

Tagungsbericht zum 4. Symposium der wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht

Julia Barth, Dr. Anna Kellner, Florian Sackmann, Fabian Toros

I. Einleitung

Prof. Jürgen Kühling (Regensburg) hieß als Veranstalter der Tagung 28 Teilnehmerinnen und Teilnehmer¹ der wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht in Regensburg willkommen. Unter dem Tagungstitel „Neue Gemeinwohlherausforderungen – Konsequenzen für Wettbewerbsrecht und Regulierung“ sei Grundgedanke des Tagungskonzepts, einerseits zu betrachten, welche neuen Gemeinwohlherausforderungen in den klassischen Netzwirtschaften der Telekommunikations-, Energie- und Eisenbahnordnung bestehen, andererseits aber den Blick auch auf angrenzende Sektoren – wie die Medien- und Kommunikationswirtschaft – und schließlich jenseits der bislang betrachteten Sektoren zu richten. Leitfrage sei dabei stets, welche neuen Herausforderungen bestehen und wie das Kartell- und Regulierungsrecht darauf reagieren müssen.

1 Prof. Florian Bien (Würzburg), Prof. Martin Burgi (München), Prof. Michael Fehling (Hamburg), Prof. Thomas Fetzer (Mannheim), Prof. Karl-Eberhard Hain (Köln), Prof. Bernd Holznagel (Münster), Prof. Georg Hermes (Frankfurt), Prof. Thorsten Kingreen (Regensburg), Prof. Torsten Körber (Köln), Prof. Stefan Korte (Chemnitz), Prof. Charlotte Kreuter-Kirchhof (Düsseldorf), Prof. Jürgen Kühling (Regensburg), Prof. Gunther Kühne (Clausthal), Prof. Jörn Lüdemann (Rostock), Prof. Markus Ludwigs (Würzburg), Prof. Gerrit Manssen (Regensburg), Prof. Jochen Mohr (Leipzig), Prof. Ralf Müller-Terpitz (Mannheim), Prof. Karsten Otte (Mannheim), Prof. Rupprecht Podszun (Düsseldorf), Prof. Franz-Jürgen Säcker (Berlin), Prof. Matthias Schmidt-Preuß (Bonn), Prof. Heike Schweitzer (Berlin), Prof. Achim Wambach (Mannheim), Prof. Maik Wolf (Berlin), Prof. Daniel Zimmer (Bonn).

II. Themenblock 1: Grundlagenreferate

1. Referate

Im Eröffnungsreferat diagnostizierte Prof. Markus Ludwigs (Würzburg) einen Paradigmenwechsel im Hinblick auf das Zusammenspiel von Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht. Hierzu nahm er zunächst Begriffsbestimmungen vor. Danach sei das Gemeinwohlverständnis in einer Demokratie von unterschiedlichen Vorstellungen geprägt. Hieraus folge zwangsläufig, dass gemeinwohlbezogene Regulierungsziele wie der Verbraucherschutz oder die Förderung von Investitionen eine Kanalisierung des vielfach als „Gemeinwohlgaranten“ begriffenen Wettbewerbs bewirken und diesen bisweilen sogar zurückdrängen könnten. In einem ersten Schritt untersuchte Prof. Ludwigs sodann in einem rechtsebenenbezogenen Ansatz Tendenzen im Hinblick auf die Verschiebung des Gemeinwohlmandates. Dabei standen die legislative Vorsteuerung im Rahmen der nationalen Regulierungsgesetze zum Energie- und Telekommunikationsrecht und ihre Vereinbarkeit mit den richtlinienrechtlichen Vorgaben aus dem Europarecht im Vordergrund. Als Anschauungsbeispiel diente ein aktuelles Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die normierende Regulierung im Energiesektor. Es sei wenig aussichtsreich, wenn zur Verteidigung einer abstrakt-generellen Methodenregulierung auf den Schutz der nationalen Identität recurriert werde. Naheliegender erscheine es, stärker auf die Unterschiede im einschlägigen Richtlinienrecht der beiden Netzsektoren hinzuweisen. Dessen ungeachtet erscheine es zumindest zweifelhaft, ob das dichte Normengeflecht in den Begleitverordnungen zum EnWG vollumfänglich vor dem EuGH standhalten wird.

Anschließend analysierte Prof. Ludwigs, inwieweit eine rechtsgebietsbezogene Neubewertung des Verhältnisses von Öffentlichem und Privatem Recht erforderlich sei. Dabei ging er auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 7. November 2017 ein. Gegenstand der Entscheidung war die Bestimmung von Frage- und Informationsrechten des Parlamentes in Bezug auf die Deutsche Bahn AG. Prof. Ludwigs prognostizierte, dass es zu einem Wiederaufleben der Diskussionen rund um das Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts kommen dürfte. Vor dem Hintergrund des Urteils sei zu hinterfragen, inwieweit die These, dass die Formenvielfalt des nationalen Gesellschaftsrecht ausreiche, um das öffentliche Interesse abzubilden, noch uneingeschränkt gelten könne. In einem dritten Schritt stellte Prof. Ludwigs zielbezogene Herausforderungen in den Mittelpunkt seiner Ausführungen. So sei in den regulierungsrechtlichen Vorschriften ein Abrücken vom Primärziel des Wettbewerbs zu beobachten. Als Beispiel

führte er die im Rahmen der Richtlinie (EU) 2018/1972, die auch als Europäischer Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK-E) bezeichnet wird, vorgesehene Einführung des Konnektivitätsziels (Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 2 lit. a EKEK-E) an. Das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und anderen Zielen illustrierte er am Beispiel der Vectoring-Entscheidungen des VG Köln. Darüber hinaus wurde das aktuelle 5G-Frequenzversteigerungsverfahren als Beispiel herangezogen. Schließlich untersuchte Prof. Ludwigs den Modus für die Gemeinwohlverwirklichung mit Hilfe einer rechtsdogmatischen Perspektive. Er interpretierte das Vertragsverletzungsverfahren zur normierenden Regulierung im Energiesektor der EU-Kommission als günstigen Zeitpunkt, um mit einer systematischen Novellierung des Regulierungsrechts einer fortschreitenden Zerfaserung des Rechtsrahmens effektiv entgegenzutreten. Darüber hinaus forderte er, wieder verstärkt über eine Normierung allgemeiner Prinzipien des Regulierungsrechts zu diskutieren.

Im zweiten Referat des ersten Themenblocks ging Prof. Heike Schweizer (Berlin) der Frage nach, ob auch im Zeitalter der Digitalisierung im Verhältnis von Gemeinwohl und Wettbewerb ein Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl angenommen werden könne. Dazu überprüfte die Referentin zunächst, ob das Vertrags-, Wettbewerbs- und Verbraucherrecht einer Anpassung bedürfen. Grundsätzlich bestehe ein öffentliches Interesse an funktionierenden Märkten mit unverfälschtem Wettbewerb, die der Motor der Wirtschaft als ein zentraler Bestandteil des Gemeinwohls seien. Voraussetzung für eine immanente Gemeinwohlwirkung der Märkte sei aber die Pareto-Effizienz, die grundsätzlich durch das Vertragsrecht gewährleistet werde. Durch die Digitalisierung würden die Bedingungen für Tauschgeschäfte nun stark verändert. Wegen der zunehmenden Abhängigkeit von Informationsintermediären auf beiden Vertragsseiten und der Verschiebung vom Eigentum zum Lizenzvertrag bedürfe es wohl einer Anpassung des Vertragsrechts zur Bewältigung von Interessenskonflikten und der Gewährleistung der Pareto-Effizienz, insbesondere der Informiertheit über und Freiwilligkeit der Transaktion. Dagegen bestehe nur ein begrenzter Bedarf für neue Wettbewerbsregeln. Mithilfe der weiten Generalklauseln des geltenden Wettbewerbsrechts ließen sich die digitalisierungsbedingten Veränderungen der Märkte grundsätzlich erfassen. Es bedürfe aber einer neuen Aufmerksamkeit in der Analyse digitalisierungsbedingt veränderter Unternehmensstrategien und teilweise neuer Konzepte bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf digitalisierungsbedingt veränderte Märkte. Unter anderem müssten die Marktabgrenzung und die Marktmachtbestimmung auf diese Veränderungen reagieren.

