

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	27
A. Problemstellung und Untersuchungsfrage	27
B. Gang der Untersuchung	29
1. Kapitel: Infrastrukturmonopole, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	33
A. Infrastrukturmonopole	33
I. Die zu untersuchenden Infrastrukturbereiche	33
II. Die „natürliche“ Monopolstellung von Infrastruktureinrichtungen	36
B. Wettbewerbs- und Regulierungsrecht im Infrastrukturbereich – ein kurzer Abriss	40
I. Begriff des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	40
1. Wettbewerb und Wettbewerbsrecht	41
a. Wettbewerbsbegriff und Funktionen des Wettbewerbs	41
b. Wettbewerbsrecht	44
aa. Wettbewerbsrecht – ein Oberbegriff	44
bb. Ziel und Zweck des Wettbewerbsrechts	46
2. Regulierung und Regulierungsrecht	47
a. Allgemeine Begriffsbestimmung	47
b. Anknüpfung an Ziel und Zweck der Regulierung	48
aa. Schaffung von Wettbewerb	49
bb. Erfüllung des Gewährleistungsauftrages	50
c. Abschließende Bewertung des Begriffs der Regulierung und des Regulierungsrechts	52
II. Rechtlicher Rahmen	53
1. Wettbewerbsrecht	53

a. Auf europäischer Ebene	53
b. Auf nationaler Ebene	55
2. Regulierungsrecht	57
a. Auf europäischer Ebene	57
b. Auf nationaler Ebene	69
III. Instrumente des Wettbewerbs- und Regulierungsrechts	69
1. Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts	70
2. Instrumente des Regulierungsrechts	73
IV. Kritische Würdigung	76

2. Kapitel: Parallele Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auf nationaler Ebene?	79
A. Das Verhältnis des EnWG zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	79
I. Historische Betrachtung des Verhältnisses von GWB zum EnWG	79
II. § 111 EnWG und das Verhältnis von EnWG und GWB	86
1. Durchbrechung der grundsätzlich parallelen Anwendung	86
2. Wirkung des § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG – Art und Weise des Vorrangs	87
3. Ausdrücklich abschließende Regelungen – § 111 Abs. 2 EnWG	90
a. 3. Teil des EnWG als abschließende Regelungen	91
aa. Anwendungsbereich der Netzregulierungsvorschriften des EnWG	91
bb. Fraglicher Lex-specialis-Charakter der gesamten Vorschriften des 3. Teils	93
cc. Insbesondere: § 30 EnWG als Spezialvorschrift	95
(1) Adressaten und -qualität des § 30 EnWG	95
(2) Missbrauchstatbestände im Vergleich zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht des GWB	96
(3) Eingriffsbefugnisse nach § 30 Abs. 2 EnWG	97
(4) Systematische Stellung des § 30 EnWG	98

(5) § 30 EnWG ist lex specialis zu der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach dem GWB – Schlussfolgerung zu § 111 EnWG	98
dd. Verhältnis zu § 29 GWB	99
ee. Zwischenfazit: Weitreichender Verweis des § 111 Abs. 2 EnWG ist nachvollziehbar	101
b. Einschränkung der Anwendbarkeit der Netzregulierungsvorschriften durch die §§ 110 und 28a EnWG und die Relevanz für das Verhältnis zur Anwendung der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	102
aa. Geschlossene Verteilernetze gem. § 110 Abs. 1 EnWG	102
bb. Neue Infrastrukturen nach § 28a EnWG	103
c. Aufgrund des 3. Teils erlassene Rechtsverordnungen .	104
d. Folge: EnWG und Rechtsverordnung als lex specialis	106
III. Bestätigende Vorschrift – § 185 Abs. 3 GWB	106
IV. Vorschriften über die Zusammenarbeit der Behörden	108
V. Gesetzesmaterialien	110
VI. EnWG als Sonderkartellrecht	111
VII. Verbleibende Zuständigkeit der Kartellbehörden nach den Vorschriften des GWB	112
1. § 1 GWB im Verhältnis zum EnWG	114
2. §§ 35 ff. GWB im Verhältnis zum EnWG	115
3. Anwendung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach den §§ 19 ff. GWB im Energiesektor	115
a. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Rahmen der Universaldienstleitungen nach § 36 EnWG	116
b. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Rahmen der Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG	119
c. Rolle des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB im Bereich des EnWG	120
VIII. Fazit zum Verhältnis des EnWG zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	121

