

Kriterien für eine Gestaltung des Übergangs vom sektorspezifischen Regulierungsrecht in das allgemeine Kartellrecht

Pascal Schumacher, Münster

I. Historische Umwälzungsprozesse: Vom Wirtschaftsverwaltungs- zum Regulierungsrecht

1. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht und seine behördliche Umsetzung haben in den letzten Jahrzehnten einen grundlegenden Wandel durchlaufen. Nach den schlechten Erfahrungen mit der staatlichen Wirtschafts-„Führung“ im Nationalsozialismus verfolgte die neu gegründete Bundesrepublik in ihren ersten Jahren das Konzept einer bloßen Staatsaufsicht. Schon bald zeigte sich allerdings, dass sich das Ideal einer vollständig gesetzesgebundenen Verwaltung nicht verwirklichen ließ. Um auf unvorhersehbare Ereignisse reagieren zu können, wurde intensiv über die Zulässigkeit von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen diskutiert.

2. Nicht nur aufgrund von Blockaden der aufkommenden Umweltbewegung bei der Ansiedlung umweltgefährdender Großprojekte gerieten behördliche Entscheidungsabläufe in den 1970er und 80er Jahren verstärkt in Widerspruch zu Investitionsinteressen der Wirtschaft. Dadurch verlagerte sich der Fokus des Wirtschaftsverwaltungsrechts zunehmend hin zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung von Verwaltungsverfahren. Mit Hilfe neuer Instrumente wie den „Sternverfahren“ oder der Einschaltung von Projektmanagern sollte dem Beschleunigungsziel Rechnung getragen werden, ohne die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu beeinträchtigen.

3. Einen Paradigmenwechsel hat das Wirtschaftsverwaltungsrecht schließlich durch die Liberalisierung und Privatisierung wichtiger Bereiche der herkömmlichen Daseinsvorsorge erfahren. Mitte der 1990er Jahre wurden der Telekommunikations-, Post-, Eisenbahn- und Energiesektor für den Markt geöffnet. Der Staat zog sich zunehmend vom Erfüllungsstaat auf die Rolle eines Gewährleistungsstaates zurück. Die sektorspezifische Regulierung wurde dabei zum modernen Instrument der Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige.

II. Gegenwartsdiskussion: Verhältnis von Regulierungsrecht und Kartellrecht

4. Trotz seiner politischen Bedeutung bleibt das Regulierungsrecht im Gefüge des Wirtschaftsverwaltungsrechts konzeptionell gleichwohl ein Ausnahmeregime. Sowohl das deutsche als auch das europäische Recht sehen für die Ordnung von Märkten im Grundsatz eine Regelung über das weniger eingriffsintensive allgemeine Wettbewerbsrecht vor.

5. Dies rechtfertigt sich rechtswissenschaftlich aus dem Grundrechtsschutz der Marktteilnehmer und ökonomisch aus marktwirtschaftlichen Effizienz- und Wohlfahrtsbetrachtungen. Bisher setzt der Staat nur bei Märkten, die

aus traditionell staatlichen Infrastruktursektoren hervorgehen, eine sektorspezifische Regulierung ein, um seiner Aufgabe der Daseinsvorsorge gerecht zu werden und insbesondere ausreichenden Konkurrenten- und Verbraucherschutz sicherzustellen.

6. Mit fortschreitender Entwicklung von Märkten und Technik kann die Rechtfertigung für die extensiven Regulierungsbefugnisse aber entfallen bzw. sich modifizieren. An die Stelle sektorspezifischer Regime tritt unter dem Schlagwort der Deregulierung dann die Wettbewerbsaufsicht nach dem GWB. Die institutionelle Zuständigkeit wechselt von der Bundesnetzagentur (BNetzA) zum Bundeskartellamt (BKartA). Wissenschaft und Politik stehen vor der Herausforderung neue Wege zu finden, die Märkte auf angemessene Weise aus dem strengeren Regulierungsregime in das allgemeine Wettbewerbsrecht zu entlassen, ohne die gesamtstaatlichen Errungenschaften der Regulierung preiszugeben.

1. Telekommunikationswirtschaft

a. Ausgangslage

7. Die sektorspezifische Regulierung der Telekommunikationsmärkte war von Beginn an auf Zeit angelegt. Ihre Notwendigkeit entfällt, sobald ein TK-Markt nachhaltig wettbewerbsorientiert ist. Eine Reform des TKG im Jahre 2002 hat hierzu die strukturellen Voraussetzungen geschaffen.

