

Tagungsbericht zum „Bonner Symposium“ der  
„Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte  
Regulierungsrecht“ am 18./19. Juni 2015

*Philipp Offenbächer und Yves Steingrüber\**

*I. Einleitung*

Das „Bonner Symposium“ der „Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht“ fand am 18./19. Juni 2015 unter der Leitung von Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß<sup>1</sup> im Poppelsdorfer Schloss der Universität Bonn statt. Nach Begrüßung der zahlreich erschienenen Mitglieder<sup>2</sup> führte er in die Tagungsthematik – „Regulierung und Gemeinwohl“ – ein. Während bislang der Fokus ganz auf dem Wettbewerb als dominantem Leitbild lag, solle nunmehr erforscht werden, ob es Teilziele und Zwischenebenen mit eigenständigen Perspektiven und Schwerpunkten gibt. Hier müsse sich das Regulierungsrecht speziellen Aufgabenstellungen und Forschungsansätzen öffnen. Dabei wäre u.a. auch zu fragen – so die von Prof. Schmidt-Preuß erläuterte Arbeitshypothese –, ob und wie sich derartige Partialziele am Ende wiederum in ein einheitliches Gemeinwohlkonzept einfügen lassen. Diese bisher noch nicht im Mittelpunkt der Betrachtung

---

\* Die Verf. sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Schmidt-Preuß, Institut für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Eine kürzere Fassung des Tagungsberichtes ist im Deutschen Verwaltungsblatt (DVBl) 2016, S. 555 ff. erschienen.

1 Geschäftsführendes Vorstandsmitglied; daneben – bis 19. Juni 2015 – Prof. Säcker, seitdem Prof. Körber. Der Vorstand der Vereinigung besteht im Jahr 2015/2016 aus den Professoren Fuchs, Körber, Kühling, Ruffert, Schmidt-Preuß und Zimmer.

2 Prof. Jürgen F. Baur; Prof. Martin Burgi; Prof. Ulrich Büdenbender; Prof. Jan Busche; Prof. Michael Fehling; Prof. Andreas Fuchs; Prof. Hubertus Gersdorf; Prof. Andreas Glaser; Prof. Jörg Gundel; Prof. Jörn Axel Kämmerer; Prof. Gregor Kirchhof; Prof. Martin Kment; Prof. Matthias Knauff; Prof. Torsten Körber; Prof. Jürgen Kühling; Prof. Gunther Kühne; Prof. Oliver Lepsius; Prof. Markus Ludwigs; Prof. Stefan Magen; Prof. Gerrit Manssen; Prof. Jochen Mohr; Prof. Karsten Otte; Prof. Johann-Christian Pielow; Prof. Matthias Ruffert; Prof. Franz-Jürgen Säcker; Prof. Matthias Schmidt-Preuß; Prof. Stefan Thomas; Prof. Hartmut Weyer; Prof. Daniel Zimmer.

tung stehende Fragestellung solle in sechs konzeptionell ausgewählten, sachlich abgestuften Themenblöcken analysiert werden, wobei in jeweils zwei Referaten Gemeinsamkeiten oder aber auch unterschiedliche Blickwinkel und Sichtweisen als Grundlage für die anschließende Diskussion im Plenum hervortreten könnten.

## *II. Regulierung, Effizienz und Wettbewerb*

### *1. Vorträge*

Den ersten Themenblock eröffnete Prof. Fuchs (Universität Osnabrück), der zunächst das Regulierungsfundament in Eckwerten darlegte und ein qualifiziertes Marktversagen als Kriterium der netzwirtschaftlichen Regulierungsbedürftigkeit identifizierte. Weiterhin entfaltete er Begriff und Arten der Effizienz, die Regulierungsrecht mittels „künstlichen“ Wettbewerbs herzustellen versuche. Wettbewerb komme dabei als Ziel und Instrument zur Erfüllung weiterer Gemeinwohlziele eine Doppelnatur zu. Sodann erläuterte Prof. Fuchs mögliche Regulierungsinstrumente, neben Zugangs- und Entflechtungsmaßnahmen thematisierte er im Schwerpunkt Formen der Netzentgeltregulierung. Dabei grenzte er kostenbasierte Regulierungsansätze von der Rendite- und Price-Cap-Regulierung ab und verwies hierfür beispielhaft auf den Eisenbahnsektor. De lege lata normiere § 14 IV S. 1 AEG einen Vollkostenansatz, als effizienzsteigerndes Anreizinstrument trete daneben die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) hinzu. Auch sehe die künftig in nationales Recht umzusetzende Recast-Richtlinie 2012/34/EU zumindest die Vereinbarung eines vertraglichen Anreizinstruments, nicht aber eine hoheitliche Anreizregulierung vor. Darauf aufbauend setzte sich Prof. Fuchs mit Vor- und Nachteilen eines hoheitlichen Anreizinstruments im Eisenbahnsektor auseinander und hob dessen sektorspezifische Besonderheiten, u.a. die Möglichkeit intermodalen Wettbewerbs sowie die besondere Finanzierungssituation durch hohe Zuschüsse des Bundes, hervor. Abschließend gab er zu bedenken, dass die LuFV ggf. ergänzt werden könne, damit auch Endverbraucher an möglichen Effizienzgewinnen partizipieren.

Prof. Fehling (Bucerius Law School, Hamburg) eröffnete seinen Vortrag mit einer Einordnung von Markt, Wettbewerb und Effizienz im (neo)klassischen Idealbild, wonach Effizienz und Verbraucherwohlfahrt durch Wettbewerb gefördert würden. Das neoklassische Modell sei auf-

grund besonderer Informationsasymmetrien, hoher Transaktionskosten und erheblicher externer Effekte nur bedingt auf Netzwirtschaften übertragbar. Weiterhin sei das klassische Verständnis für öffentliche Unternehmen zu modifizieren, die auch außerökonomischen öffentlichen Zwecken dienen. Aufgrund des technischen Innovationspotentials in den Netzwirtschaften sei eine elaborierte Marktanalyse erforderlich, partielles Marktversagen könne aber auch unabhängig von natürlichen Netzmonopolen in Bereichen auftreten, die kein rentables Angebot hervorbringen. Im Folgenden betonte Prof. Fehling, dass Regulierung zunehmend auch Wettbewerb um den Markt herstelle. Die damit verbundene dirigistische Note führe zu einer weiteren Entfernung vom neoklassischen Modell. Sodann verortete er den Stellenwert von Wettbewerb und Effizienz in einem breiteren gesetzlichen Zielbündel. Dabei sei kritisch zu hinterfragen, inwieweit Wettbewerb einzelne Gemeinwohlziele wie Umweltschutz oder Arbeitnehmerrechte überhaupt zu fördern vermag oder ihnen gar entgegenstehe. Gerade öffentliche Unternehmen könnten mittels unternehmensinterner Steuerung dazu beitragen, diese komplexen Gemeinwohlziele zu erreichen. Ein modifiziertes Effizienzverständnis in den Netzwirtschaften – angelehnt an den Capability-Approach von *Amartya Sen* – sei einer strikten Gegenüberstellung von Effizienz und anderen Gemeinwohlzielen vorzuziehen. Schlussendlich sei nach Auffassung von Prof. Fehling eine reflektierte Repolitisierung der Regulierungsdebatte unumgänglich.