B. Das Verhältnis des TKG zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	123
I. Parallele Anwendung oder Vorrang des TKG?	124
1. Der Wortlaut des § 2 Abs. 4 TKG als Ausgangspunkt	125
a. Grundsätzlich parallele Anwendung von TKG und GWB	125
b. „Ausdrücklich“ im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG	126
c. Zwischenfazit: Durchbrechung der grundsätzlich parallelen Anwendung ist möglich	134
2. Ein systematischer Vergleich	134
a. Vergleich mit § 111 EnWG	135
b. Vergleich mit § 185 GWB	139
c. Vergleich mit § 123 TKG	141
d. Kritische Würdigung	145
3. Gesetzesmaterialien	146
a. Gesetzesbegründung zum TKG	146
b. Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB a. F. (= § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB)	149
c. Kritische Würdigung: Gesetzesmaterialien sprechen für Vorrang des TKG	151
4. Bestehen einer eigenen (besonderen) Behörde	151
5. Die Sonderkartellrechtsstellung des TKG	153
6. § 10 TKG und das Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	157
a. Wortlaut des § 10 Abs. 2 Satz 1 letzter HS. TKG	159
b. Hintergrund des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG	161
c. Sinn und Zweck des § 10 Abs. 2 Satz 1 letzter HS. TKG ...	164
aa. Eindämmung der Regulierung unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit	164
bb. Abbau des Regulierungsrechts im TK-Sektor	165
cc. Effizienz der Marktkontrolle	169
d. Gesetzesbegründung zu § 10 TKG	172
e. Erstreckung auch auf die Ex-post-Kontrolle nach den §§ 28, 42 TKG?	173
f. Kritische Würdigung: Tendenz zum Vorrang des TKG im Bereich der Marktregulierung	174

7. Zwischenfazit: Vorrangwirkung zugunsten des TKG	177
II. Wirkung des § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG – Art und Weise des Vorrangs	178
III. Abschließende Regelungen und verbleibende Zuständigkeit der Kartellbehörden	181
1. Unberührte Behördenzuständigkeit im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 2 TKG	182
2. „Abschließende Regelungen“ im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG	183
a. § 1 GWB im Verhältnis zum TKG	186
b. §§ 35 ff. GWB im Verhältnis zum TKG	187
c. §§ 19 f. GWB im Verhältnis zum TKG	188
aa. §§ 19 f. GWB im Verhältnis zu § 42 TKG	188
(1) Die Generalklausel des § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG im Vergleich zu § 19 Abs. 1 GWB	189
(a) Adressaten	189
(b) Adressatenqualität – beträchtliche Marktmacht vs. marktbeherrschende Stellung	190
(2) Regelbeispiele und Vermutungstatbestände des § 42 TKG im Vergleich zu den §§ 19 f. GWB	191
(3) Zwischenfazit: § 42 TKG ist gegenüber den §§ 19 f. GWB abschließend	192
(4) Anwendungsbereich des § 42 TKG und Reichweite des Ausschlusses der §§ 19 f. GWB	193
(a) Anwendbarkeit auf die Netzzugangsregulierung	193
(aa) Das Diskriminierungsverbot gem. § 19 TKG	194
(bb) Die Anordnungen nach § 25 i. V. m. §§ 18, 21 TKG	195
(b) Anwendbarkeit auf die Entgeltregulierung	199
(c) Anwendbarkeit im Endnutzerbereich	200

(5) Zwischenfazit zu § 42 TKG	201
bb. §§ 19 f. GWB im Verhältnis zu § 28 TKG	202
(1) Vergleich der Normstrukturen	203
(2) Das Verhältnis zu § 42 TKG	204
(3) Keine generelle Spezialität des § 28 TKG gegenüber § 19 GWB? – Das Fehlen der beträchtlichen Marktmacht	205
(a) Verweisung über die §§ 30 Abs. 2 Nr. 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG auf § 28 TKG (Entgelte im Rahmen der Verpflichtung nach § 18 TKG)	205
(b) Verweisung über die §§ 39 Abs. 2, 38 Abs. 2 bis 4 und §§ 39 Abs. 3 Satz 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG (Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen)	208
(c) Verweisung über die §§ 46 Abs. 5 Satz 3 TKG, 38 Abs. 2 bis 4 TKG (Entgelte im Rahmen einer Rufnummerübernahme bei Anbieterwechsel)	209
(d) Verweisung über die §§ 47 Abs. 4, 38 Abs. 2 bis 4, 28 TKG (Entgelte für die Überlassung von Teilnehmerdaten)	210
(4) Zwischenfazit zum § 28 TKG	211
cc. Ist der gesamte Teil 2 des TKG als abschließende Regelung zu qualifizieren?	211
(1) Ist die Ex-ante-Regulierung abschließend im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG?	213
(a) Netzzugangsregulierung	213
(b) Entgeltregulierung	216
(aa) Gesetzesmaterialien zur Ex-ante- Genehmigung von Entgelten	216
(bb) Entgeltgenehmigung als abschließende Regelung im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG?	217