8. Die Telekommunikationsregulierung hat durch asymmetrische Maßnahmen und die Schaffung von Investitionsanreizen für Newcomer bedeutende Erfolge bei der netzwirtschaftlichen Wettbewerbssituation in Ballungszentren erreicht. Dies gilt aber bei weitem nicht für alle TK-Märkte. Bei der Breitband-Internetversorgung im ländlichen Raum ist der Versorgungsgrad bspw. derart defizitär, dass sogar eine befristete Monopolduldung als wirtschaftlicher Anreiz im Gespräch steht. Ähnlich ist die Situation bei dem investitionsintensiven Aufbau von „NextGeneration-Networks“.

b. Stand der rechtlichen Deregulierungsdiskussion

9. In Bezug auf den Übergang geeigneter TK-Märkte in das allgemeine Kartellrecht dominieren zwei Aspekte die Diskussion. Von einer Seite wird bemängelt, dass die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit gem. § 10 Abs. 2 TKG (sog. Drei-Kriterien-Test) lediglich cursorisch durchgeführt wird. Unzureichend geprüft werde insbesondere das Kriterium der Insuffizienz des Wettbewerbsrechts, sodass es zu einer Zementierung der Regulierung komme. Andere Stimmen halten das Kartellrecht dagegen bei der Verfolgung von missbräuchlichen Verhaltensweisen für weniger effizient als die Ex-Post-Regulierung nach dem TKG.

10. Zur Auflösung der identifizierten Unzulänglichkeiten werden verschiedene Vorschläge diskutiert: Eine Extremposition hält das GWB für hinreichend geeignet, nahezu alle Marktstörungen zu domestizieren. TK-

Märkte seien daher frühzeitig in das allgemeine Kartellrecht zu überführen. Demgegenüber schlagen andere Stimmen vor, anstatt einen Markt unmittelbar in das GWB zu entlassen, solle zu-nächst eine Missbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des TKG durchgeführt werden, die auch auf nicht regulierungsbedürftigen Telekommunikationsmärkten Anwendung findet. Vorgeschlagen wird drittens, dass die Missbrauchsaufsicht zwar institutionell bei der BNetzA verbleibt, diese aber Wettbewerbsrecht anwendet. Schließlich sei sie für die Missbrauchsaufsicht im Bereich der Telekommunikation die sachnähere Behörde. Relativ neu in der Diskussion ist der vierte Vorschlag, dass die Anwendung von Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht sowie die institutionelle Zuordnung der Aufsicht mithilfe einer sog. „ladder of remedies“ vorgenommen wird.

c. Neuer Vorschlag: „ladder of remedies“

11. Die „ladder of remedies“ entspringt dem stärker ökonomisch fundierten Ansatz der Zuordnung von Regulierungskompetenzen und -instrumenten. Ein TK-Markt durchläuft bis zur endgültigen Deregulierung eine Stufenentwicklung von der Ex-Ante-Regulierung über die Ex-Post-Regulierung durch die BNetzA bis zur Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden. Dabei gibt es sowohl klare Zuordnungen von wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen und Instrumenten als auch eine gewisse Grauzone, in der diese Relationen nicht so eindeutig sind.

12. Eindeutig ist die Situation erstens, wenn Marktversagen die Regel ist. In einem solchen Markt ist eine Ex-Ante-Regulierung durch die BNetzA erforderlich. Ebenso eindeutig ist die Situation zweitens, wenn eine ungestörte Marktlage im Grundsatz vorliegt und nur temporäre Störungen des Marktgleichgewichts auftreten. Hier gibt es keine Regulierungsbedürftigkeit, gegebenenfalls auftretende Wettbewerbsprobleme können mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts durch die Kartellbehörden gelöst werden. Zwischen diesen beiden Polen gibt es gewisse Grauzone, in denen die Vorteilhaftigkeit der anzuwendenden Rechtsmaterie und die institutionelle Zuordnung nicht eindeutig ist.

13. In solchen Grauzonen plädiert der „ladder of remedies“-Ansatz in materiell-rechtlicher Hinsicht dafür, die einzusetzenden Instrumente an einer Rechtsfolgenbetrachtung auszurichten. Dem Einsatz eines differenzierten Ex-Post-Instrumentariums (ggf. in Kombination mit Ex-Ante-Verpflichtungen) sei insbesondere dann der Vorzug vor Ex-Ante-Remedies zu geben, wenn keine irreparablen Schäden zu befürchten sind, wenn sich die Missbräuche nicht häufen oder sie ohne weiteres feststellbar sind. Institutionell sollen in Grauzonenfällen die BNetzA und das BKartA einvernehmlich über die Zuständigkeit entscheiden.

