

# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis .....	XXXV
Materialienverzeichnis.....	LVII
<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
Kapitel 1: Ausgangslage .....	3
Kapitel 2: Forschungsgegenstand, Fragestellungen und Methodik.....	13
Kapitel 3: Forschungsziel .....	17
<b>Teil 1: Grundlagen .....</b>	<b>19</b>
Kapitel 1: Übersicht .....	21
Kapitel 2: Infrastruktur .....	23
Kapitel 3: Grundversorgung mit Infrastrukturen .....	35
Kapitel 4: Wettbewerb in Infrastrukturmärkten .....	71
Kapitel 5: Fazit.....	107
<b>Teil 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht .....</b>	<b>113</b>
Kapitel 1: Übersicht .....	115
Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht als Sammelbegriff und Querschnittsmaterie...	119
Kapitel 3: Wirtschaftsfreiheit.....	125
Kapitel 4: Kartellrecht .....	157
Kapitel 5: Sektorregulierungsrecht.....	191
Kapitel 6: Internationales Recht .....	277
Kapitel 7: Fazit.....	293
<b>Teil 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht .....</b>	<b>295</b>
Kapitel 1: Übersicht .....	297
Kapitel 2: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....	299

Kapitel 3: Abgrenzungsregeln.....	309
Kapitel 4: Praxis und Lehrmeinungen zum Verhältnis von Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....	331
Kapitel 5: Fazit.....	375
<b>Teil 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung .....</b>	<b>381</b>
Kapitel 1: Übersicht .....	383
Kapitel 2: Grundlagen.....	387
Kapitel 3: Vorgaben des Verfassungsrechts.....	411
Kapitel 4: Vorgaben des Kartellrechts.....	425
Kapitel 5: Vorgaben des Sektorregulierungsrechts .....	455
Kapitel 6: Verhältnis zwischen Vorgaben des Verfassungs-, Kartell- und Sektorregulierungsrechts .....	547
Kapitel 7: Fazit.....	561
<b>Zusammenfassung und Beantwortung der Fragen .....</b>	<b>573</b>
Kapitel 1: Grundlagen.....	575
Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht.....	583
Kapitel 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht .....	599
Kapitel 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung.....	609

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis .....	XXXV
Materialienverzeichnis.....	LVII
<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>Kapitel 1: Ausgangslage .....</b>	<b>3</b>
<b>Kapitel 2: Forschungsgegenstand, Fragestellungen und Methodik .....</b>	<b>13</b>
<b>Kapitel 3: Forschungsziel.....</b>	<b>17</b>
<b>Teil 1: Grundlagen .....</b>	<b>19</b>
<b>Kapitel 1: Übersicht .....</b>	<b>21</b>
<b>Kapitel 2: Infrastruktur .....</b>	<b>23</b>
I.    Infrastrukturbegriff.....	23
II.    Daten als Infrastruktur .....	25
III.    Infrastrukturgebundene Dienste .....	28
IV.    Infrastrukturnetze .....	29
V.    Netzebenen.....	31
VI.    Wertschöpfungsstufen.....	32
<b>Kapitel 3: Grundversorgung mit Infrastrukturen.....</b>	<b>35</b>
I.    Infrastruktur als meritorisches Gut .....	35
II.    Grundversorgungsbegriff.....	36
III.    Infrastruktur als öffentliche (Grundversorgungs-)Aufgabe (?).....	39
1.    Bedeutung der Qualifikation als öffentliche Aufgabe .....	39
2.    Begriff der öffentlichen Aufgabe.....	40