Im zweiten Teil des Vortrags ging Prof. Schweitzer auf die Besonderheiten der eigentlichen Datenmärkte ein: Man könne sich nicht darauf verlassen, dass allein der Wettbewerb auf den Datenmärkten die Allokation von Zugriffsrechten befriedigend bewerkstellige. Aufgrund der engen Verknüpfung des Datenzugriffs mit diversen Gemeinwohlzielen bedürfe es regulierter Datenzugriffsrechte, wobei bezüglich personenbezogener Daten natürlich die Besonderheiten des Datenschutzrechts zu beachten seien. Schließlich schlug die Referentin in Bezug auf die zu berücksichtigenden externen Gemeinwohlaspekte auf digitalen Märkten vor, das Universalienkonzept anzuwenden. Die zunehmende Personalisierung der Wirtschaft lasse den Ausschluss von unrentablen Kunden zu. Es müsse geklärt werden, bei welchen Leistungen das sozialpolitisch nicht hinnehmbar sei. Weitere Herausforderungen sieht die Referentin in der rechtlichen Ordnung öffentlicher Kommunikationsräume im Internet und der Gemeinwohlsicherung auf Medienmärkten. Die zunehmende Indienstnahme der Plattformen zur Durchsetzung des Rechts berge allerdings auch die Gefahr einer Verfestigung ihrer Marktmacht. Insgesamt habe der Gemeinwohlkonnex auch im digitalen Zeitalter Bestand. Allerdings seien gegebenenfalls die vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen nachzujustieren; die Notwendigkeit dafür sei regelmäßig zu überprüfen.

2. Diskussion

In der sich an die beiden Vorträge anschließenden Diskussion bemerkte zunächst Prof. Jochen Mohr (Leipzig), dass sich aus einer solch unübersichtlichen und umfangreichen Regulierung wie im ersten Vortrag dargestellt Rechtssicherheitsfragen ergäben. Prof. Ludwigs unterstützte die Ansicht, dass möglicherweise eine Verschlankung des Normengeflechts unter Erweiterung der Kompetenzen der Regulierungsbehörden sinnvoll sei. In Bezug auf den zweiten Vortrag warf Prof. Mohr die Frage auf, ob nicht die Vorgehensweise des BKartA im Facebook-Fall, der an sich ja kein klassisch kartellrechtlicher Sachverhalt sei, aufgrund des Gemeinwohlkonnexes des Kartellrechts Berechtigung habe. Weiterhin könne man doch § 20 GWB auch auf das Privatrecht ausdehnen, um die Märkte in Zeiten der Digitalisierung „im Zaum zu halten“. Hierzu vertrat Prof. Schweitzer die Ansicht, dass es natürlich Zusammenhänge zwischen dem Privat- und dem Kartellrecht gebe, es sich aber um unterschiedliche Rechtsgebiete handle, was auch seine Berechtigung habe. Es sei ohne weiteres vertretbar, im Bereich des Behinderungsmisbrauchs, der gerade auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbsziele, auch den Datenschutz zu berücksichtigen. Probleme

sehe sie aber beim Ausbeutungsmissbrauch, für den gerade keine Wettbewerbsauswirkung Voraussetzung sei. Insofern könne ein strengerer Kausalitätszusammenhang im Ausbeutungsmissbrauch sinnvoll sein. Darüber hinaus sei problematisch, dass momentan im Bereich des Tippings keine Möglichkeit bestünde, unilaterales Verhalten zu berücksichtigen.

Prof. Maik Wolf (Dresden) vertrat in Bezug auf die Idee einer neuen Universaldienstverpflichtung die Meinung, dass solche in der sich schnell verändernden Ökonomie schneller angenommen werden müssten, wenn die existenzielle Bedeutung einer neuen Technologie oder ähnlichem stark durch Unternehmen beeinflusst würden. Prof. Schweitzer betonte, dass sich für den Gesetzgeber zunächst die Frage stelle, was ein Universaldienst sein solle. Es gehe in Zukunft nicht mehr immer um eine tarifgebundene flächendeckende Versorgung, sondern eben um eine gruppenabhängige Korrektur. In Bezug auf die Ausführung von Prof. Ludwigs hinterfragte Prof. Wolf die Vectoring-Entscheidung vor dem Hintergrund der Folgen für den Infrastrukturwettbewerb. Prof. Ludwigs entgegnete darauf, dass es sich um eine Abwägungsfrage zwischen verschiedenen Zielen und nicht um eine einseitige Entscheidung gegen den Wettbewerb handle. Vielmehr habe eine Abwägung mit anderen Gemeinwohlinteressen stattgefunden und zwar insbesondere mit dem Ziel des Ausbaus breitbandiger Infrastrukturen.

Auf die Frage von Prof. Matthias Schmidt-Preuß (Bonn), wie nach Ansicht der Referentin de lege lata bestehende Gefahren für die Gemeinwohlverwirklichung eingedämmt werden könnten, erklärte Prof. Schweitzer, dass man unterscheiden müsse: Die „Cyberkriminalität“ sei etwa ein Beispiel für einen Bereich, in dem der Staat aktiv werden müsse. Im Zivilrecht sehe sie insbesondere das Problem der vertikalen Integration von Unternehmen, wie beim digitalen Butler „Alexa“, der eine vertragsrechtliche Treueverpflichtung zu Amazon habe, weshalb die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen bestünde. Im Kartellrecht seien vor allem die Informationsintermediäre zu beobachten, die ein Problem für den Wettbewerb sein könnten, indem sie sehr marktmächtig werden und Informationen filtern. Eine Teilantwort auf dieses Problem könne die flexiblere Handhabung der Marktabgrenzung sein.

Prof. Schmidt-Preuß hinterfragte sodann die These von Prof. Ludwigs dahingehend, dass in der Eigenkapitalverzinsung und bei § 6a EnWG sehr wohl einige normative Vorstrukturierungen festzustellen seien. Darüber hinaus warf er die Frage auf, inwieweit in der Vectoring-Entscheidung eine ausreichende Abwägung zwischen Wettbewerb und Next-Generation-Access stattgefunden habe. Mit den Substituten wie dem virtuellen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung seien ausreichende Sicherungsmechanis-

men für den Zugang etabliert worden. Prof. Ludwigs stellte im Hinblick auf die erste Frage fest, dass die Normierung im deutschen Recht in diesen Gebieten stellenweise mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben überschießend erfolgt sei. Darüber hinaus erwiderte er, dass im Rahmen der Vectoring-Entscheidung eine sorgfältige Abwägung vorgenommen worden sei. Eine Abwägung zwischen verschiedenen Zielen und Interessen führe wesensgemäß zu einem Konfliktfeld und bringe im Ergebnis eine Kompromisslösung mit sich.

Prof. Michael Fehling (Hamburg) wandte ein, dass doch die Ausgrenzung einzelner Kundengruppen schon lange gegeben sei, beispielsweise durch die Schufa. Im Übrigen sehe er Daten als Gegenleistung anstelle von Geld als praktikabel; höchstens die Externalitäten seien hier rechtlich problematisch. Prof. Schweitzer vertrat die Ansicht, dass Daten nicht dieselbe Signalfunktion wie ein Preis hätten und die Pareto-Effizienz insgesamt nicht gegeben sei. Abgesehen davon sei die Nutzung bestimmter Plattformen unumgänglich, sodass ein Kunde praktisch keine Wahl habe, ob er den Datenerhebungen zustimme oder nicht. Sie räumte ein, dass das Problem der Ausgrenzung im Kreditbereich nicht neu sei. Es werde nun aber auf allen Märkten relevant, weil die Verfügbarkeit von Daten eine Unterscheidung von Gruppen stark vereinfache.