14. In theoretischer Hinsicht bietet die „ladder of remedies“ unabweisbare Vorteile. Dies gilt insbesondere für die Anregung, bei der Frage nach dem einzusetzenden Instrumentenarsenal auf ein stärker ökonomisch orientiertes Konzept (sog. more economic approach) zurückzugreifen.

Dadurch werden differenzierte Lösungsansätze für die breite Palette von Störungslagen ermöglicht. Bei der Umsetzung in die Praxis ist die Aussage zur einvernehmlichen Aufgabenteilung zwischen BNetzA und BKartA indes nicht unproblematisch. Hier wird es entscheidend darauf ankommen, einen modus operandi zu finden, der eine reibungslose Kooperation zwischen den Behörden ermöglicht.

2. Energiewirtschaft

15. In der Energiewirtschaft ist die Regulierung des Netzbetriebs aufgrund struktureller Besonderheiten grundsätzlich nicht auf Zeit angelegt. Ein (schrittweiser) Ausstieg aus der Regulierung zugunsten des allgemeinen Kartellrechts kommt hier auf absehbare Zeit nicht in Betracht. Eine Ausnahme kann im Gassektor in begrenztem Umfang für vorgelagerte Rohrleitungsnetze, Speicheranlagen und Fernleitungsnetze gelten, die tatsächlichem oder potentiell dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Ferner bieten die von der BNetzA vorgesehenen Phasen der Anreizregulierung einen energiewirtschaftsspezifischen Deregulierungsansatz.

3. Postwirtschaft

16. Im Postrecht sind die Instrumente der Ex-Ante-Regulierung wie im TKG nur auf Zeit angelegt. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum PostG sollen sie nur solange aufrechterhalten werden, wie auf den relevanten Märkten noch kein funktionsfähiger Wettbewerb hergestellt ist. Allerdings ist ein Übertritt in das Regime des GWB nach der Systematik der Postregulierung nicht vorgesehen. Damit fehlt konzeptionell ein wesentlicher Schritt auf dem Weg zur Rückführung der Postmärkte in den allgemeinen Wettbewerbsbereich. Angesichts fehlender Wettbewerbsdynamik ist dies gegenwärtig im wirtschaftlich dominanten Briefmarkt allerdings noch nicht akut.

III. Fazit und Ausblick

17. Aus heutiger Sicht ist eine ständige Anpassung des Instrumentenbaukastens an die spezifische Marktlage eines Infrastrukturmarktes sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch aus ökonomischer Sicht essentiell. Im TK-Recht bietet der „ladder of remedies“-Ansatz dazu theoretisch fundierte und sachgerechte Kriterien. Im Energie- und Postrecht ist der Ansatz ebenfalls punktuell geeignet, die Auswahl des Regulierungsinstrumentariums zu verbessern. Allerdings müssen seine Aussagen hier entsprechend den vorherrschenden Marktbesonderheiten angepasst werden. So ist im Energierecht ein Abbau der Ex-Ante-Befugnisse aufgrund der Eigenart der Netze als natürliche Monopole nur sehr begrenzt möglich. Der Postsektor verfügt über eine strukturelle Ähnlichkeit zum TK-Sektor, sodass eine Rückführung theoretisch möglich wäre. Allerdings ist die aktuelle Wettbewerbssituation hier noch weit von einem möglichen Rückbau der Regulierung entfernt.

18. Bei einem Blick in die Zukunft stellt die globale Finanzmarktkrise das Regulierungsrecht vor neue Herausforderungen. Nachdem die Wirtschaftsregulierung zur Öffnung der Märkte eingesetzt wurde, muss sie jetzt dabei helfen, das Ordnungsgefüge der Finanzmärkte wiederherzustellen. Die staatlichen Eingriffe nehmen dabei in vielen europäischen Ländern ein bislang unvorstellbares Ausmaß an. Zusätzlich wird sich der Staat für die Stabilisierung der Realwirtschaft in einer bisher nicht gekannten Größenordnung verschulden und dadurch auch zukünftige Generationen in die Pflicht nehmen müssen. Damit ist eine neue Zeitenwende in der Wirtschaftsregulierung eingeleitet, die eine andere „Philosophie“ und neue Instrumente hervorbringen wird.