## 2. Diskussion

In der anschließenden Diskussion<sup>3</sup> verwies Prof. Säcker auf die veränderte Zielrichtung des Regulierungsrechts, die zunehmend auch die Umweltverträglichkeit umfasse. Regulierungsrecht sei damit mehr als besonderes Wettbewerbsrecht. Prof. Kühling lokalisierte einen Konflikt, wenn öffentliche und private Unternehmen auf identischen Märkten agieren. Damit gehe die Gefahr einer Verdrängung privater Investitionen einher, wie die Beispiele der Konzessionsvergabe oder der Errichtung von Breitbandnetzen illustrierten. Dem könne die Schaffung eines level-playing-fields entgegenwirken. Prof. Pielow warf die Frage auf, ob eine Korrelation zwischen Anreizregulierung und Unbundling bestehe oder das im Eisenbahn-

---

3 Moderation: Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker, Freie Universität Berlin.

sektor bestehende „unbundling light“-Regime zur Einführung der Anreizregulierung ausreiche. Überdies sei fraglich, ob das Regulierungsrecht zur Verwirklichung von Umweltschutz und sozialen Belangen berufen sei. Nach Auffassung von Prof. Ludwigs stellt das Effizienzkonzept ein logisch-stringentes System dar, das bei einer Modifizierung mittels des Capability-Approach seine systematische Schärfe verlieren könne. Prof. Gersdorf sprach sich ebenfalls gegen eine Erweiterung des Effizienzbegriffes aus und hob die Besonderheiten des Eisenbahnsektors hervor, die bei Einführung einer Anreizregulierung zu beachten seien. Hierbei handle es sich um einen öffentlich subventionierten Bereich, der die Gefahr eines „waterbed-effects“ samt Bumerangwirkung mit der negativen Folge einer rückläufigen Investitionstätigkeit berge. Prof. Zimmer stimmte zu, dass eine reflektierte Repolitisierung der Regulierungsdebatte erforderlich sei. Er gab aber zu bedenken, dass der Gemeinwohlbegriff weit gefasst und klärungsbedürftig sei, wer zur Begriffsbestimmung berufen sei. Letztlich bestehe die Gefahr, dass Regulierung ausufere. Prof. Ruffert wandte ein, dass regulatorische Maßnahmen wie ein branchenspezifischer Mindestlohn nicht nur positive, sondern auch negative Auswirkungen nach sich ziehen könnten, wie aktuell die Tarifverhandlungen im Postsektor belegen würden. Dabei handle es sich seiner Auffassung nach jedoch nicht um Fragen des Regulierungsrechts, sondern vielmehr des allgemeinen Arbeits- und Sozialrechts. Prof. Schmidt-Preuß sah in der Diskussion Konsens darüber, dass der Wettbewerb für die bottleneck-Regulierung als dominantes Leitbild wahrgenommen werde. Angesichts der überragenden Bedeutung einer Öffnung der Netzmonopole sei dies nicht überraschend. Allerdings dürfe darüber die Sensibilität für neue (Teil-)Aufgaben nicht verloren gehen.

### 3. Fazit

Prof. Fuchs verdeutlichte am Beispiel des Telekommunikationssektors, dass das Unbundling zwar keine Vorbedingung einer Anreizregulierung sei. Dennoch gebe es Beziehungen zwischen beiden Instrumente. Eine Trennung von „Kosten“ und „Rechnungslegung“ erachtete er als ausreichend, um potentiellen Diskriminierungen zu begegnen. Dabei ließ Prof. Fuchs offen, ob die Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor zielführend sei: Einerseits müssten Endnutzer an Effizienzpotentialen

beteiligt werden. Andererseits wären die Vorteile des Konzepts stets auch in Relation zum Aufwand zu setzen.

Prof. Fehling betonte, dass ein analytischer Regulierungsrahmen zugrunde zu legen sei, der alle Regelungsbereiche mit Auswirkungen auf die Chancengleichheit im Wettbewerb einschlieÙe. Dementsprechend sei der Mindestlohn aufgrund seiner Wettbewerbsrelevanz mitumfasst. Die Definition des Gemeinwohlbegriffs obliege dem Gesetzgeber, der in den einzelnen Sektoren bereits hinreichend klare Vorgaben getroffen habe. Die Unschärfe infolge einer Modifizierung des Effizienzbegriffs nach dem Capability-Approach wurzelt nach seiner Auffassung im neoklassischen Rahmen, der seinerseits vage sei. In diesem Kontext bestehe die Gefahr, Effizienz und Gemeinwohl gegeneinander auszuspielen. Prof. Fehling befürwortete grundsätzlich ein level-playing-field zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen, verwies bei letzteren aber auf den Vorteil unternehmensinterner Steuerung.

### *III. Regulierung in sozialpolitischer Perspektive*

#### *1. Vorträge*

Einleitend verwies Prof. Thomas (Eberhard Karls Universität Tübingen) auf Erwägungsgrund 50 S. 1 Strom-RL sowie § 45 I TKG, § 2 II Nr. 1 S. 2 TKG, die deutlich sozialstaatliche Bezüge aufweisen. Zwar ziele Regulierungsrecht primär darauf ab, wettbewerbspolitische Unvollkommenheiten zu beseitigen. Es diene aber nicht abschließend und ausschließlich allein der Herstellung von Wettbewerbsfreiheit oder jedenfalls wettbewerbsanaloger Verhältnisse. Dieser Befund gelte gleichermaßen für das Kartellrecht und lasse sich anhand der Ministererlaubnis in § 42 I GWB sowie der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 III AEUV aufzeigen. Dass auch Verbraucherschutz und Wettbewerbsstärkung „Hand in Hand“ gehen können, verdeutliche im Übrigen der Anbieterwechsel nach § 46 I TKG. Zwar stünden Unternehmen unter dem grundrechtlichen Schutz der Art. 14, 12 GG, der Wettbewerb als solcher sei aber kein eigenständiges verfassungsrechtliches Schutzgut. Weiterhin beinhalte auch das Europarecht keinen Wettbewerbsbegriff, der einer Berücksichtigung außerwettbewerblicher Ziele entgegenstehe, wie Prof. Thomas anhand des Ausbeutungsmisbrauchs nach Art. 102 I AEUV aufzeigte. Als Schrankeninstrument verblieben aber Gesetzesvorbehalt und Demokratieprinzip nach Art. 20 III

GG, wonach es originäre Aufgabe des Gesetzgebers sei, eine Abwägungsentscheidung zu treffen. Prof. Thomas sah die Gefahr, dass das Regulierungsrecht diese Grenze mitunter berührt oder gar überschreitet, wenn die Behörde nicht ausreichend angewiesen werde, sondern weitreichende Abwägungen losgelöst vom Gesetzgeber vorzunehmen habe. Demgegenüber zeige gerade die Ministererlaubnis im Kartellrecht, dass sich solche behördlichen Abwägungsvorgänge normativ einhegen und prozedural absichern ließen. Vor diesem Hintergrund sei der Gesetzgeber im Regulierungsrecht dazu aufgerufen, die wesentlichen Grundentscheidungen hinsichtlich der Berücksichtigung sozialpolitischer Belange selbst zu treffen.