Prof. Franz-Jürgen Säcker (Berlin) bewertete die zweite Vectoring-Entscheidung des VG Köln als nicht überzeugend. Darüber hinaus stellte er heraus, dass der Staat im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit eine Formenwahlfreiheit habe. Sofern er sich für das Privatrecht entscheide, müsse er sich auch an dessen Regelungen halten. Ein Verwaltungsprivatrecht würde dem Staat eine nicht zu rechtfertigende Sonderstellung einräumen. Ferner stellte er klar, dass seiner Ansicht nach eine sektorübergreifende Kodifizierung des angesichts der zunehmenden Komplexität der Sektoren kaum noch möglich sei. Prof. Ludwigs verteidigte die zweite Vectoring-Entscheidung des VG Köln dahingehend, dass sie jedenfalls nicht erkennbar fehlerhaft sei. Mit Blick auf das DB-Urteil des BVerfG sehe die Entwicklung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts ebenfalls kritisch. Zwar müsse eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht gezogen werden. Darüber hinaus dürfe das Gesellschaftsrecht aber nicht grundsätzlich alternativ geregelt, sondern nur partiell und soweit erforderlich angepasst werden. Er pflichtete Prof. Säcker überdies bei, dass es nicht zu einer umfassenden Kodifikation eines sektorübergreifenden Regulierungsrechts kommen werde. Diese mindere jedoch nicht den Wert einer Diskussion über die Herausarbeitung und gegebenenfalls Normierung übergreifender Regulierungsprinzipien.

Prof. Martin Burgi (München) zeigte die verfassungsrechtlichen Grenzen des Problems der Entnormierung auf. Prof. Ludwigs entgegnete, dass verfassungsrechtliche Probleme nur entstehen würden, wenn es zu einem „Dominoeffekt“ komme, in dessen Folge weisungsfreie Behörden gesetzlich nur elementar vorstrukturierte Entscheidungen treffen, ohne dabei voller gerichtlicher Kontrolle zu unterliegen. Zumindest die Rechtsschutzverantwortung obliege indes weiterhin im Kern den einzelnen Mitgliedsstaaten.

III. Themenblock 2: Klassische Sektoren im Wandel

1. Referate

Prof. Thomas Fetzter (Mannheim) skizzierte die Herausforderungen von Wettbewerb und Regulierung auf dem Weg in die „Gigabitgesellschaft“. Eine „Gigabitgesellschaft“ sei, dem Verständnis des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie folgend, geprägt durch eine omnipräsente Durchdringung von Lebensbereichen durch Informations- und Kommunikationstechnik. Hinzu komme eine flächendeckende Verfügbarkeit von Gigabitnetzen, die eine Mindestkapazität von 1Gbit/s im Download zulassen und eine hohe Qualität der Signalübertragung gewährleisten würden. Die Quantitäts- und Qualitätsparameter könnten derzeit lediglich durch Glasfasernetze erfüllt werden. Dennoch muss der Grundsatz der Technologieneutralität weiterhin prägend für das Regulierungsrecht sein. Ausgangspunkt jeglicher Überlegungen für das Verhältnis zwischen Wettbewerb und Regulierung müsse die wirtschaftliche Freiheit der einzelnen Unternehmen sein.

Im Anschluss stellte Prof. Fetzter die Genese des Telekommunikationsregulierungsrechts dar und analysierte, inwieweit die aktuelle Ausgestaltung des Rechtsgebiets die neuen Herausforderungen meistern könnte. Die verschiedenen technischen Anschlussarten seien mit dem Grundsatz der Technologieneutralität unproblematisch zu bewältigen. Im Hinblick auf den Markt sei festzustellen, dass es zwar zahlreiche Anbieter gebe, aber noch kein Anbieter ein flächendeckendes Gigabitnetz zur Verfügung stelle und die Wettbewerbsintensität durch große regionale Unterschiede geprägt sei. Darüber hinaus sei eine Tendenz zu einer Vermischung von „Wholesale“ und „Wholebuy“-Anbietern zu attestieren, die sich mithilfe des aktuellen Regulierungsrahmens jedoch gut bewältigen lasse. Der Regulierungsauftrag sei darauf ausgelegt, Wettbewerb zu schaffen und zu erhalten, müsse jedoch in Zukunft auch investitionsfreundlich ausgestaltet wer-

den. In einem nächsten Schritt arbeitete Prof. Fetzter neue Herausforderungen für den sektorspezifischen Regulierungsrechtsrahmen in Zeiten des Gigabitausbaus heraus. Die Marktregulierung sehe sich nicht nur bestehenden Netzen gegenüber, sondern müsse auch Investitionen in neue Infrastrukturen berücksichtigen. Dies könne nur zum Teil mithilfe des bestehenden Rechtsrahmens bewältigt werden. Zur regulatorischen Förderung privater Infrastrukturinvestitionen müssten danach die Ausbaurkosten gesenkt werden. Darüber hinaus könnten die Renditemöglichkeiten auf das eingesetzte Kapital durch eine „investitionsfreundliche Regulierung“ verbessert werden.

Zu differenzieren sei im Übrigen zwischen regulierungsabhängiger und -unabhängiger Unsicherheit. Regulierungsabhängige Unsicherheiten könnten durch eine Vorhersehbarkeit der Regulierung reduziert werden. Regulierungsunabhängige Unsicherheiten, wie die unsichere Nachfrage, müssten durch die Politik aber dennoch ernstgenommen und adressiert werden. So könnte beispielsweise eine Nachfragestimulation durch die Einführung von E-Government oder einen Gigabit-Voucher erfolgen. Prof. Fetzter untersuchte Tendenzen für die Rückführung von Regulierung im Bereich der Entgeltregulierung im EKEK und in Stellungnahmen der Bundesnetzagentur. Er schloss damit, dass das Verhältnis von Wettbewerb und Regulierung stärker Aspekte der dynamischen Effizienz zu berücksichtigen habe. Entweder solle dies durch konditionierte Regulierungsfreistellungen oder durch größere Preissetzungsspielräume erfolgen. In einem auf den Gigabitausbau folgenden Stadium der „Gigabitgesellschaft“ müsse eine erneute Bestimmung des Verhältnisses erfolgen. Hier sei davon auszugehen, dass nicht-wettbewerbsbezogene Regulierungsmaßnahmen eine höhere Bedeutung erlangen werden. Insbesondere werde sich die Bedeutung von rechtlichen Vorgaben für die Versorgungsqualität erhöhen. Hierzu würden sich Mindestqualitätsvorgaben eignen. Darüber hinaus gewinne die Netzneutralität vor dem Hintergrund des geringen infrastrukturbasierten Wettbewerbs mehr an Relevanz. Dies betreffe insbesondere qualitätssensitive Dienste.

In dem zweiten Referat dieses Themenblocks analysierte Prof. Charlotte Kreuter-Kirchhof (Düsseldorf) die Auswirkungen der Energiewende mit ihrem klimapolitischen Kernziel auf den Wettbewerb. Zunächst stellte Prof. Kreuter-Kirchhof die Ziele der Energiewende dar. Sie klassifizierte den Klimaschutz als ein globales Gemeingut. Für einen wirksamen Klimaschutz sei ein koordiniertes und gemeinsames Vorgehen aller Staaten erforderlich. Ein nationalstaatliches Vorgehen reiche hingegen nicht aus. Vielmehr müsse zunächst mindestens europaweit gemeinsam vorgegangen werden. Die Ergebnisse des Pariser Klimaschutzabkommens stellten ledig-

lich ein „erstes Etappenziel“ auf völkerrechtlicher Ebene dar. Ein Spannungsverhältnis entstünde durch die Gewährleistungs- und Infrastrukturverantwortung des Staates und die damit einhergehende Verpflichtung, eine solide Energieversorgung sicherzustellen. Der Staat müsse den Rechtsrahmen schaffen, um diese Ziele zu verwirklichen. Im Anschluss analysierte Prof. Kreuter-Kirchhof, inwieweit das Unionsrecht als „Motor der Energiewende“ fungieren könne. Während der nationale Gesetzgeber die Energiemärkte immer weitgehender reguliere, vertrete die Europäische Union einen liberaleren Ansatz und fordere mehr Wettbewerb. Der europäische Emissionshandel sei das zentrale Instrument für den Klimaschutz, das klar bestimmt und steuerbar sei. Nachbesserungen würden die Wirksamkeit des Instrumentariums erhöhen. Dies stellte Prof. Kreuter-Kirchhof anhand der Preisentwicklung der Emissionszertifikate in den letzten Jahren dar. Zudem sei durch den EuGH die Zulässigkeit des Emissionshandels bestätigt worden.

