sei oder weit darüber hinausgehe. Dies sei bisher nicht beantwortet worden. Weiter bezweifelte er, dass sich aus dem Grundgesetz eine Gewährleistungsverantwortung für einen funktionsfähigen Wettbewerb ergebe. Prof. Knauff konnte die umfassende Steuerungsfähigkeit eines einheitlichen ökonomischen Effizienzmaßstabes nicht erkennen. Prof. Fehling befürwortete ebenfalls eine sektorspezifischere Sichtweise, da den einzelnen Sektoren zum Teil doch sehr unterschiedliche Ziele zugrunde lägen. Die Schaffung von Wettbewerb sei nur ein Ziel von mehreren und im Übrigen eher ein allgemeines Mittel zur Erreichung der angestrebten Gemeinwohlbeiträge. Prof. Schmidt-Preuß hob hervor, dass neben dem Wettbewerbsziel der Re-

gulation auch ihre sozialstaatliche Dimension zu würdigen sei, wie sie sich z.B. in der Grundversorgung im Energiebereich oder in Universaldiensten des TK-Rechts manifestiere. Nach Prof. Säcker diene das Ziel der Wettbewerbsschaffung lediglich dazu, ein ökonomisches Verhalten zu sichern, dass wettbewerblich (effizient) sei. Daneben bestünden aber zahlreiche andere Regulierungsziele. Der Maßstab des Als-Ob-Wettbewerbs schütze nur vor einer willkürlichen Preisdoktrin durch den Staat, trage in sich selbst aber viele Unsicherheiten und Schwierigkeiten. Dieser Effizienzmaßstab gelte gleichermaßen für die Ex-ante- sowie für die Ex-post-Kontrolle. Die Differenzierung zwischen Ex-ante- und Ex-post Regulierung sei aufgrund der Maßstabsidentität kein Kriterium zur Differenzierung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht. Prof. Wolf regte an, die im Einzelfall unterschiedlichen Wortlaute sektorspezifischer Regelungen im Hinblick auf die sektorübergreifend einheitliche Ordnungskonzeption nicht zu schwer zu gewichten. Nationale Normen müssten sich ohnehin an zwingenden europäischen Vorgaben (Art. 102 AEUV) messen lassen. Auch im europäischen Recht ließen sich innerhalb des Wettbewerbs-, Beihilfen- und Regulierungsrechts ähnliche Konzepte erkennen. Prof. Kühling betonte, dass neben der Normgeltung vor allem die Frage der Verwerfungskompetenz von primärrechtsgeprägtem Sekundärrecht zwischen EuGH und Kommission entscheidend sei. Das Eisenbahnrecht sowie die RL 2009/28/EG lieferten gute Beispiele für kompetenzrechtliche Probleme. Prof. Magen kritisierte den seiner Ansicht nach sozial aufgeladenen Freiheitsbegriff, welcher Freiheit und Effizienz als Gegensatzpaar auffasse. Effizienz und Freiheit seien vielmehr einander entsprechend und nicht gegenläufig. Prof. Schneider gab zu bedenken, dass der Netzausbau in der vorgenommenen Betrachtung bisher außen vor geblieben sei. Die Investitionen seien in den einzelnen Sektoren so unterschiedlich, dass eine gemeinsame Betrachtung hier nicht sinnvoll sei. Darüber hinaus bestünden zahlreiche Verfahrensunterschiede in den einzelnen Sektoren.

### *3. Fazit*

In ihrem abschließenden Statement bedankten sich beide Referenten für die kontroverse Auseinandersetzung und betonten noch einmal ihre vorgehend dargestellten Kernthesen. Prof. Schmidt-Preuß hielt am Wettbewerb als einem dominierenden Leitmaß der Regulierung und des Regulierungsrechts fest. Zugleich belasse dies auf einer unteren Ebene Raum für fach-

gesetzliche Feinsteuerung und Differenzierung. Die Schaffung eines unverfälschten europaweiten Wettbewerbs auf den „bottleneck“-Märkten bleibe eine zentrale Aufgabe der Regulierungsbehörde.