3. Energie.....	44
A. Strom .....	44
B. Gas.....	50
4. Wasser .....	54
5. Kommunikation.....	56
A. Post .....	56
B. Telekommunikation.....	59
6. Verkehr .....	61
A. Eisenbahn .....	61
B. Luftfahrt.....	65
7. Fazit.....	67
IV. Grundversorgung im Monopol oder in Konkurrenz bzw. im Wettbewerb.....	68
 <b>Kapitel 4: Wettbewerb in Infrastrukturmärkten .....</b>	<b>71</b>
I. Öffnung der Infrastrukturmärkte .....	71
II. Wettbewerbsbegriff und -funktionen.....	72
III. Arten des Wettbewerbs im Infrastrukturbereich .....	73
1. Infrastruktur- und Dienstewettbewerb.....	73
2. Wettbewerb um den Markt und im Markt sowie zwischen Märkten .....	76
3. Intramodaler und intermodaler Wettbewerb.....	78
IV. Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Infrastrukturbereich.....	79
1. Ökonomisch bedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung .....	80
A. Infrastruktur als öffentliches Gut? .....	80
B. Infrastruktur(netz) als kaum bestreitbares natürliches Monopol.....	82
C. Externalitäten.....	87
D. Informationsdefizite.....	89
2. Strukturell bedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung .....	90
3. Staatlich bedingte oder bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen.....	93
A. Staatliche Wettbewerbseingriffe zur Verwirklichung von öffentlichen Interessen.....	93
B. Wettbewerbsverzerrungen infolge Staatsnähe bzw. staatliche Marktteilnahme.....	97
a Staatliche Marktteilnahme.....	97
b Ursachen und Folgen von Wettbewerbsverzerrungen infolge von Staatsnähe bzw. staatlicher Marktteilnahme.....	98
4. Durch Markakteure bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen .....	104

<b>Kapitel 5: Fazit.....</b>	<b>107</b>
I. Spannungsverhältnis zwischen Grundversorgung und Wettbewerb.....	107
II. Spannungsverhältnis zwischen «wenig Staat» und «viel Staat» .....	109
III. Infrastrukturwettbewerbsrecht zum Schutz des Wettbewerbs im Infrastrukturbereich.....	110
 <b>Teil 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht .....</b>	<b>113</b>
<b>Kapitel 1: Übersicht.....</b>	<b>115</b>
<b>Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht als Sammelbegriff und Querschnittsmaterie.....</b>	<b>119</b>
I. Begriff und Gegenstand des Infrastrukturwettbewerbsrechts.....	119
II. Querschnittsmaterie .....	121
III. Divergente Konvergenz zwischen den verschiedenen Erlassen.....	122
 <b>Kapitel 3: Wirtschaftsfreiheit .....</b>	<b>125</b>
I. Wirtschaftsfreiheit als Ordnungsprinzip.....	126
1. Sozialverpflichtete marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung .....	126
2. Pfeiler der Wirtschaftsordnung.....	127
3. Staatsfreie Wirtschaftsordnung (?).....	130
4. Vorgaben für die staatliche Wirtschaftstätigkeit.....	131
5. Günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft .....	136
6. Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	136
II. Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht.....	137
1. Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung von Infrastrukturunternehmen...	138
A. Grundregel.....	138
B. Grundrechtsverpflichtung (-adressaten) .....	139
C. Grundrechtsberechtigung (-träger).....	144
D. Fazit .....	148
2. Sachlicher Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.....	149
3. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit .....	151
4. Wirtschaftsfreiheit als Regulierungsschranke .....	154
 <b>Kapitel 4: Kartellrecht.....</b>	<b>157</b>
I. Ziel: Wirksamer Wettbewerb.....	157
II. Geltungsbereich .....	159

1. Persönlicher Geltungsbereich.....	159
A. Unternehmen im Sinne des KG.....	159
B. Teilnahme am Wirtschaftsprozess .....	163
C. Fallbeispiele.....	167
D. Fazit .....	168
2. Sachlicher Geltungsbereich.....	168
3. Räumlicher Geltungsbereich.....	169
4. Vorbehaltene Vorschriften .....	169
III. Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	169
1. Übersicht .....	169
2. Die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG als Instrument zur Wettbewerbsförderung .....	170
A. Marktbeherrschung bzw. relative Marktmacht.....	170
B. Missbrauch .....	174
3. Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	178
4. Instrumente in Bezug auf Daten im Speziellen.....	183
IV. Durchsetzung .....	189
<b>Kapitel 5: Sektorregulierungsrecht .....</b>	<b>191</b>
I. Energie .....	191
1. Verfassungsgrundlage.....	191
2. Strom .....	194
A. Ziel: Wettbewerb .....	194
a Vor Inkrafttreten des StromVG: Kantonale und kommunale Gebietsmonopole.....	194
b Liberalisierungsbestrebungen im Strommarkt .....	195
c «Wilde Markttöffnung» durch das Kartellrecht.....	196
d Teilliberalisierung durch das StromVG .....	197
e Wettbewerb als Ziel und Mittel des StromVG (?).....	200
f Zielkonflikte und Steuerungsdefizite des StromVG .....	203
B. Geltungsbereich.....	205
C. Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	206
D. Durchsetzung.....	210
3. Gas.....	212
A. Ziel: Wettbewerb .....	212