In einem nächsten Schritt untersuchte Prof. Kreuter-Kirchhof das EU-Beihilfenrecht als Maßstab des Energierechts. Das nationale EEG sei am EU-Beihilfenrecht ausgerichtet. Dies sei maßgeblich an der Einführung der Ausschreibung und besonderer Ausgleichsregelungen für stromintensive Unternehmen zu sehen. Leitlinien aus den Bereichen Umweltschutz und Energiebeihilfenrecht treffen grundlegende Strukturentscheidungen für die Energiewende. Der nationale Gesetzgeber habe die Netzreserve, die Kapazitätsreserve und die Sicherheitsbereitschaft als Maßnahmen eingeführt, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Die Netzreserve sei von der Europäischen Kommission in einem Beihilfenverfahren unter Auflagen genehmigt worden. Die Kommission versuche mit dem EU-Beihilfenrecht auf das Strommarktdesign in Deutschland einzuwirken. Hierbei stehe die Schaffung von Wettbewerb im Vordergrund. Zudem sei es ein Ziel, mit einem technologieneutralen Ansatz zur Integration erneuerbarer Energien in die Märkte beizutragen. Problematisch sei dies im Hinblick auf die Legitimation der Entscheidung und vor dem Hintergrund kompetenzzieller Abgrenzungen. Prof. Kreuter-Kirchhof legte dar, dass die europäischen Legislativorgane einen sekundärrechtlichen Rahmen für die Förderung erneuerbarer Energien schaffen könnten. Diesbezüglich sei eine Bindung an das Primärrecht (insbesondere an das EU-Beihilfenrecht), nicht jedoch an die Leitlinien der Kommission, gegeben. Zudem könne mithilfe von Durchführungsverordnungen durch den Rat begrenzend auf die primärrechtlichen Entscheidungsspielräume der Kommission im EU-Beihilfenrecht eingewirkt werden. So zog die Referentin das Fazit, dass Wettbewerb als Instrument zur Energiewende beitragen könne. Das EU-Beihilfenrecht hingegen diene per se nicht den Zielen des Umweltschutzes und der Ver-

sorgungssicherheit. Vielmehr sei es Aufgabe des Mitgliedstaates, verlässliche Rahmenbedingungen zu schaffen und seine Infrastruktur- und Gewährleistungsverantwortung zu erfüllen. Die Legislativorgane haben innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs etwaige grundlegende energie- und wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen zu verantworten.

Prof. Karsten Otte (Bonn/Mannheim) widmete seinen Vortrag dem Thema „Eisenbahnmärkte zwischen intra- und intermodalem Wettbewerb“. Das eigene Erfahrungsbild des Bahnnutzers, jüngste Turbulenzen in der Bahnführung und zahlreiche verkehrspolitische Äußerungen werfen Fragen auf wie „Wo stehen die Eisenbahnmärkte?“ und „Wo steht die Regulierung?“. Es folgte ein kurzer Abriss über die Grundideen der Öffnung der Eisenbahnmärkte zur Qualitätsverbesserung, Preissenkung und Entlastung des Staates. Prägend seien die Spezifika des Systems Bahn. Dabei habe sich in organisationsrechtlicher Hinsicht der Betrieb großer Infrastrukturen zumeist in öffentlicher Hand, jedoch in privatrechtlicher Organisationsform mit Wirtschaftsorientierung durchgesetzt. In natürlichen Monopolen sei eine intramodale Regulierung nötig, denn ein Infrastrukturwettbewerb wie in den Telekommunikationsmärkten oder den parallel aufgebauten japanischen Eisenbahninfrastrukturen werde sich in Deutschland nicht mehr etablieren. Der Fokus des Wettbewerbs liege dabei deutlich auf dessen intermodalen Wettbewerbswirkungen. Im Personenverkehr gebe es mit dem Flugzeug, Bus und KFZ konkurrierende Verkehrsträger. Im Güterverkehr stünden als Alternative vor allem LKW, Schiffe und Pipelines zur Verfügung. Diese seien häufig störungsfreier oder flexibler einsetzbar. Intramodaler und intermodaler Wettbewerb stünden in einem Zusammenhang. Eine hohe intramodale Wettbewerbsintensität lasse die Eisenbahnmärkte wachsen, intramodaler Wettbewerb habe einen erheblichen Einfluss auf die Preisentwicklung – mit anderen Worten: Intramodaler Wettbewerb auf der Schiene verbessere tatsächlich die intermodale Attraktivität der Schiene und umgekehrt.

Im Verkehrsbereich setze man auf Wettbewerb. Der Wettbewerb um den gemeinwirtschaftlichen SPNV-Markt sei in Deutschland bereits stark etabliert, andere Länder wie etwa Frankreich hinkten hinterher. Der Wettbewerb im restlichen eigenwirtschaftlichen Markt sei hingegen zwiegespalten: Im Güterverkehr sei er in Gang gekommen, im Personenfernverkehr hingegen nicht, weil er aus unterschiedlichen Gründen mühevoll sei. Wegen hoher Systemkosten seien Infrastrukturbereich und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsbereich insgesamt dauerhaft in großem Maße von öffentlichen Subventionen abhängig. Dies sei gerechtfertigt aufgrund des verfassungsrechtlichen Versorgungsauftrags und der ökologischen Vorzugswürdigkeit des Verkehrsmengenzuwachstums im Eisenbahnbereich. Im An-

schluss ging Prof. Otte der Frage nach, ob die gegenwärtig zu beobachtende Qualitätsabnahme zu einem verkehrspolitischen Paradigmenwechsel führen könne, der eine Abkehr von der Wirtschaftsorientierung bedeutet. Die durch Baustellen, Witterungs- und Materialprobleme sowie Personal-mangel hervorgerufenen vielen Verspätungen und Ausfälle seien evident. Im Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung sei für den Eisenbahnbereich offenbar als Antwort darauf „eine sinnvolle Maximierung des Verkehrs statt einer Maximierung des Gewinns“ verabredet worden mit dem Ziel einer Verdoppelung der Fahrgastzahlen und Gütermengen bis 2030. Nach Auffassung des Referenten könnten jedenfalls – neben der erforderlichen Erhöhung des öffentlichen Mitteleinsatzes für Kapazitätssteigerungen im System Schiene – öffentliche Mittel vermehrt als Steuerungselement für Verkehrsmengenwachstum bzw. -verlagerung und Qualitätsverbesserung eingesetzt werden. Ferner setze eine verkehrs- und kapazitätsschonende Betriebsführung der Infrastruktur einen Mitteleinsatz voraus, der vermehrt volkswirtschaftliche und gesamtverkehrliche Wirkungen in den Blick nähme. Anschließend wurden die gemischten ersten Erfahrungen mit den Instrumentarien des neuen Regulierungsrechts seit 2016 ausführlich dargestellt.

Der Referent zog ein vorsichtiges Fazit. Die Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur hätten sich schon in den vergangenen Jahren erweitert. Die Behörde könne Verwaltungsakte mit direkten Zwangswirkungen erlassen und – wo diese nicht aussichtsreich seien – auch öffentlich-rechtliche Verträge abschließen oder auf Selbstverpflichtungen hinwirken. Neben dem Dialog und der Beratung böten auch mit dem Markt abgestimmte Positionspapiere regulatorische Leitlinien. Beschlusskammerverfahren würden durch Beteiligung Drittbetroffener für deutlich mehr Transparenz des Behördenhandelns sorgen. Die Erwartungen an eine regulatorische Preisdämpfung hätten sich – abgesehen von marktsegmentspezifischen Adjustierungen – angesichts von Preissteigerungen oberhalb der Inflationsrate bisher hingegen nicht erfüllt. Die Regulierung habe aber durch die Einhegung der Preisentwicklung möglicherweise Schlimmeres verhindert. Den Preisanstieg regulatorisch generell dämpfen könne eine Preisobergrenzenregulierung in Zukunft jedenfalls dann, wenn die gesetzlich erlaubte Ausweitung der Obergrenze nicht oder nur maßvoll vorgenommen werde. Spürbare Preissenkungen wären allerdings eher von einer steigenden Unterstützung durch die öffentliche Hand abhängig. Abschließend sei festzuhalten, dass der politische Auftrag, der sich im Koalitionsvertrag manifestiert, in weiten Teilen schon deckungsgleich mit den Regulierungszielen (Zugang, Attraktivität der Schiene, Kostenorientierung, marktübliche Rendite, Verbraucherrechte) und der Regulierungsarbeit sei.