*B. Tag 2: 22. November 2013*

*I. Panel 1: Öffentlich-rechtliche Umsetzung (public enforcement) vs. individuelle und kollektive private Rechtsdurchsetzung – Regulierung und zivilrechtliche Vertragskontrolle<sup>4</sup>*

*1. Vorträge*

Prof. Alexander systematisierte zunächst die Vorteile der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung. Eine Vielzahl von Wettbewerbern ermögliche durch ihre effektive Wächterfunktion eine hohe Kontrolldichte. Die Leistungsgrenzen privater Rechtsdurchsetzung würden jedoch dort erreicht, wo Private kein oder ein geringes Eigeninteresse an der Rechtsdurchsetzung zeigten – z. B. im Fall von Streuschäden. Normen zur Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB, § 10 UWG) stellten bisher keinen befriedigenden Mechanismus zur Rechtsdurchsetzung in diesen Fällen dar. Sind Allgemeininteressen verletzt oder Gemeinschaftsgüter geschädigt, versage der Motor der privaten Rechtsdurchsetzung ebenfalls. Verbandsklagen leisteten in diesen Fällen nur unzureichend Abhilfe. Oft sei auch der Zugang zu Informationen ein Hindernis. Die behördliche Rechtsdurchsetzung sei bei Streuschäden und verletzten Allgemeininteressen leistungsfähiger – nicht zuletzt aufgrund ihrer Rechtsfolgenflexibilität. Vorteile einer Doppelspurigkeit privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung lägen in der Verbundwirkung von Sanktionsmechanismen; diese könnten durch Vorschriften wechselseitiger Durchsetzungserleichterungen effektiv ineinandergreifen (z. B. bei § 33 Abs. 4, 5 GWB, Art. 16 VO 1/2003, § 32 Abs. 4 EnWG). Es bestünden allerdings Abstimmungserfordernisse bei der Hemmung privater Rechtsdurchsetzung sowie der Vermeidung von Belastungskumulationen bei Geldbußen, Schadensersatz und Vorteilsabschöpfungen und sog. Follow-on-Klagen im Nachgang zu Kronzeugenoffenbarungen.

---

<sup>4</sup> Referenten: Prof. Dr. Christian Alexander, Universität Jena, Prof. Dr. Karsten Otte, Bundesnetzagentur, Moderation: Prof. Dr. Matthias Ruffert, Universität Jena.

Prof. Otte betonte im Anschluss die Notwendigkeit einheitlicher Kontrollmaßstäbe in privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung. Er schloss sich Prof. Mohr an und warnte vor ineffizienten Doppelkontrollen, die – sofern sie auf unterschiedlichen Kontrollmaßstäben beruhten – die Einheitlichkeit der Rechtsordnung gefährdeten und erhebliche Rechtsunsicherheit verbreiteten. Die bisherige Kontrollpraxis verleite Betroffene zu einem Rosinenpicken. Anschließend konkretisierte Prof. Otte die Abstimmungsschwierigkeiten zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Kontrolle anhand einzelner Beispiele aus dem Eisenbahnsektor. So sei das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB in einem Vertragsverhältnis, das dem regulierten Netzbetrieb entspringe, durch die Zugangsvorschriften des AEG normativ überlagert; ein Zahlungsvorbehalt in Bezug auf bestrittene Altforderungen für die Nutzung der Schienennetzinfrastruktur dürfe dem Infrastrukturbetreiber keine Zugangsverweigerung für die Zukunft erlauben. Auch wenn Zugangspetenten Trassenentgelte nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung wegen Unbilligkeit nach § 315 BGB zahlten, könne dies den Schienennetzbetreiber nicht zu einer Zugangsverweigerung berechtigen. Abschließend wies Prof. Otte auf das gegenwärtige Problem der Doppelkontrolle von Zugangsentgelten hin, die einer regulierungsrechtlich begründeten Ex-ante-Kontrolle von Diskriminierungsfreiheit und Angemessenheit unterlägen, und vom Zivilrichter nach Maßstäben der Billigkeit gemäß § 315 BGB überprüft werden könnten. Das Regulierungsrecht gebe als spezielles Recht dem Zivilrecht die Kontrollmaßstäbe vor; die „Billigkeit“ i. S. des § 315 Abs. 3 BGB werde etwa durch eine marktorientierte Angemessenheitskontrolle oder durch den KeL-Maßstab (wo existent) konkretisiert. Prof. Otte forderte abschließend eine bessere Verfahrensabstimmung z. B. durch Bindungswirkungen, Aussetzungsregelungen und Präjudizialitäten.