Nach Auffassung von Prof. Lepsius (Universität Bayreuth) handelt es sich bei der Regulierung um ein Erfolgsmodell, das sich anhand des gesteigerten Leistungsniveaus belegen ließe. Gleichwohl gelange der preisgesteuerte Wettbewerb aufgrund externer Effekte an seine Grenzen. Daraus ergebe sich eine „zweite Phase“ des Regulierungsrechts, in der sozialstaatliche Belange zu berücksichtigen seien. Dies lasse sich aktuell anhand der Vergabeentscheidungen des Nürnberger S-Bahn-Netzes und der Sachsen-Magistrale veranschaulichen, bei denen das Kostensenkungspotential insbesondere durch niedrigere Personalausgaben ausgenutzt werde. Gemeinwohl und Wettbewerb stünden weder antagonistisch noch im Stufenverhältnis gegenüber, sondern „ziehen rechtlich am selben Strang“. Im Folgenden skizzierte Prof. Lepsius eine Tendenz im Europarecht, sozialpolitische Ziele unter Zurückdrängung des Wettbewerbs stärker zu akzentuieren. Als Beleg diene die Neufassung des Art. 3 III EUV im Vergleich zu Art. 119, 120 AEUV (ex-Art. 4 III EG-Vertrag), die in den nationalen regulatorischen Fachgesetzen jedoch nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Abschließend wurde die Abgrenzung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht anhand der Auslegung des § 46 EnWG problematisiert, nach Auffassung von Prof. Lepsius weiche die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2013 vom europarechtlichen Standard ab. Die kartellrechtlich geprägte Interpretation von § 46 I EnWG über das Tatbestandsmerkmal „diskriminierungsfrei“ durch BGH und BKartA stehe in klarem Widerspruch zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II S. 1 GG. Das BVerfG könne in der Sache Titisee-Neustadt zur Rechtsklarheit in dieser Frage beitragen. Darüber hinaus gehe es im Ergebnis um die Etablierung eines neuen Wettbewerbsmodells, das auch lokalen Betreibern Zugangschancen einräume.

## *2. Diskussion*

In der anschließenden Diskussion<sup>4</sup> führte Prof. Kämmerer aus, dass keine grundlegende Neuausrichtung auf das Soziale im Primärrecht, sondern allenfalls eine programmatische Akzentverschiebung erkennbar sei. Überdies müsse auch der sozialpolitische Impetus der Querschnittsklauseln berücksichtigt werden. Auch Prof. Kühling verneinte eine derartige europäische Entwicklung auf Primärrechtsebene. Maßgebliche Bedeutung komme damit dem Sekundärrecht zu. Prof. Büdenbender warf die Frage auf, ob die Einbeziehung sozialpolitischer Belange auf wettbewerbsnahe Tatbestände beschränkt werden könne. Im Übrigen hob er die Bedeutung umfassenden Rechtsschutzes hervor. Nach Prof. Mohr enthalte Art. 101 I, III AEUV keine Hinweise, den Wettbewerb vollständig ausschließen zu können. Seiner Auffassung nach sei im zweiten Vortrag die Gegenüberstellung von kleinen, kommunalen Netzbetreibern und großen, vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen stark überzeichnet worden. Eine so verstandene „Romantik“ gebe die tatsächlichen Gegebenheiten nicht adäquat wieder. Prof. Kirchhof votierte dafür, dass der Gesetzgeber im Regulierungsrecht klare Regelungen erlassen solle. Wegen der Eingriffstiefe sei die Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben von besonderer Bedeutung. Prof. Fehling befürwortete funktionale Ausschreibungen, regte aber an, Wettbewerb bei Löhnen auszuschalten. Dies wirke einem Lohndumping entgegen, das einer Infragestellung des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren gleichkomme. Im Übrigen verwies er auf das Zielbündel des § 1 EnWG, wonach Wettbewerb kein Vorrang vor weiteren Zielen eingeräumt werde. Zum Vergabeverfahren merkte Prof. Knauff an, dass die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vielfältige Möglichkeiten für Ausschreibungsverfahren beinhalte, die in der Praxis aber aus finanziellen Gründen nicht genutzt würden. Nach Auffassung von Prof. Burgi belegen die im zweiten Vortrag genannten Fallbeispiele Verwerfungen im Vergabeverfahren. Ursächlich hierfür seien jedoch gerade die Vorgaben des Europarechts. Entsprechendes gelte auch für § 46 II EnWG, wonach die Kommunen in eine bloße „Bestellerrolle“ gedrängt würden. Prof. Säcker vertrat die Auffassung, § 46 EnWG sei ungeeignet, das Verhältnis zwischen Zivil- und Öffentlichem Recht zu beleuchten. Es handele sich vielmehr um eine Auslegungsfrage. Das künftige Hauptproblem der Norm lie-

---

4 Moderation: Prof. Dr. Matthias Ruffert, Friedrich-Schiller-Universität Jena.

ge in der kostenintensiven Einführung von Smart Grid und Smart Meter durch kleinere Verteilernetzbetreiber. Prof. Schmidt-Preuß begrüßte es, dass die Ministererlaubnis im ersten Vortrag als gelungenes Beispiel einer Gemeinwohlerlaubnis gewürdigt wurde. Selbstverständlich müsse der Minister hierbei auch die Wettbewerbsbelange voll berücksichtigen. Weiter hob er hervor, dass der Rechtsgedanke der zeitlichen Befristung auf 20 Jahre nach § 46 EnWG bereits in der 4. GWB-Novelle eingeführt wurde und die Monopollandschaft im Energiesektor auflockern sollte. Es sei bemerkenswert, dass diese – seinerzeit innovative – Entscheidung uneingeschränkt auch im heutigen EnWG noch gelte.

### 3. Fazit

Abschließend betonte Prof. Thomas, dass sozialpolitische Belange und Wettbewerb nicht getrennt voneinander betrachtet werden können. Der Gesetzgeber fingiere etwa Nachfragemacht durch die Begründung von Teilhabeansprüchen. Daraus folge wettbewerbsökonomisch eine Rentenverschiebung, die gesellschaftliche Kosten verursacht. Die Zweckmäßigkeit solcher sozialpolitischer Eingriffe durch das Regulierungsrecht müsse daher vorurteilsfrei und in erster Linie durch die sachliche Notwendigkeit spezifischer Schutzstandards bestimmt werden. Gleichwohl müsse auch darauf geachtet werden, dass hinreichende Entfaltungsmöglichkeiten für Wettbewerb verblieben.