Ein klarer Mehrwert von Regulierung sei der Transparenzgewinn beim Infrastrukturzugang, die Sicherstellung von Diskriminierungsfreiheit und die Kontrolle der Kostenseite. Der politisch nunmehr gezeißelten „Gewinnmaximierung“ sei die Regulierung schon bisher entgegengetreten. Eine verbesserte Kapazitätsausnutzung könne sie in Zukunft sachgerecht begleiten.

2. Diskussion

Prof. Fehling eröffnete die Diskussion des Vortrages von Prof. Fetzer und forderte, über den Telekommunikationssektor hinauszublicken und aus anderen Wirtschaftssektoren zu lernen sei. Wettbewerb würde Innovationen fördern, aber kein flächendeckendes Angebot schaffen. Als Beispiel führte er die Investitionsbudgets aus dem Energierecht an. Er kritisierte, dass eine Ex-post-Missbrauchskontrolle zu aufwendig und nicht zielführend sei. Prof. Fetzer entgegnete, dass das Energierecht keine Antworten auf die Fragen des Telekommunikationsrechts geben könne. Als Stell-schrauben für eine Förderung des Ausbaus könne neben der Entgeltregulierung auch auf die Nachfragestimulation zurückgegriffen werden. Auf die Kritik in Bezug auf die Komplexität der Ex-post-Missbrauchskontrolle entgegnete er, dass gleiches für die Ex-ante-Regulierung gelte.

Prof. Bernd Holznagel (Münster) arbeitete den Widerspruch zwischen gewünschtem Infrastrukturwettbewerb und der Forderung nach höheren Bandbreiten heraus. Infrastrukturwettbewerb könne den zügigen Netzausbau in den ländlichen Regionen behindern. Ordnungspolitisch sei es daher hinnehmbar, wenn durch Open-Access-Verpflichtungen für Dienstewettbewerb gesorgt werde. Auch stellte er die Frage, wann mit einer Abschaltung des Kupfernetzes zu rechnen sei. Ein dauerhafter Parallelbetrieb von Kupfer- und Glasfasernetzen sei kaum sinnvoll. Ein Abschalttermin würde Anreize für Investitionen in die Glasfaser auslösen. Prof. Fetzer entgegnete, dass keine Verbraucherzentrierung des Regulierungsrechts gegeben sei. Vielmehr sei ein zu großer Fokus auf die Geschwindigkeit der Datenübertragung gelegt. Der Incumbent wolle zudem die Kupferkabel so lange wie möglich aktiv halten, sodass kein Ende der Nutzung in kurzer Zeit zu erwarten sei.

Prof. Schmidt-Preuß merkte an, dass eine Erhöhung der Eigenkapitalverzinsung nicht zwangsläufig zu aussichtsreichen Ergebnissen führen würde. Vielmehr sei über § 32 TKG bereits die Möglichkeit gegeben, leistungsspezifische Risiken zu berücksichtigen. Prof. Fetzer pflichtete bei,

dass eine Berücksichtigung *de lege lata* bereits möglich sei. Problematisch sei jedoch die Anwendbarkeit des bestehenden Rechtsrahmens.

Die Diskussion zum Vortrag von Prof. Kreuzer-Kirchhof eröffnete Prof. Kühling. Er skizzierte den Fall Hinkley Point, in dem die Europäische Kommission sehr großzügig Beihilfen für ein Atomkraftwerk gewährt worden habe, ohne die wettbewerblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt angemessen zu berücksichtigen. Wenn diese Genehmigungspraxis „Schule mache“, entstünde ein seltsames Missverhältnis zwischen hoch ausdifferenzierten, scharfen sekundärrechtlichen Vorgaben zur Schaffung von Wettbewerb mit dem vermeintlichen Zielvorgabe der Herstellung eines Binnenmarktes auf der einen und äußerst großzügigen EU-beihilfenrechtlichen Vorgaben, mit geringer Kraft zur Herstellung von Wettbewerb und Binnenmarkt, auf der anderen Seite.

Prof. Daniel Zimmer (Bonn) stellte die degressive Tendenz im Emissionszertifikatesystem heraus. Er klassifizierte die Erreichung des Zieles der Reduktion der Emissionen als Grund für den Handel und urteilte, dass hierfür ein geringerer Aufwand nötig gewesen sei, als ursprünglich erwo-gen. Prof. Kreuzer-Kirchhof pflichtete diesen Ausführungen bei.

Prof. Fehling stellte in Frage, ob ein Vorgehen auf europäischer Ebene in der Energiewende sinnvoll sei. Es werde grundsätzlich der kleinste gemeinsame Nenner gewählt und das Tempo für ein Vorgehen würde von den langsamsten Mitgliedstaaten bestimmt. Er warf die Frage auf, ob vor diesem Hintergrund nicht ein ambitioniertes nationalstaatliches Vorgehen zielführender sei. Darüber hinaus forderte er harte ordnungspolitische Maßnahmen mit technologischen Vorgaben. Der Emissionshandel allein reiche für die Bewerkstelligung der Energiewende nicht aus. Prof. Kreuzer-Kirchhof entgegnete, dass ein nationalstaatliches Handeln nicht sinnvoll sei. Vielmehr müsse global gegen den Klimawandel vorgegangen werden. Darüber hinaus skizzierte sie, dass es multiple Handlungsansätze gebe, die parallel zu verfolgen seien.

Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit wurde von Prof. Georg Hermes (Frankfurt) als große Herausforderung herausgestellt. Die Energiewende in Deutschland werde durch die erforderlichen Lieferungen von Atomstrom aus Frankreich und Kohle aus Polen konterkariert. Prof. Kreuzer-Kirchhof stellte fest, dass die Versorgungssicherheit in die Kompetenz des Staates falle und die Europäische Union insoweit nicht über Kompetenzen verfüge.

Nach Einschätzung von Prof. Burgi sei die Energiewende ein Thema, an dem die Europäische Union Einigkeit demonstrieren und sich fortentwickeln könne. Das EU-Beihilfenrecht sei kein Gestaltungsinstrument und Regulierung sei das Gegenteil des EU-beihilfenrechtlichen Ansatzes. Das

EU-Beihilfenrecht könne nur im Notfall herangezogen und nicht als Regelmaßnahmenpaket genutzt werden. Prof. Kreuter-Kirchhof stimmte den Ausführungen zu. Der weite EU-Beihilfenbegriff mache einen Rückgriff auf dieses Instrument möglich. Eigentlich sei jedoch die Sicherung des Wettbewerbs und nicht der Klimaschutz Primärziel des Beihilfenrechts.

Prof. Ludwigs warf die Frage auf, wie ein Handeln mit Hilfe von Durchführungsverordnungen gemäß Art. 109 AEUV ermöglicht werden könne. Darüber hinaus fragte er, wie die Ausführungen vor dem Hintergrund des Polen-Urteils haltbar seien. Prof. Kreuter-Kirchhof stellte klar, dass Durchführungsverordnungen nicht zu einer Rückdrängung des Primärrechts führen würden.

Nach Prof. Säcker sei ein Rückgriff auf Durchführungsverordnungen gemäß Art. 109 AEUV missbräuchlich. In Bezug auf die Energieversorgungssicherheit müsse europäisch gedacht werden. Prof. Kreuter-Kirchhof stellte daraufhin klar, dass Garant zwar der einzelne Nationalstaat sei, dies aber ein kooperatives Vorgehen verschiedener Staaten tendenziell nicht ausschließe.

