

Inhaltsübersicht

| | |
|------------------------------|-------|
| Vorwort..... | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| Abkürzungsverzeichnis..... | XXIII |
| Literaturverzeichnis | XXXV |
| Materialienverzeichnis | LVII |

Einleitung..... 1

| | |
|--|----|
| Kapitel 1: Ausgangslage..... | 3 |
| Kapitel 2: Forschungsgegenstand, Fragestellungen und Methodik..... | 13 |
| Kapitel 3: Forschungsziel | 17 |

Teil 1: Grundlagen 19

| | |
|--|-----|
| Kapitel 1: Übersicht | 21 |
| Kapitel 2: Infrastruktur | 23 |
| Kapitel 3: Grundversorgung mit Infrastrukturen | 35 |
| Kapitel 4: Wettbewerb in Infrastrukturmärkten | 71 |
| Kapitel 5: Fazit..... | 107 |

Teil 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht 113

| | |
|---|-----|
| 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 |

Teil 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht 295

| | |
|--|-----|
| 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

Teil 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung381

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

Zusammenfassung und Beantwortung der Fragen573

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

MaterialienverzeichnisLVII

Einleitung..... 1

Kapitel 1: Ausgangslage 3

Kapitel 2: Forschungsgegenstand, Fragestellungen und Methodik 13

Kapitel 3: Forschungsziel 17

Teil 1: Grundlagen 19

Kapitel 1: Übersicht..... 21

Kapitel 2: Infrastruktur 23

I. Infrastrukturbegriff..... 23

II. Daten als Infrastruktur 25

III. Infrastrukturgebundene Dienste 28

IV. Infrastrukturnetze 29

V. Netzebenen..... 31

VI. Wertschöpfungsstufen..... 32

Kapitel 3: Grundversorgung mit Infrastrukturen..... 35

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

- Kapitel 4: Wettbewerb in Infrastrukturmärkten 71**
- 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 Marktakteure bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen..... 104

| | |
|--|------------|
| Kapitel 5: Fazit..... | 107 |
| 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 |
| Teil 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht | 113 |
| Kapitel 1: Übersicht..... | 115 |
| Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht als Sammelbegriff und Querschnittsmaterie..... | 119 |
| I. Begriff und Gegenstand des Infrastrukturwettbewerbsrechts..... | 119 |
| II. Querschnittsmaterie | 121 |
| III. Divergente Konvergenz zwischen den verschiedenen Erlassen | 122 |
| Kapitel 3: Wirtschaftsfreiheit | 125 |
| 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 |
| Kapitel 4: Kartellrecht..... | 157 |
| 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 |
| Kapitel 5: Sektorregulierungsrecht..... | | 191 |
| 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 Marktöffnung» 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 |
| | Kapitel 6: Internationales Recht..... | 277 |
| I. | Energie | 279 |
| II. | Wasser | 285 |

| | |
|---|------------|
| III. Kommunikation | 286 |
| IV. Verkehr | 289 |
| Kapitel 7: Fazit..... | 293 |
| Teil 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht | 295 |
| Kapitel 1: Übersicht..... | 297 |
| Kapitel 2: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Kartell- und Sektorregulierungsrecht | 299 |
| 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 |
| Kapitel 3: Abgrenzungsregeln | 309 |
| 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 |
| Kapitel 4: Praxis und Lehrmeinungen zum Verhältnis von Kartell- und Sektorregulierungsrecht | 331 |
| 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 Marktöffnungsetappe): 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 |
| Kapitel 5: | Fazit | 375 |
| 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 |
| Teil 4: | Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung | 381 |
| Kapitel 1: | Übersicht | 383 |
| Kapitel 2: | Grundlagen | 387 |
| 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 |

| | |
|---|------------|
| Kapitel 3: Vorgaben des Verfassungsrechts..... | 411 |
| 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 |
| Kapitel 4: Vorgaben des Kartellrechts | 425 |
| 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 |
| Kapitel 5: Vorgaben des Sektorregulierungsrechts | 455 |
| 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 |
| Kapitel 6: Verhältnis zwischen Vorgaben des Verfassungs-, Kartell- und Sektorregulierungsrechts | 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 |
| Kapitel 7: Fazit | 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 |
| Zusammenfassung und Beantwortung der Fragen | 573 |
| Kapitel 1: Grundlagen | 575 |
| Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht | 583 |
| Kapitel 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht | 599 |
| Kapitel 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung | 609 |