## *2. Diskussion*

Prof. Kühne sprach sich für die durchgehende Anerkennung einer Rechtfertigungsfiktion behördlich kontrollierter Entgelte im Zivilverfahren aus. Zudem warnte er vor einer Verquickung von Verwaltungsverfahren und zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB im Falle einer fehlerhaften behördlichen Entgeltgenehmigung. Genehmigungsfehler müssten im Verwaltungsverfahren beseitigt werden, nicht im Zivilverfahren. Prof. Schuler-Harms sah es als eine der vordringlichen Aufgaben der Vereini-

gung an, gemeinsame dogmatische Maßstäbe der beiden Rechtsordnungen zu erarbeiten. Erste dogmatische Ansätze könnten die Charakterisierung hybrider Normen, die Doppelspurigkeit privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung sowie das Ausbilden abgestimmter Zuständigkeitsregelungen sein. Prof. Körber warnte davor, Private als „private attorney general“ misszuverstehen und wies auf die Missbrauchsmöglichkeiten bei der Inanspruchnahme privatrechtlichen Rechtsschutzes hin. Er fügte § 32 Abs. 2a GWB als weiteres Beispiel einer Verschränkung zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung hinzu. Prof. Büdenbender nannte die nachträgliche Kostenreduktion des zuvor genehmigten Entgelts im Rahmen des § 23a EnWG als eine Ausnahme von der Doppelkontrolle. Zwar unterläge nicht die Genehmigung der Erlösbergrenzen dem Zivilrecht, wohl aber deren Umsetzung in konkrete Preise. Prof. Gersdorf betonte, eine Doppelkontrolle nach Regulierungsrecht und § 315 BGB sei systematisch gerade nicht ausgeschlossen, sprach sich aber ebenfalls für eine einheitliche Maßstabsbildung aus. Diese sei besonders schwierig, wo ein Entgelt neben individuellen Leistungsbestandteilen auch Gemeinkosten enthalte – diese könnten wegen der Inter-partes-Wirkung nicht einheitlich zivilrechtlich überprüft werden. Er unterstrich deshalb den gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

### *3. Fazit*

In der abschließenden Stellungnahme stimmte Prof. Otte mit Prof. Kühne darin überein, dass insbesondere bei der nachträglichen Korrektur von Fehlern im Genehmigungsverfahren offene Fragen durch den Gesetzgeber zu adressieren seien. Er widersprach allerdings der Einschätzung Prof. Gersdorfs, Zivilgerichte würden überhaupt Gemeinkostenbestandteile in Entgelten überprüfen, und betonte, die Entscheidungen über die Nutzungsentgelte seien bisher vielmehr der Beweislastverteilung im Einzelfall geschuldet gewesen. Prof. Alexander hob nochmals den Abstimmungsbedarf zur Koordinierung des Rechtsschutzes hervor.