Eine umfassendere Diskussion des Vortrags von Prof. Otte wurde aufgrund der fortgeschrittenen Zeit auf das anschließende Abendessen vertagt.

IV. Dinner speech

Das gemeinsame Abendessen leitete der Vorsitzende der Monopolkommission Prof. Achim Wambach (ZEW, Mannheim) mit seiner Dinner Speech zum Thema „Smarte Regulierung mit Marktdesign“ ein. Gleich zu Beginn nahm er vorweg, dass die Gestaltung spezifischer Märkte durch Marktdesign quasi als Allzweckwerkzeug dienen könne, um diversen Regulierungsherausforderungen beizukommen. Dies gelte in verschiedenen Bereichen der Netzwirtschaften gleichermaßen. So sei im Telekommunikationssektor durch Marktdesign eine smarte Frequenzvergabe möglich, die beispielsweise eine negative Versteigerung der Versorgung von weißen Flecken beinhalten könne oder eine Versteigerung von spezifischen Frequenzpaketen, die den Ausbau in weißen Flecken enthalten. Ein Aspekt des Marktdesigns im Bereich der Energieversorgung könne zum Beispiel ein Abschlag vom Netzentgelt als Wettbewerbsparameter zur Erfassung der Kosteneffizienz sein. Bezüglich des Eisenbahnmarktes stelle sich die Frage, ob das Ausschreibungsmodell, das im Schienenpersonennahverkehr bereits Wirkung zeige, auch auf den Fernverkehr übertragen werden könne. Auch ein Modell kombinatorischer Versteigerungen von Strecken sei hier denkbar. So-

gar im Bereich des PKW-Verkehrs sei es möglich, durch eine smarte Bepreisung von Engpässen – die Staumaut – zu einer effizienteren Nutzung des öffentlichen Gutes „Straße“ zu kommen.

V. Themenblock 3: Neue Sektoren im Internetzeitalter

1. Referate

Prof. Karl-Eberhard Hain (Köln) widmete sich in seinem Referat dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im Wettbewerb mit klassischen und neuen Mediendiensteanbietern. Wegen der Zunahme an privaten Medienanbietern stelle sich immer drängender die grundsätzliche Frage nach der Legitimation der Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und nach dessen Auftrag in verschiedenen Bereichen. Prof. Hain stellte zunächst wichtige Aspekte zur Stellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Auftragsbereich heraus. Der Funktionsumfang des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umfasse nicht nur eine Grundversorgung an Rundfunkinhalten, die innerhalb einer weitgehenden Programmautonomie ausgewählt werden könnten, sondern darüber hinaus auch die Erweiterung der publizistischen Vielfalt. Diese Funktionen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks würden laut des jüngsten Rundfunkurteils des Bundesverfassungsgerichts auch im Hinblick auf die gewandelte Medienordnung, die unter anderem Monopolisierungs- und Konzentrationstendenzen fördere, bestehen bleiben. Ausgestaltet werde die Reichweite des öffentlichen Sektors im Rundfunk durch das Rundfunkrecht der Länder und das unionale Beihilfenrecht. Allerdings würden auch das Kartell- und Lauterkeitsrecht in diese öffentlich-rechtliche Domäne vordringen. So hätte der BGH die Kündigung von Verträgen über Kabeleinspeiseentgelte durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung eingestuft, obwohl im Bereich der Must-Carry-Angebote eine Entgeltspflichtigkeit durch den Mitgliedstaat Deutschland nicht angeordnet sei und daher die Rundfunkanstalten aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Einspeiseentgelte nicht zahlen dürften. Außerdem sei auch der Streit um die Presseähnlichkeit einer Ausgabe der Tagesschau-App von den Wettbewerbs- und nicht den Verwaltungsgerichten entschieden worden. Dabei sei die grundsätzliche Anwendbarkeit ebenso fraglich wie das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung. Nachdenklich stimmte Prof. Hain zudem, dass sich die bzw. Teile der Länder aus Angst vor den möglichen Ergebnissen der anstehenden Landtagswahlen durch ihre aktuellen Reformbestrebungen durch eine Flexibilisierung und Indexierung

des Rundfunkbeitrags zunehmend aus der Verantwortung für die Konkretisierung des Rundfunkauftrags und die Beitragsermittlung ziehen würden. Er forderte abschließend mehr Eigeninitiative der öffentlich-rechtlichen Anstalten, sich von innen heraus zu reformieren und fokussieren.

Prof. Ralf Müller-Terpitz (Mannheim) beschäftigte sich in seinem anschließenden Referat ebenfalls mit dem Zusammenspiel aus sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Kartellrecht, allerdings in Bezug auf über das Internet erbrachte, offene Massenkommunikationsdienste. Es stelle sich die Frage, ob hier eine weitergehende sektorspezifische Regulierung erforderlich sei. De lege lata würden diese Dienste von den allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen adressiert sowie durch die unionale Missbrauchskontrolle. Sektorspezifisch würden die Dienste durch das Telemediengesetz gesteuert. Von der im Rundfunkstaatsvertrag verankerten Medienkonzentrationskontrolle würden die Dienste mangels Beteiligung an Rundfunkveranstaltungen derzeit allerdings nicht erfasst. Vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte um Fake-News, Filterblasen und die Möglichkeit der politischen Einflussnahme durch die Nutzer stelle sich nun die Frage, ob das de lege lata geltende Regulierungsregime ausreichend sei. Mit der 9. GWB-Novelle und dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz sei ein erster Schritt unternommen worden, onlinespezifische neue Herausforderungen steuerungswirksam zu adressieren. Sektorspezifisch werde derzeit außerdem über einen Medienstaatsvertrag diskutiert, der weitergehende Transparenzverpflichtungen und ein Diskriminierungsverbot enthalten solle. Dementsprechend wären die Diensteanbieter gezwungen, die zentralen Kriterien ihrer Algorithmen, die über den Zugang zu ihren Infrastrukturen entscheiden, offenzulegen. Darüber hinaus dürften journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote von Diensteanbietern in marktbeherrschenden Stellungen in ihrer Auffindbarkeit nicht diskriminiert werden. Diese sektorspezifischen Regulierungsbemühungen seien laut Prof. Müller-Terpitz zu befürworten, da das Kartellrecht in seiner rein ökonomischen Ausrichtung meinungsrelevante Belange nichtkommerzieller Nutzer nicht adressieren könne. Durch etwaige Transparenzvorschriften könne einer Informationsasymmetrie entgegen gewirkt werden und das Diskriminierungsverbot garantiere eine subjektivrechtliche Durchsetzbarkeit. Zwar handele es sich um experimentelle Regelungen, die aber als erste gesetzgeberische Handlungen im Hinblick auf die bestehenden Gefahrenlagen erforderlich seien. Prof. Dr. Müller-Terpitz forderte darüber hinaus Reformbemühungen im Bereich des Konzentrationsrechts.