Prof. Lepsius hielt resümierend an seiner Einschätzung fest, dass der von ihm dargelegte Trend im Primärrecht bestehe und sich auch nicht durch die Interpretation älterer EuGH-Urteile negieren lasse. Das Europarecht erlaube nicht nur Wettbewerb, sondern auch die Reparatur sozialpolitischer Verfehlungen. Das Gemeinwohl könne nicht materiell, sondern allein durch die Kompetenzordnung begrenzt werden. Weiterhin hob Prof. Lepsius Sozialbelange als „politisch relevante Gesichtspunkte“ hervor, denen gerade juristisches Gewicht beizumessen sei. Sie zu missachten bedeute hingegen, die Wirklichkeit der Menschen aus den Augen zu verlieren und Bevölkerungsinteressen nicht ernst zu nehmen.

#### *IV. Regulierung, Investitionsfreiheit und Technischer Fortschritt*

##### *1. Vorträge*

Den dritten Themenblock – das Zusammenspiel von Regulierung, Investitionsfreiheit und technischem Fortschritt – leitete Prof. Burgi (Ludwig-Maximilians-Universität München) ein, wobei er in seinem Vortrag den Schwerpunkt auf den Energiesektor legte. Die Investitionsfreiheit schütze die autonome Entscheidung der Unternehmen, Kapital einzusetzen. Aufgrund der Verhaltensbezogenheit einer Investition stehe Art. 12 I GG gegenüber der Eigentumsgarantie im Vordergrund. Generell werde zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Investitionsfreiheit die Rechtsfigur der Indienstnahme angeführt. Dabei wies Prof. Burgi darauf hin, dass sich die Ziele der Regulierungsgesetze in ihrer Gewichtung verändert hätten und neben dem Wettbewerbsziel nunmehr verstärkt auch die Infrastruktursicherheit und die Transformation der Stromerzeugung im Vordergrund stünden. Damit scheide eine unreflektierte Weiterverfolgung des bisherigen – Eingriffe eher zulassenden – Rechtfertigungspfades aus. Sodann wurden Anreize von Investitionsgeboten abgegrenzt, letztere näher vor allem anhand der §§ 13, 13a EnWG analysiert, auf deren Grundlage die Kraftwerksbetreiber zur Fortführung ihrer Investitionen verpflichtet werden können. In beiden Vorschriften stelle sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der dort vorgesehenen Entschädigungskonzeption, die nun – auch im Lichte des Redispatch-Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 28.4.2015 – stärker unter dem Gesichtspunkt der Investitionsfreiheit diskutiert werden müsse. Werde in die Fahrweise eines Kraftwerks eingegriffen, um die Wirkleistungs- oder Blindleistungseinspeisung anzupassen, verlange das Gesetz zwar eine „angemessene Vergütung“. Vor dem Hintergrund der Investitionsfreiheit sei ein auf eine „renditeloze Fortvergütung“ begrenzter Aufwendersersatz ohne entgangene Gewinnmöglichkeiten allerdings kaum ausreichend. Soweit Netzausbaupflichten als weiteres Investitionsgebot identifiziert werden könnten, sei sorgfältig zu prüfen, inwieweit sie als klassische Indienstnahme eingeordnet werden können. Hierbei seien unbestimmte Rechtsbegriffe wie die wirtschaftliche Zumutbarkeit (§ 11 I S. 1 EnWG) unter Berücksichtigung der Investitionsfreiheit auszulegen. Prof. Burgi schloss den Vortrag mit einer vergleichenden Betrachtung des TK-Rechtsrahmens ab, der ausschließlich Investitionsanreize und gerade keine –gebote vorsehe.

Sodann erläuterte Prof. Weyer (Technische Universität Clausthal) zunächst Investitionstätigkeiten und Investitionsbedarf in den Netzsektoren Telekommunikation sowie Energie. Im Anschluss entfaltete er das Grundkonzept wettbewerbsähnlicher Investitionsbedingungen am Beispiel der energierechtlichen Anreizregulierungsverordnung (ARegV). Bei der Umsetzung sei problematisch, dass die angesetzte pauschale Effizienzvorgabe im vereinfachten Verfahren gerade gegenüber kleinen Netzbetreibern keinen ausreichenden Effizienzdruck erzeuge. Im Folgenden wurden ausgewählte Diskussionspunkte von Investitionen auch unter dem Blickwinkel des technischen Fortschritts erörtert. Dabei lag der Fokus zunächst auf der vom OLG Düsseldorf für Offshore-Anbindungsleitungen bestätigten verkürzten Abschreibungsdauer bei erhöhtem technologischem Risiko. Ebenso wurde der Mechanismus des sog. Efficiency-Carry-Over in den Mittelpunkt gestellt, wonach Netzbetreiber Effizienzgewinne in die folgende Regulierungsperiode übertragen können. Als einen weiteren Aspekt hob Prof. Weyer hervor, dass das Marktversagen nicht nur als Begründung und Rechtfertigung der Regulierung natürlicher Monopole diene, sondern gleichfalls Konstellationen erfasse, in denen wettbewerbsähnliche Investitionsbedingungen keine hinreichenden Investitionsanreize garantieren. Dies rechtfertige auch weitergehende Maßnahmen zur Investitionsförderung, wie die verschärften Netzausbaupflichten für Transportnetzbetreiber sowie deren Durchsetzbarkeit nach EnWG und NABEG verdeutlichten. In seinem Fazit hielt Prof. Weyer fest, dass der wettbewerbsorientierte Ansatz durch weitere Zielsetzungen wie die staatliche Gewährleistungsverantwortung überlagert werden könne.

## 2. Diskussion

In der Aussprache beider Referate<sup>5</sup> stimmte Prof. Schmidt-Preuß dem Befund zu, dass die Investitionsfreiheit unterbelichtet sei und sprach sich für eine stärkere Fokussierung auf Art. 14 I GG aus. Die Förderung der regenerativen Energie habe zu einem Verfall der Großhandelsstrompreise geführt. Der hierdurch ausgelöste Merit-Order-Effekt führe zu einer Verdrängung hocheffizienter Gaskraftwerke und damit einer Gefährdung der

---

<sup>5</sup> Moderation: Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., Georg-August-Universität Göttingen.