B.	Geltungsbereich.....	214
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	215
D.	Durchsetzung.....	219
II.	Wasser .....	220
1.	Verfassungsgrundlage.....	220
2.	Fehlender Wettbewerb im Wassersektor .....	221
III.	Kommunikation .....	224
1.	Verfassungsgrundlage.....	224
2.	Post .....	226
A.	Ziel: Wettbewerb .....	226
B.	Geltungsbereich.....	229
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	231
D.	Durchsetzung.....	233
3.	Telekommunikation.....	235
A.	Mittel und Ziel: Wettbewerb.....	235
B.	Geltungsbereich.....	238
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	238
D.	Durchsetzung.....	242
IV.	(Schienen-)Verkehr .....	243
1.	Verfassungsgrundlage.....	243
2.	Ziel: Wettbewerb .....	245
3.	Geltungsbereich.....	249
4.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	250
5.	Durchsetzung.....	253
V.	Daten .....	256
1.	Verfassungsgrundlage.....	256
2.	Ziel: Wettbewerb .....	258
3.	Geltungsbereich.....	263
4.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung .....	265
5.	Durchsetzung.....	268
6.	Exkurs: Regulierung von Datenzugang und -nutzung in der EU.....	268
<b>Kapitel 6: Internationales Recht.....</b>		<b>277</b>
I.	Energie .....	279
II.	Wasser .....	285

III.	Kommunikation .....	286
IV.	Verkehr .....	289
	<b>Kapitel 7: Fazit.....</b>	<b>293</b>
	<b>Teil 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht .....</b>	<b>295</b>
	<b>Kapitel 1: Übersicht.....</b>	<b>297</b>
	<b>Kapitel 2: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....</b>	<b>299</b>
I.	Ökonomische Rechtfertigung und Zielsetzung.....	299
II.	Marktschaffende vs. marktschützende Funktion.....	301
III.	Ex-ante- vs. Ex-post-Regulierung .....	304
IV.	Arbeitsweise und Organisation der Behörden.....	305
V.	Durchsetzungsinstrumente.....	307
	<b>Kapitel 3: Abgrenzungsregeln .....</b>	<b>309</b>
I.	Allgemeine Kollisionsnormen.....	309
II.	Kollisionsnormen des Kartellrechts .....	312
1.	Vorbehaltene Vorschriften .....	312
A.	Regulatorische Wettbewerbsbeschränkungen .....	312
B.	Tatbestände .....	316
C.	Rechtsfolgen.....	321
2.	Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse.....	321
III.	Kollisionsnormen des Sektorregulierungsrechts.....	326
1.	Explizite Kollisionsnormen.....	326
2.	Impliziter Ausschluss durch den Gesetzgeber.....	327
	<b>Kapitel 4: Praxis und Lehrmeinungen zum Verhältnis von Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....</b>	<b>331</b>
I.	Übersicht .....	331
II.	Energie .....	332
1.	Strom.....	332
A.	Vor Inkrafttreten des StromVG: Zugangsverweigerung als Missbrauch i.S.v. Art. 7 KG .....	332
B.	Nach Inkrafttreten des StromVG (erste Markttöffnungsetappe): Teilweiser Ausschluss des KG durch das StromVG.....	334