2. Diskussion

Prof. Otte warf die Frage auf, ob eine Effizienzsteigerung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht schon vor Zeiten der AfD in der Diskussion gestanden hätte. Prof. Hain entgegnete, das sei richtig, indes richteten sich die Reformbestrebungen der Länder vor allem darauf, den Beitrag stabil und die Landesparlamente zunehmend aus Entscheidungen herauszuhalten. Prof. Fehling stellte die Frage, ob es unter Umständen einer gemeinsamen Plattform für private Medienanbieter und Rundfunkveranstalter bedürfe. Prof. Hain wandte ein, dass dies zu einem Branding Problem führen könne, da sich bereits jetzt zeige, dass Inhaltsangebote auf Drittplattformen nur mit eben jener Plattform, nicht aber mit den öffentlich-rechtlichen Inhalteanbietern in Verbindung gebracht würden. Außerdem wies Prof. Hain auf mögliche kartellrechtliche Probleme hin. Auch Prof. Müller-Terpitz betrachtete diese Idee kritisch. Seines Erachtens müsse nicht versucht werden, einen deutschen Global Player der Inhaltsproduktion aufzubauen, sondern vielmehr den Unternehmen Zugangsrechte zu den Inhalten eben jener – oftmals US-amerikanischer – Akteure zu verschaffen. Prof. Kühling monierte, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht länger hinter der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstecken dürfe, die ihm zwar umfassende Rechte einräume, aber kaum Pflichten auferlege. Die Anwendbarkeit des EU-Wettbewerbsrechts habe einen sinnvollen Beitrag dazu geleistet, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk auf seine Kernaufgaben besinne. Die daraus folgende strikte Mehrwertorientierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags müsse konsequent von den Rundfunkanstalten selbst angenommen und umgesetzt werden. Dazu sei auch eine weitere legislative Flankierung durch die Länder sinnvoll. Prof. Jörn Lüdemann (Rostock) pflichtete Prof. Kühling bei und betonte, dass das Wettbewerbsrecht durch eine grobe Kontrolle zumindest garantiere, dass sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht noch weiter ausdehne. Prof. Holznagel wandte ein, dass das Modell der deliberativen Demokratie heute weltweit unter Druck stehe. Er stellte zur Debatte, ob der Journalismus angesichts der neuen Herausforderungen – Stichwort: Abfluss der Werbeeinnahmen an die Internetunternehmen – insbesondere auf der lokalen Ebene verstärkt finanziell gefördert werden müsse. Prof. Müller-Terpitz entgegnete, dass ein grundsätzlich neues Modell seiner Einschätzung nach nicht erforderlich sei. Er plädierte allerdings für eine Verbesserung des alten. Gerade in seiner jüngsten Rundfunkentscheidung hätte das Bundesverfassungsgericht sein Rundfunkmodell überdenken sollen, da dieses nicht dem Zeitalter der Digitalisierung entspreche. Eine Schärfung des öffentlich-rechtlichen Rundfunk-

auftrags sei erforderlich, um programmliche Redundanzen zu den Privaten zu eliminieren. Prof. Hain entgegnete, dass diese – auch von Prof. Kühling geforderte – Mehrwertverpflichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bereits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt sei. Es habe niemals festgelegt, dass alle Rechte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks absolut und nicht abwägbar seien. Der Gesetzgeber hätte durchaus die Möglichkeit, Vorgaben zur Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags zu machen, würde diese aber nicht wahrnehmen. Das Systemversagen liege insofern bei den Ländern und den Anstalten, nicht aber beim Bundesverfassungsgericht. In diesem Zusammenhang räumte er ein, dass es nicht gänzlich falsch sei, dass die Wettbewerbsgerichte einen gewissen sinnvollen Einfluss haben. Auch Prof. Schweitzer betonte, dass genau deshalb das Wettbewerbsrecht anwendbar sein müsse.

VI. Themenblock 4: Neue Herausforderungen jenseits der Sektoren

1. Referate

Im vierten Themenblock: „Neue Herausforderungen jenseits der Sektoren“ sprach Prof. Rupprecht Podszun (Düsseldorf) zum Thema „Verbraucherschutz im Kartellrecht als neues Regulierungsrecht?“. Er stellte zunächst dar, dass der Verbraucherschutz von vielen Kartellrechtlern ungern gesehen werde, erst recht wenn das Bundeskartellamt, wie derzeit diskutiert, dafür zuständig werden würde. Die Thematik des Verbraucherschutzes gewinne aber wegen der Digitalisierung an Relevanz. Schleichwerbung werde einfacher und neue Angebote drängten auf den Markt. Zu klären sei, ob der Verbraucher in Fällen wie dem Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, die auch dem Verbraucher diene, oder bei Benutzung von unzulässigen AGB durch das Wettbewerbsrecht geschützt werden müsse, wie es in der Vergangenheit geschehen sei. Den Terminus „Verbraucherschutzrecht“ halte er begrifflich für falsch. Es handele sich schlicht um Verbraucherrecht als Außenrecht der Unternehmen. Als „wirtschaftliches Verbraucherrecht“ würden vor allem das UWG und das AGB-Recht dienen. Mit Blick auf eine mögliche Durchsetzung durch eine Behörde hielt der Referent zwei Fragen für relevant: Zunächst müsse festgestellt werden, ob es Defizite in der privaten Rechtsdurchsetzung gebe. Zweitens sei zu erläutern, ob eine behördliche Durchsetzung der Verbraucherrechte durch das Bundeskartellamt, oder auch die Bundesnetzagentur, notwendig und zielführend sei. Dabei funktioniere die Operationalisierung materiell-rechtlicher Standards zumindest im UWG schon gut. Das Durchsetzungs-

regime im Verbraucherrecht sei bisher überwiegend privatrechtlich und biete durchaus Möglichkeiten, dem Verbraucherrecht ohne einen Rückgriff auf eine Kartellbehörde zur Geltung zu verhelfen. Die Verbraucher- und Wirtschaftsverbände würden den Anspruch auf Unterlassung eines Fehlverhaltens mittels Abmahnung und entsprechender Anträge durchsetzen. Allerdings stoße diese Rechtsdurchsetzung an ihre Grenzen, die dem Zivilprozess immanent seien. Schon jetzt werde in bestimmten Fällen Regulierungsbehörden die Erhebung eines Bußgeldes zum Schutz der Verbraucher gestattet. Insgesamt erziele die Rechtsdurchsetzung durch das UWG und das AGB-Recht keine hinreichende Breitenwirkung. Für dieses Problem gäbe es zwei Lösungsansätze: Die eine Gruppe verfolge eine Stärkung kollektiver Instrumente wie der Musterfeststellungsklage. Die andere Gruppe befürworte ein stärkeres Einbinden von und erweiterte Eingriffsbefugnisse für Behörden. Im Wege eines „Regulatory Mix“ sei ein Zusammenspiel von privaten und öffentlich-rechtlichen Instrumenten zur Rechtsdurchsetzung angedacht. Insofern könnte nach Ansicht des Referenten – zusätzlich zu den Befugnissen, die durch die 9. GWB-Novelle bereits eingeführt wurden – die Zulassung der Allgemeinverbindlicherklärung von behördlichen Entscheidungen die Breitenwirkung vergrößern. Weitere Verbesserungen böten die Einführung einer behördlichen Folgenbeseitigung, neue Anspruchsberechtigte bei der Gewinnabschöpfung oder auch eine Ko-Regulierung. Schwierigkeiten könnten sich insoweit aber aus dem Spannungsverhältnis zwischen der privaten und der behördlichen Rechtsdurchsetzung ergeben. Die nach Verbraucherrechtsgesichtspunkten zu bewertenden Fälle hätten wohl einen geringeren Umfang und weniger einschneidende Konsequenzen als die sonstigen Fälle des BKartA. Es bestehe die Gefahr, dass relativ geringfügigere Verstöße in Anbetracht des Sanktionsregimes des Kartellrechts zu hart geahndet werden und die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt werde. Eher nicht gegeben sei die Gefahr negativer Feedback-Effekte, die es in beiden Richtungen geben werde, sodass es insgesamt nicht zu gravierenden Verschiebungen kommen werde. Abschließend wies Prof. Podszun darauf hin, dass eine stärkere behördliche Einbindung bei der Durchsetzung von Verbraucherrechten durch die EU ohnehin kommen werde. Durch die CPC-VO, die gerade überarbeitet worden sei und in der Zukunft die behördlichen Befugnisse zum Schutz von Verbrauchern stark erweitere, entstünde eine europäische Sogwirkung, der sich Deutschland kaum entziehen könne.