Versorgungssicherheit. Unter Berücksichtigung der Investitionsfreiheit müsse die hierzu ergangene Regelung des § 13a EnWG einen Gewinnanteil vorsehen. Als beste Form der Investitionsförderung erachtete er einen erhöhten Erlöspfad zugunsten des Investors. Nach Ansicht von Prof. Säcker geht dagegen mit einer zugelassenen Investition nicht zugleich eine Gewinnzusage einher. Da in den meisten Bereichen des Energiesektors eine ausreichende Eigenkapitalverzinsung sichergestellt sei, werde das „scharfe Schwert“ der Investitionsgebote in der Praxis nie vollständig zur Anwendung gelangen. Prof. Körber zeigte am Beispiel intermodalen Wettbewerbs zwischen Telekommunikationsnetzen durch Kabelnetzbetreiber auf, dass mittels technischen Fortschritts der transitorische Charakter des Regulierungsrechts verwirklicht werde. Dem stimmte Prof. Kühling zu und sprach sich für eine differenzierte Betrachtung von Energie- und Telekommunikationssektor aus. Nach Auffassung von Prof. Kment seien Alternativenprüfungen und umfassende Bürgerbeteiligungen der Beschleunigung des Netzausbaus hinderlich. In Konsequenz stehe zu befürchten, das gesamte Bundesgebiet „elipsenhaft“ überplanen zu müssen. Prof. Lepsius pflichtete bei, dass den Grundrechten im Regulierungsrecht nur geringe Prägekraft zukomme. Als Gründe diagnostizierte er, dass ein Mittel aufgrund der Heterogenität der Regulierungsziele keinem konkreten Rechtsgut zugewiesen werden könne, sodass auch die anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung ins Leere laufe. Darüber hinaus seien stets juristische Personen betroffen, wonach lediglich die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG tangiert sei. Nach Meinung von Prof. Pielow komme es im Rahmen der Indiennahme zu einer „Zumutbarkeit kraft Wälzbarkeit“. Dabei stelle sich jedoch die Frage, ob bei weiter steigenden Kosten auch konkurrierende Grundrechte Dritter – etwa der Verbraucher – in Ansatz zu bringen seien.

### *3. Fazit*

In seinem Schlusswort legte Prof. Burgi dar, dass Art. 12, 14 GG keine Maßstabsbildungen enthielten, wenngleich die Judikatur jüngst das Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung regulierungsrechtlicher Gesetze hervorhob. Der höherrangige Rechtsdruck führe dazu, von den Optionen der zwangsweisen Investitionsdurchsetzung keinen Gebrauch machen zu müssen. In der Rechtsprechung des BVerfG erblickte Prof. Burgi generell eine „Geringschätzung der Berufsfreiheit“ und führte als Gegen-

beispiel Art. 8 I GG an. Im Ergebnis sei es nicht stringent, kleineren Behörden eine vollumfängliche Rechtsprüfung und damit ein Verhalten abzuverlangen, das der professionalisierten Bundesnetzagentur erlassen werde.

Prof. Weyer erachtete den Gedanken einer höheren Rendite als zielführend, betonte aber, dass der gesetzgeberische Grundgedanke nicht ausschließlich auf Investitionsanreizung, sondern die Berücksichtigung wettbewerbsähnlicher Kosten abziele. Darüber hinaus sei die Rendite am Strommarkt ausreichend bemessen. Zwar können Alternativenprüfungen und Öffentlichkeitsbeteiligung der Beschleunigung des Netzausbaus zuwiderlaufen, seien aber vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen worden. Schließlich sei es nach Auffassung von Prof. Weyer lohnend, das Regulierungsregime der ARegV einer Kosten-Nutzen-Analyse zu unterziehen.

## *V. Regulierung im Kräftefeld externer Anforderungsprofile*

### *1. Vorträge*

Prof. Manssen (Universität Regensburg) warf die kritische Frage auf, ob es sich bei Regulierungsrecht noch um konkretisiertes Verfassungsrecht oder vielmehr einen „rechtsfreien Raum“ handle. Letztere Annahme ließe sich unter dem Blickwinkel des Vertrauensschutzes anhand der geänderten Vergütung für auf ehemaligen Ackerflächen belegene Solaranlagen treffen. Demnach habe der Gesetzgeber bei der Novellierung des § 32 EEG-2009 eine zu kurze Übergangsbestimmung getroffen, die das bislang vermittelte Vertrauen enttäuscht habe. Den die Verfassungsmäßigkeit der Regelung bejahenden Beschluss des BVerfG bewertete Prof. Manssen unter diesem Gesichtspunkt als nicht überzeugend. Dies gelte umso mehr, als das Gericht im Urteil zur Einführung einer Preisansagepflicht für Call-by-Call-Gespräche in § 66b TKG gerade eine gesetzliche Übergangsfrist für erforderlich hielt. Im Ergebnis offenbare diese Diskrepanz eine unklare Akzentuierung und geringe Durchschlagskraft des Art. 12 I GG im Einzelfall. Sodann erörterte Prof. Manssen die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der EEG-Umlage. Wenngleich die ordentlichen Gerichte eine Sonderabgabe verneinten, habe das BVerfG dazu bedauerlicherweise keine Stellung bezogen. Im Übrigen aber sei zu bedenken, dass die Europäische Kommission im Rahmen eines Beihilfenverfahrens jedenfalls den

Einsatz staatlicher Mittel bejahte. Abschließend ging Prof. Manssen auf die Ålands Vindkraft-Entscheidung des EuGH ein, wonach für nationalstaatliche Fördersysteme zugunsten erneuerbarer Energien „freie Fahrt“ gewährt werde. Jedoch sei eine Rechtfertigung insbesondere durch den Klimaschutz kritisch zu hinterfragen.

Im Anschluss skizzierte Prof. Kment (Universität Augsburg) die Auswirkungen der Energiewende, insbesondere auf hocheffiziente Spitzenlast-Kraftwerke und die Versorgungssicherheit, woraus sich die bislang ökonomisch geprägte Debatte um sog. Kapazitätsmärkte ableite. Im Ergebnis bedeute diese Abkehr vom Energy-Only-Markt einen Paradigmenwechsel, dessen rechtliche Grenzen im Folgenden ausgelotet wurden. Während das Sekundärrecht etwa in Art. 8 Strom-RL nur vage Vorgaben enthielte und auf einen weiten Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers hindeute, bestimme maßgeblich das Primärrecht Möglichkeiten und Grenzen. Dabei ging Prof. Kment zentral auf Art. 107 I AEUV und das Merkmal Staatlichkeit der Mittel ein, welches aufgrund des anzunehmenden hohen staatlichen Normierungsgrades wohl erfüllt sei. Insgesamt handele es sich – sofern nicht die Kriterien der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH zu Art. 106 II AEUV vorliegen – um eine beihilfenrelevante Maßnahme, die jedoch nach Art. 107 III lit. c) AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könne. Sodann wurden Bedeutung und Dimension der Warenverkehrsfreiheit für die mögliche Einführung von Kapazitätsmärkten aufgezeigt. In diesem Zusammenhang sei zu bedenken, dass ein nationalbegrenzter Mechanismus zu einer doppelten Beeinträchtigung von Art. 34 AEUV führe: Ausländische Stromerzeuger könnten fortan nicht unmittelbar am Kapazitätsmarkt partizipieren und wären zudem bei einer Abrufung der Kapazitäten an der Einspeisung in das nationale Netz gehindert. Eine schematische Übertragung von Rechtfertigungsgrundsätzen aus der Rechtssache Ålands Vindkraft scheidet dabei aus. Resümierend sprach sich Prof. Kment dafür aus, einen Gleichlauf von Beihilfenrecht und Warenverkehrsfreiheit sicherzustellen.