a	Übersicht.....	334
b	Netznutzung.....	335
c	Energielieferung .....	337
C.	Fazit.....	341
2.	Gas.....	344
A.	Vor allfälligem Inkrafttreten des EGasVG: Zugangsverweigerung als Missbrauch i.S.v. Art. 7 KG .....	344
B.	Nach allfälligem Inkrafttreten des EGasVG: Teilweiser Ausschluss des KG durch das EGasVG .....	346
C.	Fazit .....	348
III.	Kommunikation .....	349
1.	Post .....	349
A.	PG begründet (höchstens) im Bereich der reservierten Dienste einen Vorbehalt i.S.v. KG 3 I.....	349
B.	Kein absoluter Vorbehalt im Monopolbereich.....	350
C.	Fazit .....	351
2.	Telekommunikation.....	352
A.	Teilweise unterschiedliche Konzeption und Wirkungsweise von KG und FMG .....	352
B.	FMG begründet keinen Vorbehalt i.S.v. KG 3 I .....	353
C.	Ergänzung und nicht Ausschluss des KG durch die Bestimmungen des FMG .....	354
D.	Spezialität des FMG betr. Öffnung der letzten Meile trotz grds. paralleler Anwendbarkeit.....	354
E.	Auslegung im Sinne eines Gesamtsystems .....	356
F.	Ausschluss des KG infolge einer impliziten Anordnung .....	358
G.	Fazit .....	361
IV.	Verkehr .....	363
1.	PBG begründet einen (beschränkten) Vorbehalt i.S.v. KG 3 I im Bereich des Personenverkehrs .....	363
A.	Personenbeförderungsregal .....	363
B.	Bestelltes Angebot und Grundpflichten.....	364
C.	Vertrieb von Tickets im öffentlichen Verkehr.....	365
D.	Fazit .....	365
2.	Keine Anwendung des KG auf den Netzzugang.....	366

A. Kompetenzen der SKE und WEKO im Bereich der Wettbewerbsaufsicht.....	366
B. Explizite Kollisionsnorm im EBG.....	368
C. Fazit .....	372
<b>Kapitel 5: Fazit.....</b>	<b>375</b>
I. Klare Abgrenzungsregeln bzw. -methoden zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen.....	375
II. Grundsatz: Parallele Anwendbarkeit .....	376
III. Ausnahme: Vorbehalt i.S.v. KG 3 I .....	376
IV. Ausschluss des KG durch den Gesetzgeber der Sektorregulierung .....	377
V. Gegenseitige Berücksichtigung .....	379
<b>Teil 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung .....</b>	<b>381</b>
<b>Kapitel 1: Übersicht.....</b>	<b>383</b>
<b>Kapitel 2: Grundlagen .....</b>	<b>387</b>
I. (Ökonomischer) Beurteilungsrahmen zur Bestimmung des Entflechtungsbedarfs ..	387
1. Ökonomische Rechtfertigung von Entflechtungsvorgaben.....	387
2. Grundvoraussetzung: Marktversagen.....	388
A. Stabile monopolistische Engpässe als Quelle von Marktversagen.....	388
B. Weitere Quellen von Marktversagen .....	390
3. Kriterien zur Bestimmung des Entflechtungsinstruments/-modells.....	393
II. Entflechtungsobjekt .....	396
1. Vertikale und horizontale Entflechtung .....	396
2. Disaggregierter Entflechtungsansatz .....	396
III. Entflechtungsformen.....	397
1. Übersicht .....	397
2. Angebotsseitige Entflechtung.....	399
3. Finanzielle Entflechtung.....	401
4. Informationelle Entflechtung.....	404
5. Funktionale Entflechtung .....	406
6. Gesellschaftsrechtliche Entflechtung .....	407
7. Eigentumsrechtliche Entflechtung.....	409