II. Panel 2: Öffentliches Wettbewerbsrecht? Ergebnis einer Studie von elf Kollegen<sup>5</sup>

1. Vorträge

Prof. Kirchhof, PD Dr. Korte und Prof. Magen stellten als Vertreter einer Gruppe von insgesamt elf Autoren<sup>6</sup> vorläufige Ergebnisse des gemeinsamen Forschungsprojekts zum „Öffentlichen Wettbewerbsrecht“<sup>7</sup> vor. Angestrebt sei eine neue Systematisierung des staatlichen Zugriffs auf Wettbewerb im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Es solle kein Gegenentwurf zum zivilrechtlichen Verständnis des Wettbewerbsrechts präsentiert werden. Es gehe vielmehr darum, durch eine Instrumentenanalyse Strukturen des öffentlichen Wirtschaftsrechts freizulegen, die es erlauben, das übergreifende Gebiet des öffentlichen Wettbewerbsrechts zu beschreiben. Die Autoren unterschieden vier Bereiche des „öffentlichen Wettbewerbsrechts“: die staatliche Sicherung, Ermöglichung, Lenkung und Schaffung von Wettbewerb. Finde die öffentliche Hand einen funktionsfähigen Wettbewerb vor, versuche sie, diesen durch Verhaltens- und Strukturkontrollen zu sichern, um die positiven wettbewerbsimmanenten Effekte der Freiheits- und Wohlstandssicherung zu fördern. Wettbewerbsexterne Ziele verfolge der Staat hingegen, sobald er vorgefundenen Wettbewerb z.B. durch fiskalische Maßnahmen oder Indienstnahmen lenke, um z.B. Umweltschutzziele zu verfolgen. Fehle funktionsfähiger Wettbewerb, greife der Staat wettbewerbsermöglichend ein – so z. B. bei Infrastrukturmonopolen. Er schaffe zudem Wettbewerb durch Vergaben, Versteigerungen oder das Errichten von Rahmenbedingungen für handelbare Rechte. Zentraler Leitgedanke des Öffentlichen Wettbewerbsrechts sei die Wettbewerbsneutralität. So schütze dieser Grundsatz im Rahmen des gesicherten und ermöglichten Wettbewerbs dessen Strukturen und komme Unternehmen zugute, die durch wettbewerbswidriges Verhalten benachteiligt worden seien. Im Bereich des ermöglichten Wettbewerbs sei die Wettbewerbsneutralität Legi-

---

5 Referenten: Prof. Dr. Gregor Kirchhof, Universität Augsburg; PD Dr. Stefan Korte, Freie Universität Berlin; Prof. Dr. Stefan Magen, Ruhr-Universität Bochum; Moderation: Prof. Dr. Torsten Körber, Universität Göttingen.

6 Gregor Kirchhof, Stefan Magen, Stefan Korte, Alexander Thiele, Ferdinand Wolenschläger, Christoph Ohler, Sebastian Unger, Thomas Fetzer, Klaus Ferdinand Gärditz, Frank Schorkopf und Claudia Fuchs.

7 *Kirchhof/Magen/Korte* (Hrsg.): Öffentliches Wettbewerbsrecht, Neuvermessung eines Rechtsgebiets, C. F. Müller, erscheint im September 2014.

timationsgrundlage staatlicher Regelung von Marktmacht. Bei der Verfolgung wettbewerbsexterner Ziele im gelenkten Wettbewerb begrenze der Grundsatz staatliches Handeln. Im staatlich geschaffenen Wettbewerb Sorge die Wettbewerbsneutralität für eine transparente, objektiv nachprüfbar und chancengleiche Ausgestaltung des Verfahrens. Spannungen zwischen öffentlichem und privatem Rechtsschutz könnten durch gemischt besetzte Spruchkörper aufgelöst werden.