## 2. Diskussion

Im anschließenden Diskurs<sup>6</sup> pflichtete Prof. Kämmerer der Einschätzung bei, dass das BVerfG der Berufsfreiheit – insbesondere bei Publikumsgesellschaften – keine hohe Bedeutung zumesse. Prof. Säcker äußerte die Befürchtung, dass die Schaffung eines nationalen Kapazitätsmarktes die 20jährige Entwicklung des europäischen Energierechts vollends konterkarieren würde. Prof. Schmidt-Preuß hob hervor, dass Investoren kein hinreichender Vertrauensschutz bei der gesetzlichen Vergütungsänderung gewährt worden sei. Diesem komme eine staatsrechtlich hohe Bedeutung zu. Nach Einschätzung von Prof. Kühling sei die Steuerungskraft des Binnenmarktes begrenzt, sogar die Europäische Kommission rücke sukzessiv von diesem Leitbild ab. Als Beispiel nannte er die Beihilfeentscheidung zum AKW Hinkley Point, welche weitergehende Investitionen in Interkonnektoren ausschließe. Prof. Weyer wies auf das Problem eines europäischen Kapazitätsmarktes hin, das vor allem darin bestehe, den Nachweis ausreichender Transportkapazitäten zu erbringen. Dabei würden technische Aspekte eine herausragende Rolle spielen, die rechtliche Aussagen erst ermöglichen. Nach Auffassung von Prof. Ludwigs bestehe der rechtliche Geltungsanspruch des Europarechts uneingeschränkt fort. Als Beleg diene die Entscheidung der Europäischen Kommission zum britischen Kapazitätsmarkt, die eine Verpflichtung zum Ausbau von Verbindungsleitungen beinhalte.

## 3. Fazit

Prof. Manssen hielt in seinem Schlusswort fest, das BVerfG wende zwar Art. 12 GG an, vermeide aber bedauerlicherweise im Fall wirtschaftsrelevanter Maßnahmen eine klare Positionierung. Hier sei künftig eine dogmatische Klarstellung durch das Gericht wünschenswert.

Nach Auffassung von Prof. Kment seien rechtliche und nicht zuletzt auch technische Probleme bei Einführung eines Kapazitätsmarktes Hand in Hand zu lösen. Naturgemäß könne eine Bewertung des EuGH nicht antizipiert werden. Als rechtliche Grundbedingung gelte jedenfalls, jene Un-

---

6 Moderation: Prof. Dr. Markus Ludwigs, Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

ternehmen zum Kapazitätsmarkt zuzulassen, die Kapazitäten liefern wollten und dazu auch tatsächlich in der Lage seien.

*VI. After Dinner Speech von Prof. Dr. Carl Christian von Weizsäcker über „Demokratie und Marktwirtschaft“<sup>7</sup>*

Anlässlich des Abendessens am 18. Juni 2015 sprach Prof. Carl Christian von Weizsäcker (Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn) in seiner „after dinner speech“ über Grundsatzfragen von Demokratie und Marktwirtschaft. Hierbei entwickelte er seine normative Theorie des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft. Zum einen wies er darauf hin, dass die Realisierung individueller Präferenzen für die Marktwirtschaft konstitutiv sei. Umgekehrt setze die Staatsform der Demokratie individuelle Freiheiten als Kernbestandteil voraus. In einer Gesamtschau handele es sich um zwei Seiten einer Medaille. Diese essentielle Erkenntnis konzipierte Prof. Carl Christian von Weizsäcker als normative „Ko-Evolution von Marktwirtschaft und Demokratie“. In beiden Fällen gehe es unverbrüchlich um die Gewährung der Freiheit des Einzelnen in einer auf Gemeinwohl ausgerichteten Ordnung.

Damit schlug er einen Bogen von der auf Effizienzsteigerung und Kostenminimierung fokussierten Marktwirtschaft zur grundrechtlich gewährleisteten Freiheit von Privaten und Unternehmen. Wie Prof. Carl Christian von Weizsäcker hervorhob, entspreche das marktwirtschaftliche Modell dem sozialphilosophischen Konzept der Offenen Gesellschaft von *Karl Raimund Popper*. Das Prinzip des „piecemeal engineering“ spiele dabei eine fundamentale Rolle. Auf der Grundlage des status quo sei es auf kleine Änderungen reduziert. Der unverzichtbare freiheitliche Kern liege darin, dass notwendige Fehlerkorrekturen überschaubar und praktisch handhabbar blieben. Dadurch würden etwaige Fehler großangelegter Reformprogramme, die aufgrund ihrer Dimension keine Korrektur zuließen, vermieden. Hierin liege der Vorteil eines Entscheidungsprozesses im Sinne des piecemeal engineering. Es gelte das Prinzip von „trial and error“, das kleine Fortschritte erlaube. Gerade hierin liege eine unverzichtbare Frei-

---

<sup>7</sup> Die Kernthesen dieses Festvortrages hat Herr Prof. Dr. Carl Christian von Weizsäcker unter dem Titel „Die normative Ko-Evolution von Marktwirtschaft und Demokratie“ in *ORDO*, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Band 65 (2014), S. 13 – 44 im Detail entfaltet.

heitsverbürgung, da aus Fehlern gelernt werden könne. Auf diese Weise stelle es insgesamt einen freiheitlichen Gegenentwurf zu einer gesellschaftspolitischen Theorie dar, die eine Anmaßung von Wissen im Sinne von *Hayeks* in Anspruch nehme.

Schließlich komplettierte Prof. Carl Christian von Weizsäcker seine Gesamtkonzeption um die notwendige Grundbedingung von der Freiheit eines Informationsaustausches und der Wahrung des Grundrechts der Meinungsfreiheit. Fehle es hieran, könnten die Bürger weder ihre Präferenzen äußern noch ihre politischen Freiheiten wahrnehmen. Dabei sei die Marktwirtschaft auf informierte, ihre Präferenzen frei äußernde Wirtschaftssubjekte angewiesen. Nur eine in diesem Sinne deliberative Demokratie legitimiere die Marktwirtschaft. Auf beiden Seiten finde maßgeblich Wettbewerb statt. Am Ende werde damit der Ausblick auf eine offene freiheitliche Gesellschaft gerichtet.