Prof. Thorsten Kingreen (Regensburg) thematisierte in seinem anschließenden Referat das Zusammenspiel von Regulierung und Wettbewerb auf Gesundheitsmärkten. Grundlage des Gesundheitssystems sei neben der Gewährleistung eines Schutzes in Krankheitsfällen als eine der Grundaufga-

ben des Staates das duale Krankenversicherungssystem aus gesetzlichen und privaten Krankenkassen. Zunächst sei festzustellen, dass es wegen des feststehenden Leistungskatalogs nicht zu einem leistungsrechtlichen Wettbewerb komme. Zwischen den gesetzlichen Krankenkassen bestünde aufgrund der divergierenden Zusatzbeiträge und den bei der Erhöhung eingeräumten Sonderkündigungsfristen allerdings ein funktionierender Wettbewerb. Das Wettbewerbsrecht sei, weil Krankenkassen nicht als Unternehmen einzustufen seien, aber nur eingeschränkt anwendbar, beispielsweise innerhalb der Fusionskontrolle. Bei den privaten Krankenkassen sei kein vergleichbar funktionierender Wettbewerb zu verzeichnen. Es bestehe allenfalls ein Wettbewerb um Neu-, nicht aber um Bestandskunden, da Rückstellungen nur teilweise portabel seien. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob das duale Krankenversicherungssystem überhaupt sinnvoll sei. Im Leistungserbringungsrecht sei zwischen der ärztlichen und der nichtärztlichen Leistungserbringung zu unterscheiden. Die ärztliche Leistungserbringung werde durch ein korporatistisches Verhandlungssystem bestimmt, weshalb insbesondere Qualitätswettbewerb ausgeschlossen werde und ein Legitimationsproblem entstehe. Weder das Kartell- noch das Vergaberecht seien hier anwendbar. Die nichtärztliche Leistungserbringung sei hingegen durch einzelvertragliche Zugangs- und Aushandlungsregime geprägt. Das Kartell- und Vergaberecht seien hier teilweise anwendbar.

2. Diskussion

Zu Beginn der sich anschließenden Diskussion stimmte Prof. Wolf zunächst Prof. Podszun zu, dass es sich beim UWG in der Konsequenz um Verbraucherrecht handele. Er sehe im Rahmen der Digitalisierung Durchsetzungsdefizite. Besonders problematisch und zentral sei in diesem Zusammenhang die Funktionsweise von Algorithmen. Durch die lange Tradition des Zivilprozessrechts sei durchaus einiges erreicht worden, es sei aber im Rahmen dieses Verfahrens fast unmöglich, eine marktbeherrschende Stellung und den Missbrauch einer solchen sauber darzulegen. Hier bleibe meist nur die Verweisung auf diesbezügliche Verwaltungsentscheidungen, weshalb es behördlicher Verfahren in diesem Bereich schon für die zivilrechtliche Durchsetzung dringend bedürfe. Prof. Wolf zufolge sollte hier in Zukunft das Bundeskartellamt zuständig sein. Die Gefahr einer Beschäftigung des Bundeskartellamtes mit zu „kleinen“ Fällen sehe er nicht, weil es zur Behandlung eines Falles nicht gezwungen werden könne. Prof. Kühling schloss sich der letzteren Einschätzung von Prof.

Wolf an. Man könne darauf vertrauen, dass das Bundeskartellamt nur relativ gewichtige Fälle überhaupt aufgreife. Bedenklich seien eher Gefahren durch negative Spill-over-Effekte. Problematisch sei, dass das Verbraucherrecht populistischer sei und attraktiver wirke als das klassische Wettbewerbsrecht. Prof. Kühling fragte, welche Instrumente der Referent sehe, um solchen Gefahren entgegenzuwirken. Schließlich wies Prof. Holznapel darauf hin, dass doch die nach dem Vortrag des Referenten nötig werdende Digitalagentur eine sektorspezifische Behörde zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs darstelle. Prof. Podszun schloss sich der Ansicht von Prof. Wolf grundsätzlich an und betonte, dass die Debatte letztlich auf einer politischen Ebene stattfinde. Die Frage sei, ob man eine neue Behörde mit sektorspezifischem Zuschnitt wolle oder nicht. Er persönlich bevorzuge das Setzen auf eine etablierte Behörde mit Erfahrung wie es das Bundeskartellamt sei, oder auch die Bundesnetzagentur. Im Endeffekt handele es sich um ein sehr politisches Problem. Bezüglich einer Betrauung des Bundeskartellamts mit der Durchsetzung auch des Verbraucherrechts im Wettbewerb müsse man institutionelle Vorkehrungen treffen. Das sei jedoch durch Chinese Walls zwischen den verschiedenen Abteilungen und eine genaue Ressourcen- wie Fallzuweisung gut machbar. In anderen Ländern sei eine solche Strukturierung von Behörden schon umgesetzt. Wichtig sei es, zu verhindern, dass – wie im Fall Facebook – einfach das Rechtsgebiet gewechselt und der Fall dort wieder neu aufgerollt werde, wenn nicht das gewünschte Ergebnis erzielt werde. Ausdrücklich nicht einverstanden zeigte sich Prof. Podszun mit der Auffassung der Professoren Kühling und Wolf, dass das Aufgreifermessen des Bundeskartellamts als Sicherungsmechanismus für die Verhältnismäßigkeit ausreiche und verwies auf den Fall Intel. Ob und wie ein Fall von einer Kartellbehörde aufgenommen werde, hänge stark von Zufällen ab. Er würde insofern der Behörde nicht vertrauen und plädierte für die Schaffung eines Instruments zur Sicherung, dass das Bundeskartellamt nicht in „lächerlichen“ Fällen tätig werde.

Prof. Kühling gab in Bezug auf Prof. Kingreens Vortrag zu bedenken, dass ein Qualitätswettbewerb und marktliche Prozesse seiner Meinung nach im Leistungserbringungsbereich durchaus vorhanden seien. Krankenhäuser würden nach seiner Einschätzung unter einem zu weitgehenden Effizienzdruck leiden, sodass dort unter Umständen Qualitätsdefizite aufgrund eines Regulierungsdefizits vorliegen könnten. Prof. Kingreen betonte daraufhin, dass der Reformbedarf zwar im Wesentlichen tatsächlich auf den Versicherungsmärkten und nicht auf dem Leistungserbringungsmarkt bestünde, betonte allerdings, dass ein Wettbewerb auf dem Leistungserbringungsmarkt allenfalls durch eine „anekdotische Evidenz“ ent-

stünde. Zwar stelle die unterschiedliche Qualität der ärztlichen Behandlung, die oftmals allerdings nicht einmal zuverlässig beurteilt werden könne, zu einem gewissen Ausmaß eine Wettbewerbssituation her, allerdings gäbe es keine – weitaus relevantere – Preissteuerung. Es bestünde hier ein Marktmachtproblem, da niemand von dem beliebten Verhandlungsmodell abweichen wollen würde. Bei steuerfinanzierten Krankenversicherungsmodellen entstehe Wettbewerb zumindest auf den Zusatzversicherungsmärkten. Dies sei in Deutschland aber nicht der Fall, da weitgehend alle Leistungen abgedeckt würden. Prof. Fehling wandte ein, ob das Wettbewerbsrecht im Gesundheitssektor nicht per se schon nur eine viel geringere Rolle als sonst spielen könne, da die menschenwürdige Versorgung als oberstes Ziel immer vorrangig sei. Seines Erachtens solle primär die Versorgungssicherung im Vordergrund stehen.

VII. Mitgliederversammlung

Bei der von Prof. Kühling geleiteten Mitgliederversammlung wurde Prof. Mohr einstimmig in den Vorstand der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht gewählt.² Prof. Torsten Körber (Köln) scheidet zwar turnusgemäß aus dem Vorstand aus, betreut aber weiterhin die Webseite der Vereinigung. Prof. Kühling trat als Veranstalter des diesjährigen Symposiums an die Position des geschäftsführenden Vorstandes. Die Mitglieder verständigten sich weiterhin darauf, sich künftig im Zweijahresturnus zu treffen. Außerdem soll künftig ein Tagungsbeitrag erhoben werden, sollte es nicht zu einer weiteren Förderung durch die Thyssen Stiftung kommen. Die nächste Tagung wird Prof. Zimmer in Bonn ausrichten.

2 Der Vorstand der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht besteht somit aktuell aus folgenden Mitgliedern: Prof. Andreas Fuchs, Prof. Jürgen Kühling, Prof. Markus Ludwigs, Prof. Jochen Mohr, Prof. Matthias Ruffert und Prof. Daniel Zimmer.