## *2. Diskussion*

In der anschließenden Diskussion unter der Moderation von Prof. Körber wurde das Forschungsprojekt positiv aufgefasst. Prof. Fehling hielt das Projekt für überzeugend, plädierte aber dafür, die Abgrenzung zwischen funktionsfähigem und nicht funktionsfähigem Wettbewerb nicht als starre Kategorie aufzufassen, da sie – wie sich bei wirtschaftspolitischen Prognosen des Staates im Ausschreibungswettbewerb zeige – stark politisch geprägt sei. Er wies zudem auf das Risiko des Staatsversagens bei der Regulierung hin und auf das Spannungsverhältnis zwischen Steuerung und effektiver Regulierung. Prof. Gersdorf sprach den Vortragenden großes Lob aus. Er äußerte zwar zunächst Zweifel an der inhaltlichen Neuerung der dargestellten Kategorien, kam aber doch zum Ergebnis, dass die vorgeschlagene Typenbildung präziser sein könnte als bisherige Kategorien. Auch Prof. Knauff warnte davor, bloß neue Begrifflichkeiten ohne inhaltlichen Mehrwert einzuführen, und wies darauf hin, dass Wettbewerb nicht als übergeordnetes Metaziel fungieren dürfe. Deutlich kritischer äußerte sich Prof. Schweitzer, die einen Widerspruch zwischen der dargestellten Instrumentenlehre und der europarechtlichen Bindung des Staates bemängelte. Dieser habe bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben gerade keine Spielräume, sondern sei strikt gebunden. Prof. Ruffert machte auf die sprachliche Eigenartigkeit aufmerksam, von „klassischem“ Regulierungsrecht zu sprechen – was seiner Ansicht nach eine juristische Verweildauer von mindestens 200 Jahren erfordere –, obwohl dieser Rechtsbereich erst seit 20 Jahren abgegrenzt werde. Prof. Kühling rekurrierte auf die Anbindung des deutschen Rechtsschutzes an europarechtliche Vorgaben. Um Rechtssicherheit auch im Mehrebenensystem zu gewährleisten, müssten die verbindenden Erkenntnisse aus Einzelschriften stärker in den Blick genommen werden. Prof. Säcker betonte, eine Typenlehre, die mit einem Systemumbau verbunden sei, könne nur durch eine wertneutra-

le begriffliche Schärfung inhaltlichen Mehrwert liefern. Die Vorteile einer neuen Typenlehre lägen dann in der Auflösung von Widersprüchen und der Herstellung einer höheren Kohärenz der bisherigen Darstellung der Rechtsordnung. Gleichzeitig warnte er davor, einer klassischen Begriffsjurisprudenz zu verfallen – Wertungsfragen sollten Gegenstand politischer Gestaltung bleiben. Angesichts des umfassenden Systemzugriffs hielt Prof. Säcker die vorgeschlagene neue Typenbildung für die Vereinigung nicht in ihrer Gänze relevant.

### *3. Fazit*

Im Schlusswort widersprach Prof. Kirchhof den Bedenken Prof. Schweitzers. Er bekräftigte, dass das vorgeschlagene System die Bindung des Staates innerhalb des Konzepts der Wettbewerbsneutralität berücksichtige. Prof. Magen wies darauf hin, dass der Staat Zielkonflikte nicht beliebig, sondern rechtlich gebunden aufzulösen habe. Prof. Korte resümierte, dass der zentrale Begriff der Wettbewerbsneutralität einen umfassenden Abwägungstopos darstelle.

## *III. Panel III: Netzneutralität zwischen marktgemäßer Selbststeuerung und staatlicher Regulierung<sup>8</sup>*

### *1. Vorträge*

Prof. Körber trug zum Thema „Netzneutralität zwischen marktgemäßer Selbststeuerung und staatlicher Regulierung“ vor. Netzbetreiber könnten auch in Zukunft keine systematischen Überkapazitäten (sog. „Overprovisioning“) bereithalten, um eine gleichrangige Übermittlung „nach besten Kräften“ zu gewährleisten. Ausgangspunkt sei die unterschiedliche Qualitätssensibilität einzelner Dienstklassen. Die Netzneutralität als Bewertungsmaßstab für Ungleichbehandlungen bei Übertragungsempfängern stelle ein spezielles Diskriminierungsverbot dar und wolle als solches lediglich sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen bei der Datenübertragung verhindern. Sie sei nicht mit einem Best-Effort-Internet gleichzuset-

---

<sup>8</sup> Referent: Prof. Dr. Torsten Körber, Universität Göttingen; Moderation: Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Universität Bonn.