## *VII. Regulierung und Entgelte*

### *1. Vortrag*

Prof. Gersdorf (Universität Rostock) konstatierte einleitend eine „Flucht in das öffentlich-rechtliche Gebührenrecht“. Dieser Transformationsprozess werde durch die Möglichkeit der öffentlichen Versorgungswirtschaft eröffnet, sich mittels hoheitlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen einer Kontrolle durch die Kartellbehörden zu entziehen, wie das Beispiel der Wasserpreise Wetzlar illustriere. Maßgeblich sei dabei die im Zuge der 8. GWB-Novelle aufgenommene Vorschrift des § 130 I S. 2 GWB, wonach die Missbrauchstatbestände der §§ 19, 20 GWB keine Anwendung auf öffentliche Gebühren und Beiträge finden. Nach Darstellung der regulierungstheoretischen Grundlagen grenzte Prof. Gersdorf die Preishöhenkontrolle nach GWB von entgeltregulatorischen Vorgaben anhand Maßstab, Methode und Zuständigkeit ab. Sodann lag der Schwerpunkt auf dem Gebührenrecht, welches aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes zwar – dem Wettbewerbsrecht vergleichbar – keine ineffizienten Kosten berücksichtige, seine Schutzfunktion aber wegen mangelnder Aufsicht durch die Behörden nur begrenzt entfalte. Zum Abschluss erörterte Prof. Gersdorf die Verfassungsmäßigkeit des § 130 I S. 2 GWB. Er verneinte eine Verletzung der Kompetenzordnung und etwaiger staatlicher Schutzpflichten, warf aber die Frage eines Verstoßes gegen den allgemeinen

Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG auf. Dabei vertrat er die Auffassung, dass die mittelbar betroffenen Verbraucher als Vergleichsgruppe dienen, eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung jedoch in Ermangelung sachlicher Gründe ausscheide. Vor diesem Hintergrund sei die Ausweitung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht auf öffentliche Gebühren, wie sie etwa die Monopolkommission fordert, nicht nur rechtspolitischer Natur, sondern vielmehr verfassungsrechtlich geboten.

## *2. Diskussion*

In der anschließenden Diskussion<sup>8</sup> bewertete es Prof. Fehling als überzeugend, Gebühren nicht als Freibrief für Ineffizienzen anzusehen. Sodann stellte er die Frage, ob es zulässig sei, einer Kommune die gleichen Kontrollmaßstäbe wie der spezialisierten Regulierungsbehörde abzuverlangen. Im Ergebnis spreche auch das kommunale Selbstverwaltungsrecht für eine abgesenkte Kontrolldichte, hinsichtlich der zulässigen Differenzierung nach Art. 3 I GG bestehe ein größerer Spielraum als im Vortrag eingeräumt. Nach Auffassung von Prof. Ruffert nähmen Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte eine ausdifferenzierte Kontrolle von Gebühren vor, sodass es keiner eigenständigen Verordnung bedürfe. Prof. Säcker erblickte als zentrales Motiv einer Flucht in das Gebührenrecht das Bestreben, einer umfassenden Kontrolle zu entgehen. Hier entstehe eine absolute Interessenkollision der Kommune zwischen fiskalischen Interessen und möglichst günstigen Verbraucherentgelten. Nach Ansicht von Prof. Burgi zeige der Transformationsprozess, dass das Öffentliche Recht den Bürger nicht umfassend wie das Privatrecht schützen könne. Dem im Referat vertretenen Ansatz einer Herleitung über das Übermaßverbot hielt er entgegen, dass Effizienz ein haushaltswirtschaftliches Prinzip sei. Zur Begründung sei vielmehr das Handlungsformermessen fruchtbar zu machen, das durch die Wahl eines Gebührenbescheides fehlerhaft ausgeübt wurde. Prof. Büdenbender kritisierte die derzeit geltende Fassung des § 130 I S. 2 GWB und fragte, ob die Flucht einer Gemeinde in das Gebührenrecht die Rechtswidrigkeit im Sinne eines additiven Elements verstärkend hervortreten lasse. Prof. Fuchs warf die Frage auf, ob das kommunale Selbstver-

---

<sup>8</sup> Moderation: Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

waltungsrecht Rechtfertigungswirkungen für das Gebührenrecht entfalten könne und wies auf die Besonderheit der Insolvenzunfähigkeit öffentlicher Unternehmen hin. In Hinblick auf eine mögliche Ungleichbehandlung nach Art. 3 I GG gab Prof. Kühling zu bedenken, dass auch der umgekehrte Fall, in dem eine Gemeinde den gebührenrechtlichen Bereich verlasse und damit dem GWB-Regime unterliege, Beachtung finden müsse: Er habe zur Folge, dass sämtliche Gebührenbescheide anderer Gemeinden gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen. Weiterhin unterstrich er, dass die Entscheidung, Gebühren statt Entgelte zu erheben, vom Gemeinderat als demokratisch legitimiertem Organ getroffen werde und dabei sogar Personenidentität zwischen Verbrauchern und Entscheidern bestehe. Nach Auffassung von Prof. Kirchhof verbiete sich eine Verallgemeinerung des Gebührenrechts, dessen Privilegien für die öffentliche Hand Prof. Kment abschließend hervorhob.

### 3. Fazit

In seinem Schlusswort warf Prof. Gersdorf die Frage auf, wer für die Kosten einer umfassenden Kontrolle aufkommen müsse. So seien Vollzugskosten zwar vom Bürger zu tragen. Bei einer institutionellen Betrachtung sei aber zu bedenken, dass die Verfassung das Individuum und nicht die Institution als solche in den Vordergrund stelle. Der im Vortrag gewählte Ansatz lasse sich aus dem Äquivalenzprinzip ableiten. Dabei sei entscheidend, dass eine Überwälzung ineffizienter Kosten ausscheide. Den in der Diskussion hervorgehobenen Auswirkungen eines Rechtsformwechsels maß Prof. Gersdorf keine eigenständige Bedeutung bei. Das Gebührenrecht biete grundsätzlich genügend Schutz, leide jedoch an einem umfassenden Vollzugsdefizit. In Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz sei maßgeblich, dass Art. 3 I GG nur im jeweiligen Hoheitsbereich gelte und divergierende Standards von Bund und Ländern erlaube.

## VIII. Regulierung und Internationalisierung

### 1. Vorträge

Im abschließenden Themenblock des Symposiums referierte Prof. Kämmerer (Bucerius Law School, Hamburg) über Internationalisierungsten-

denzen im Telekommunikationssektor und warf einleitend die Frage auf, ob dabei von einem „Regulierungsvölkerrecht“ auszugehen sei. Zwar ließen sich einzelne Bausteine identifizieren, im internationalen TK-Recht seien Regulierungsorganisationen im typischen Sinne jedoch schwach ausgeprägt. So existiere zwar keine auf Netze angelegte Verwaltungsunion, mit ITU- und WTO-Recht ließen sich aber zwei Säulen mit regulierungsrechtlichen Bezügen ausmachen. Die *International Telecommunication Union* (ITU) fasste Prof. Kämmerer als „regulierungsaffine Nichtregulierungsorganisation“ auf. Sie wirke über Beschlüsse, Standards und Richtlinien auf ihre 193 Mitgliedstaaten ein, ihre Handlungsformen finden regelmäßig aus technischen Gründen Beachtung. Im WTO-Recht enthalte insbesondere das 4. GATS-Protokoll („BATS“) regulatorische Ansätze. Der Bereich des Internetzugangs sei mangels hoheitlicher Regulierung durch ein Selbstregulierungskonglomerat geprägt. Zentral fungiere dabei die privatrechtlich organisierte, wenngleich nicht vollends staatsfreie *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), welche die Vergabe von IP-Adressen und Domainnamen koordiniert und damit als „Beispiel par excellence“ für globalisierte Selbstregulierung diene. Eine weitergehende Errichtung und Etablierung internationaler Behörden scheitere demgegenüber am fehlenden nationalstaatlichen Willen. In einem Ausblick hielt Prof. Kämmerer abschließend fest, dass die Perspektiven für den Aufbau eines Regulierungsvölkerrechts begrenzt seien. Das Völkerrecht stelle vielmehr ein Vehikel dar, um andere Staaten vom Konzept der Regulierung zu überzeugen.