<b>Kapitel 3: Vorgaben des Verfassungsrechts.....</b>	<b>411</b>
I. Entflechtungsgebot.....	411
1. Übersicht .....	411
2. Finanzielle Entflechtung.....	413
3. Informationelle Entflechtung.....	414
4. Funktionale, gesellschafts- und eigentumsrechtliche Entflechtung .....	416
5. Fazit.....	417
II. Entflechtungsverbot .....	418
1. Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie.....	418
2. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs .....	420
A. Gesetzliche Grundlage.....	420
B. Öffentliches Interesse .....	421
C. Verhältnismässigkeit.....	422
<b>Kapitel 4: Vorgaben des Kartellrechts .....</b>	<b>425</b>
I. Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG .....	425
1. Angebotsseitige Entflechtung.....	425
2. Informationelle Entflechtung.....	430
3. Finanzielle Entflechtung.....	436
4. Funktionale Entflechtung .....	440
5. Gesellschafts- oder eigentumsrechtliche Entflechtung .....	441
II. Fusionskontrolle des Art. 10 KG .....	441
III. Rechtsvergleich.....	446
1. Vereinigte Staaten von Amerika.....	446
2. Europäische Union, insb. Deutschland .....	448
IV. Grenzen der kartellrechtlichen Vorgaben .....	452
<b>Kapitel 5: Vorgaben des Sektorregulierungsrechts .....</b>	<b>455</b>
I. Energie .....	455
1. Schweiz .....	455
A. Strom .....	456
a. Entflechtung des «Netzbetriebs» .....	456
b. Verteilnetze .....	459
i. informationelle Entflechtung .....	459
ii. finanzielle Entflechtung .....	468

iii. (Keine) funktionale oder gesellschaftsrechtliche Entflechtung .....	476
iv. Durchsetzung der Entflechtungsvorgaben .....	478
c Übertragungsnetz.....	479
B. Gas.....	485
2. Rechtsvergleich .....	490
A. Erste Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas.....	490
B. Zweite Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas.....	491
C. Dritte Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas .....	492
a Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetze .....	492
b Verteilnetze.....	496
D. Vergleich mit den Schweizer Entflechtungsvorgaben .....	498
3. Würdigung.....	499
II. Wasser .....	504
1. Schweiz .....	504
2. Rechtsvergleich .....	506
3. Würdigung.....	506
III. Kommunikation .....	507
1. Schweiz .....	507
A. Post .....	507
i. Starke Verflechtungen im Postwesen sowie inkonsequente funktionale und gesellschaftsrechtliche Entflechtung .....	507
ii. Keine informationelle Entflechtung .....	514
iii. Inkonsequente finanzielle Entflechtung.....	514
iv. (Ungenügende) Durchsetzung der finanziellen Entflechtung.....	516
B. Telekommunikation.....	518
2. Rechtsvergleich .....	520
A. Post .....	520
B. Telekommunikation.....	521
3. Würdigung.....	524
A. Post .....	524
B. Telekommunikation.....	525
IV. (Schienen-)Verkehr .....	527
1. Schweiz .....	527
A. (Schienen-)Verkehr.....	527
B. Mobilitätsdaten.....	533

2.	Rechtsvergleich .....	534
3.	Fazit und Würdigung.....	538
V.	Daten .....	540
1.	Schweiz .....	540
2.	Rechtsvergleich .....	542
3.	Fazit und Würdigung.....	543
VI.	Sektorenvergleich.....	543
<b>Kapitel 6: Verhältnis zwischen Vorgaben des Verfassungs-, Kartell- und Sektorregulierungsrechts .....</b> 547		
I.	Übersicht .....	547
II.	Energie .....	548
III.	Kommunikation .....	551
1.	Post.....	551
2.	Telekommunikation.....	554
IV.	(Schienen-)Verkehr .....	556
V.	Daten .....	557
VI.	Thesen zum Verhältnis zwischen kartell- und sektorrechtlichen Entflechtungsvorgaben.....	557
<b>Kapitel 7: Fazit.....</b> 561		
I.	Disaggregierte Bestimmung des Entflechtungsobjekts.....	561
II.	Sektorweise Bestimmung des Entflechtungsbedarfs .....	562
III.	Sektorübergreifende Entflechtungsvorgaben .....	563
IV.	Chancen und Risiken von Entflechtungsmassnahmen.....	565
V.	Finanzielle, informationelle und funktionale Entflechtung als Mindeststandard.....	569
VI.	Grundlegende Entflechtungsbestimmungen im horizontal geltenden Recht .....	570
<b>Zusammenfassung und Beantwortung der Fragen .....</b> 573		
<b>Kapitel 1: Grundlagen .....</b> 575		
<b>Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht.....</b> 583		
<b>Kapitel 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....</b> 599		
<b>Kapitel 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung .....</b> 609		