zen und stehe einer Qualitätsdifferenzierung nicht grundsätzlich entgegen. Um die erforderliche Dienstqualität zu gewährleisten, könnten z.B. Datenpakete von Voice-Over-IP-Diensten gegenüber solchen von E-Mail-Diensten solange priorisiert werden, wie diese unterschiedliche Behandlung nicht die Fortentwicklung des allgemeinen Internets beeinträchtigt. Nicht zulässig sei eine Differenzierung zwischen verschiedenen Anbietern gleicher Dienste. Nachdem Prof. Körber die im TKG 2012 enthaltenen Regelungen zur Netzneutralität vorgestellt hatte (§§ 2, 43a, 45n, 43b, 46, 47, 41a), wies er darauf hin, dass ein staatlicher Eingriff nur bei Marktversagen gerechtfertigt sei. Sowohl die Blockierung von via UMTS übertragenen Voice-over-IP-Angeboten als auch die Drosselung der Filesharing-Bandbreite stellten zwar einen Verstoß gegen die Netzneutralität dar, es liege aber kein Marktversagen vor, das den Staat zum Eingriff berechtige. Die Pläne der Deutschen Telekom, ab 2016 ab einer bestimmten Volumengrenze Datendrosselungen vorzunehmen, würden nicht gegen das Prinzip der Netzneutralität verstoßen. Den Entwurf einer EU-Verordnung vom 11.9.2013 bewertete Prof. Körber positiv, da er zu Recht auf Transparenz und Wettbewerb setze und die Endnutzer in ihrer Freiheit, den erworbenen Zugang beliebig zu nutzen, bestärke. Kritischer bewertete er hingegen Teile des deutschen Verordnungsentwurfs<sup>9</sup>, dessen Verbot der Qualitätsdifferenzierung zwischen verschiedenen Anbietern Art. 23 Abs. 2 der EU-Verordnung entgegenstehe. Auch ein gesetzliches Zugangsrecht zu „Managed Services“, wie es in der deutschen Verordnung vorgesehen ist, sei aufgrund fehlender Marktmacht nicht wettbewerbsrechtlich begründbar und verstoße auch gegen das Grundgesetz. Prof. Körber begrüßte die Einführung der Endgerätefreiheit durch Abschaffung des Routerzwanges.

## *2. Diskussion*

Prof. Ruffert fragte nach den technischen Möglichkeiten zur Weiterentwicklung der Netze, um Kapazitätsengpässen zu begegnen. Er hob die Kollision der Grundrechte zwischen Endnutzern (Art. 5 GG) und der Netzbetreibern (Art. 12, 14, 2 GG) hervor. Prof. Körber verwies auf das sog. Vectoring, das die Übertragungskapazitäten bereits bestehender Netze

---

<sup>9</sup> 2. Fassung vom 31.7.2013.

ausweite; ein „Knappheitsgespenst“ dürfe aber nicht zu übermäßigen staatlichen Eingriffen führen. Prof. Gersdorf warf die Frage auf, ob nicht die Deutsche Telekom über beträchtliche Marktmacht verfüge, was einen regulatorischen Eingriff rechtfertige, der die Diskriminierung von Inhalteanbietern auf nachgelagerten Märkten verhindern sollte. Prof. Körber stimmte ihm zwar zu, dass diese Sachverhalte kartellrechtlich bedenklich sein könnten, befürwortete aber als Eingriffsschwelle die Gefährdung allgemeiner Dienste. Prof. Säcker wandte ein, es bestehe durchaus eine reale Knappheitssituation und befürwortete eine niedrigere staatliche Eingriffsschwelle, denn die Bedeutung des Internets zeige sich auch in der jüngsten zivilrechtlichen Rechtsprechung. Ein fehlendes Unbundling im TK-Sektor mache die Märkte zudem missbrauchsanfälliger. Dass Knappheiten erst durch Regulierung induziert werden können, betonte Prof. Kühling. Er stellte die strukturelle Suffizienz einer sektorspezifischen Regulierung gegenüber dem Kartellrecht in Frage; eine regulatorische Ineffizienz könne sich vor allem bei regulierungsinduzierter Folgeregulierung ergeben („Ölflecktheorie“). Prof. Körber warnte ebenfalls vor zu viel Regulierung. Prof. Kirchhof richtete die Aufmerksamkeit auf die internationale Perspektive sowie Datenschutzprobleme, die aus den jüngsten Enthüllungen der Tätigkeit der NSA bekannt wurden. Prof. Körber trat nationalen Alleingängen bei der Ausgestaltung der Telekommunikationsinfrastruktur entgegen und warnte vor einer datenschutzbedingten Abschottung. Prof. Fetzer beobachtete eine in der politischen Diskussion zunehmend um sich greifende Beweislastumkehr zugunsten der Regulierer. Nicht mehr der eingreifende Staat, sondern die Regulierungskritiker unterlägen einer öffentlichen Begründungslast. Prof. Wolf regte an, der Frage nach einem allgemeinen Neutralitätsprinzip, z. B. in Form einer Technologie- und Diensteneutralität, im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht nachzugehen. Prof. Körber betonte, dass z.B. im Bereich der Fernwärme bereits Rückwirkungen von spezieller Regulierung auf das allgemeine Kartellrecht zu beobachten seien.