Anschließend befasste sich Prof. Gundel (Universität Bayreuth) mit Regulierung und Internationalisierung im Energiesektor. Einleitend stellte er Motive einer Internationalisierung dar, die sich insbesondere aus der Stärkung und Etablierung neuer, auch großer Wettbewerber ergeben. Die nur schwache institutionelle Ausprägung des internationalen Energierechts lasse sich anhand der sektorspezifischen Besonderheiten erklären, wonach geografisch begrenzte Märkte infolge von Leitungsverlusten vorliegen und der Energiemix eine genuin nationale Weichenstellung darstelle. Demgegenüber seien Ansätze einer Internationalisierung im EU-Energiebinnenmarkt – nicht zuletzt durch das dritte Binnenmarktpaket von 2009 – erkennbar. Als konkreten Anwendungsfall nannte Prof. Gundel die geografische Reichweite der Entflechtungsvorgaben, die auch Nicht-EU-Ausländer erfasse, wie anhand der Gaspipeline „South Stream“ sowie der Offshore-Anbindung durch TenneT Offshore exemplifiziert wurde. Nach einem Rekurs auf Art. 31 ACER-Verordnung, der eine Einbindung von

Drittstaaten in die Regulierungsinstitution bewirke, standen spezifische internationale Instrumente im Blickfeld. Bereits der Energiechartavertrag von 1994 zielte auf die Schaffung eines paneuropäischen Energiemarktes ab, habe aber durch den Austritt Russlands 2009 an Bedeutung verloren. Durch den Vertrag über die Energiegemeinschaft mit Staaten des ehemaligen Jugoslawien aus dem Jahre 2005 sollte der griechische Strommarkt an europäische Netze angebunden werden. Das Konstrukt leide aber an einer fehlenden supranationalen Wirkung, wie etwa die verzögerte Öffnung der Energiemärkte in Mazedonien belege. Als Fazit hielt Prof. Gundel fest, dass durch die Internationalisierung eine Stärkung der Anbieterseite zu erwarten sei, das Völkerrecht im Gegensatz zum EU-Recht aber am Defizit effektiver Durchsetzung leide.

## 2. Diskussion

Zu Beginn der Diskussion<sup>9</sup> unterstrich Prof. Schmidt-Preuß die Notwendigkeit, dass sich das Regulierungsrecht auch der internationalen Dimension öffne, die bisher eher vernachlässigt worden sei. Namentlich habe sich ein Regulierungsvölkerrecht noch nicht herausgebildet.

Globale Standardisierungen aber würden von Technik und Ökonomie erzwungen, sodass die Staatengemeinschaft Rahmenbedingungen und wettbewerbssichernde Regeln entwickeln müsse. Erste Modelle und Systemansätze seien erkennbar. Dabei befinde sich die Internationalisierung des Energierechts im Vergleich zum Telekommunikationssektor in einem fortgeschritteneren Stadium. Prof. Ruffert konstatierte eine Stagnation des WTO-Rechts seit den 1990er Jahren und äußerte sich zurückhaltend zu weitergehenden Internationalisierungsbestrebungen. Nach Auffassung von Prof. Kühling beschränken sich Internationalisierungsprozesse im Telekommunikationsrecht auf Bereiche mit Standardisierungsbedürfnis, etwa der Vergabe von Funkfrequenzen und Rufnummern. Demgegenüber ermangele es Regelungsgegenständen wie Verbraucherschutz und Universalien von vornherein an internationalen Regulierungsbedarf. Prof. Körber gab zu bedenken, dass Internationalisierung zwar einen komplexen Einigungsprozess voraussetze, aber den Vorteil aufweise, Partikularinter-

---

<sup>9</sup> Moderation: Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M., Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

essen zurückdrängen zu können. Aufgabe und Herausforderung zugleich sei künftig eine Identifizierung derartiger Regelungsbereiche. Nach Prof. Weyers Auffassung gehe Internationalisierung stets mit der Aufgabe nationalstaatlicher Befugnisse einher, die nur im Falle von Funktionsnotwendigkeiten (z.B. Standardisierungen auf technischer Ebene) in Kauf genommen werde. Überdies deutete er auf mögliche Gefahren infolge staatlicher Einflussnahme im ENTSO-E hin, die auch durch Übertragungsnetzbetreiber aus Drittstaaten vermittelt werden könnten. Prof. Zimmer verwies auf die Potentiale eines europäischen Kapazitätsmarktes, identifizierte aber ein mögliches Hindernis im „mitgliedstaatlichen Kirchturmdenken“.

### *3. Fazit*

In seiner Erwiderung bekräftigte Prof. Kämmerer, dass die Gestaltungsfähigkeit der WTO durch eine Vielzahl konträrer Ziele begrenzt sei. Ob sich die ermittelten Regulierungsansätze im Völkerrecht zu einem veritablen „Regulierungsvölkerrecht“ fortentwickeln könnten, hänge auch davon ab, wie weit sich die Nationalstaaten auf internationale Regulierungskonzepte verständigten. ICAAN habe insoweit speziellen Charakter, als die Organisation und ihre Tätigkeit auf einem quasi-föderalen, zugleich von einer Vielfalt unterschiedlicher Stakeholder geprägten Konzept beruhen. Eine weitergehende Internationalisierung des Regulierungsrechts würde dagegen einem umfassenderen und einheitlicheren Marktansatz folgen müssen. Prof. Kämmerer stellte eine Internationalisierung bei konzeptionellen Grundfragen in Aussicht; die materielle Regulierung im Einzelnen werde dagegen auch künftig den Nationalstaaten vorbehalten bleiben.

Prof. Gundel unterstrich als Mehrwert einer Internationalisierung der Regulierung die Erweiterung des Wettbewerbsraums bei gleichzeitiger Förderung der Anbietervielfalt. Dabei könnten auch die Akteure – wie etwa die Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen des ENTSO-E – aktiv werden. Schlussendlich sei die Etablierung eines europäischen Kapazitätsmarktes nach Dafürhalten von Prof. Gundel bereits mit Umsetzungsschwierigkeiten behaftet, da Kapazitäten häufig zeitgleich von den Mitgliedstaaten abgerufen würden.

*IX. Schluss und Ausblick*

Im Anschluss an das „Bonner Symposium“ fand die Mitgliederversammlung statt. Plangemäß legte Prof. Säcker sein Amt als eines der beiden geschäftsführenden Vorstandsmitglieder nieder. Prof. Körber folgt ihm nach. Der geschäftsführende Vorstand besteht im Jahr 2015/2016 damit aus Prof. Schmidt-Preuß und Prof. Körber. Die Mitgliederversammlung wählte Prof. Fuchs zum neuen Mitglied des Vorstands.

Die nächste Tagung der „Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht“ findet am 27./28. Oktober 2016 in Göttingen statt.