### *3. Fazit*

Abschließend betonte Prof. Körber die Bedeutung wettbewerblicher Strukturen, die sachlich gerechtfertigte Differenzierungen durchaus zuließen. Erst ein Marktversagen könne staatliche Regulierung rechtfertigen. Gegen eine Priorisierung könne nicht als Verstoß gegen das Neutralitäts-

gebot angesehen werden. Den richtigen Ansatz setze daher der Vorschlag für die neue Single-market-Verordnung.

*IV. Panel IV: EU-rechtliche Vorgaben und nationale Gestaltungsspielräume – Behördenunabhängigkeit und Regulierungsermessen als Sicherung der effektiven Umsetzung von EU-Recht?<sup>10</sup>*

*1. Vorträge*

Nach einer Einführung durch Prof. Kühling wandte sich Prof. Ludwigs dem Wesen der Weisungsunabhängigkeit zu. Sie bestimme als sektorübergreifendes Prinzip des Unionsrechts das deutsche Verwaltungsrecht und stehe allgemeinen Weisungen, Einzelweisungen, der Fachaufsicht und auch einer reinen Rechtsaufsicht entgegen. Das dadurch möglicherweise entstehende Legitimationsdefizit sei durch eine verstärkte parlamentarische Kontrolle aufzuheben. Dass der deutsche Gesetzgeber die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur nicht gesetzlich verankert habe, könne und müsse durch eine unmittelbare Wirkung der jeweils sektorspezifisch geltenden Richtlinien überwunden werden. Das behördliche Regulierungsermessen wirke gegenüber Gesetzgeber und Rechtsprechung. Das Verhältnis zwischen Regulierer und Gesetzgeber werde durch die jeweiligen sektorspezifischen Vorgaben des Europarechts unterschiedlich ausgestaltet. So sei im TK-Sektor eine administrative Regulierung richtlinienrechtlich vorgegeben; im Energiesektor hingegen erfolge die Regulierung normierend, was im Einklang mit dem Dritten Binnenmarktpaket stehe. Da der unionsrechtliche Rahmen keine Vorgaben zur gerichtlichen Kontrolldichte enthalte, läge deren Ausgestaltung aufgrund ihrer Verfahrensautonomie in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten. Kritisch zu betrachten sei die stärker werdende Rolle der Europäischen Kommission in der sektorspezifischen Regulierung. Nationale Regulierungsbehörden würden mehr und mehr zu ausführenden Gliedern einer europäisch geprägten Verwaltungsstruktur. Paradigmatisch für einen administrativen Übergriff der Kommission seien die Empfehlungen zur Umsetzung des Pure-long-run-incremental-costs-Ansatzes (Pure LRIC) im TK-Sektor. Damit setze sich die Kommission

---

<sup>10</sup> Referent: Prof. Dr. Markus Ludwigs, Universität Würzburg; Moderation: Prof. Dr. Jürgen Kühling, Universität Regensburg.

nicht nur über die Handlungsformenlehre hinweg, sondern missachte auch ökonomische Logik und verletze nicht zuletzt Grundrechte, da sie unter dem Vorwand des Regulierungsrechts von diesem nicht autorisierte eigene industriepolitische Ziele verfolge. Sofern diese sogar einen einzigen EU-Regulierer anstrebe, müsse sie sich eine Untergrabung der Vollzugsordnung im Mehrebenensystem vorwerfen lassen und verletze die primärrechtlich geschützte nationale Verfahrensautonomie.

## *2. Diskussion*

Prof. Schneider warnte vor einer Überbewertung nationaler Verfahrensautonomie und einer damit einhergehenden Skandalisierung von Regulierung. Nach Prof. Knauff sei das „soft law“ kein spezifisch regulierungsrechtliches, sondern ein allgemein anzutreffendes Phänomen. Prof. Gersdorf bemerkte, dass auch die Behördenunabhängigkeit einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe. So seien z. B. im Verbraucherschutz oft keine Sachgründe erkennbar, die eine Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde zwingend rechtfertigen könnten. Diese Unabhängigkeit könne aber auch sicherstellen, dass Mitgliedsstaaten keine fiskalischen Eigeninteressen verfolgen. Prof. Pielow bestärkte Prof. Ludwigs in seiner Analyse und führte als weiteres Beispiel für einen unzulässigen Übergriff Europas in das nationale Verwaltungsverfahren die Infrastrukturverordnung an, die Fragen der Verfahrensausgestaltung regelt, die eigentlich der nationalen Verfahrensautonomie unterfielen. Zudem führe die normierende Regulierung schnell in ein Kompetenzdilemma, da die Bundesnetzagentur aufgrund ihres Sachverständnisses starken Einfluss auf den Gesetz- und Verordnungsgebungsprozess nehme. Vor diesem Hintergrund erschien es Prof. Pielow treffender, von normierter anstatt normierender Regulierung zu sprechen. Prof. Klement hielt die Differenzierung des Ermessens gegenüber der Legislative von demjenigen gegenüber der Judikative für nicht überzeugend. Er widersprach der Einschätzung von Prof. Gersdorf, die Unabhängigkeit solle allein die fiskalische Neutralität des Staatshandelns absichern. Zuletzt betonte auch Prof. Säcker, dass die Vorgabe der Unabhängigkeit eines Sachgrundes bedürfe. Er wies auf die Disparität der zu regulierenden Mitgliedsstaaten hin und betonte, dass Staaten wie Deutschland nicht die typischen Regelungsadressaten seien, die besondere Herausforderungen bei der Unabhängigkeit ihrer Behörden zu bewältigen hätten. Auch er stimmte Prof. Ludwigs in seiner Analyse zu, dass die Kommissi-

on das Instrument der Unabhängigkeit zum besseren Zugriff auf nationale Regulierungsbehörden benutze. Die von Prof. Ludwigs geforderte demokratische Kontrolle erfolge laut Prof. Säcker jedoch bereits über die bei der Bundesnetzagentur eingerichteten Beiräte und den Länderausschuss.

### *3. Fazit*

In einem Schlusswort bekräftigte Prof. Ludwigs das Prinzip der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie und betonte das in Art. 291 AEUV angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis. Er trat erneut für eine Kompensation von Legitimations- und Kontrolldefiziten ein, die durch eine von ihm befürwortete rigide Umsetzung der Behördenunabhängigkeit entstünden. Eine Differenzierung des Ermessens gegenüber Legislative und Judikative habe zur Konsequenz, dass ein Ermessen gegenüber dem Gesetzgeber nicht notwendigerweise einen Ermessensspielraum gegenüber der Rechtsprechung nach sich ziehe.

### *E. Gründungsversammlung*

Anschließend fand die konstituierende Mitgliederversammlung der Vereinigung statt. Sie wird den Namen „Wissenschaftliche Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht“ tragen und jährlich zusammenkommen. Den Vorstand bilden die Professoren Säcker, Schmidt-Preuß, Körber, Zimmer, Ruffert und Kühling; als geschäftsführende Vorstandsmitglieder wurden die Professoren Säcker und Schmidt-Preuß gewählt. Die nächste Tagung findet am 18./19. Juni 2015 in Bonn statt.