(2) Zwischenfazit: Abgeschlossenheit des 2. Teils durch Ausstrahlungswirkung der §§ 28 und 42 TKG	221
dd. Verbleibender Anwendungsbereich der §§ 19 f. GWB im Rahmen des TKG	222
3. Verbleibende Zuständigkeit der Kartellbehörden nach den Vorschriften des GWB	224
IV. Fazit zum Verhältnis des TKG zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	224
C. Verhältnis des Eisenbahnregulierungsrechts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	226
I. Das Verhältnis von AEG a. F. und allgemeinem Wettbewerbsrecht	228
1. § 14b Abs. 2 AEG a. F. in Bezug auf die Anwendung materiellen Rechts	230
a. Wortlaut, Sinn und Zweck des § 14b Abs. 2 Satz 1 AEG a. F.	230
b. Systematik	234
aa. Sektorübergreifender Vergleich mit den Kollisionsregelungen aus EnWG und TKG	234
bb. § 12 Abs. 7 AEG a. F. – Ist eine ausdrückliche Anordnung erforderlich?	236
cc. Vorschriften zur Kooperation und gegenseitigen Information – Aussagegehalt der Sätze 2 bis 4 des § 14b Abs. 2 AEG a. F.	238
dd. Vergleich mit § 185 Abs. 3 GWB	242
c. Gesetzesmaterialien	242
d. Zwischenfazit	247
2. Anwendung anderer Maßstäbe zur Bestimmung des Verhältnisses von AEG a. F. und GWB	248
a. Allgemeine Kollisionsregelungen	249
aa. § 1 GWB im Verhältnis zum AEG a. F.	249
bb. §§ 35 ff. GWB im Verhältnis zum AEG a. F.	249
cc. §§ 19 f. GWB im Verhältnis zum AEG a. F.	250

(1) Netzzugangsregulierung; § 14 Abs. 1 AEG a. F.	251
(a) Adressaten des § 14 Abs. 1 AEG a. F. im Vergleich zum GWB	251
(b) Struktur des § 14 Abs. 1 AEG a. F. im Vergleich zu § 19 GWB – Diskriminierung als Spezialfall des Missbrauchs	253
(c) Folgen eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 AEG a. F.	256
(d) Zwischenfazit: § 14 Abs. 1 AEG a. F. ist lex specialis	262
(2) Entgeltregulierung	263
(a) § 14 Abs. 4 AEG a. F. – Nutzungsentgelte für Schienenwege	263
(aa) Primat des Vertrages	264
(bb) Keine klassische Ex-ante-Kontrolle .	264
(cc) Zwischenfazit: § 14 Abs. 4 AEG a. F. ist nicht lex specialis	267
(b) § 14 Abs. 5 AEG a. F. – Nutzungsentgelte für Serviceeinrichtungen	268
(aa) § 14 Abs. 5 AEG a. F.: Missbräuchliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten	270
(bb) Vergleich mit § 28 TKG	273
(cc) Konkretisierungen nach § 24 EIBV	274
(dd) Kein Verbotsgesetzcharakter	275
(ee) Zwischenfazit: § 14 Abs. 5 AEG a. F. ist lex specialis	275
(3) Weitere Lex-Specialis-Vorschriften	275
b. „Abschließende Regelungen“ im AEG a. F.	280
aa. § 14 Abs. 4 AEG a. F. als „abschließende Regelung“	281
(1) Primat des Vertrages	281
(2) Inhaltliche Anforderungen an das Schienenwegnutzungsentgelt	282

(a) Diskriminierungsfreies Entgelt nach dem Grundsatz des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG a. F.	283
(b) Inhaltliche Vorgaben des § 14 Abs. 4 AEG a. F.	283
(aa) Entgelt-Berechnungsmaßstab	283
(bb) Spezielle Regelungen bzgl. Entgeltvorgaben nach § 14 Abs. 4 Satz 2 bis 3 AEG a. F. und den §§ 21 ff. EIBV	286
(3) Kein Verbotsgesetz	290
(4) Keine Ex-ante-Kontrolle	291
bb. Zwischenfazit: Entgeltregulierung für die Nutzung von Schienenwegen ist abschließend gegenüber den §§ 19 f. GWB	291
3. AEG a. F. als Sonderkartellrecht	292
4. Bestehen einer eigenen (besonderen) Behörde	294
5. Zwischenergebnis: AEG a. F. ist partiell vorrangig gegenüber dem GWB	294
II. Übertragung auf das Eisenbahnregulierungsrecht (ERegG)	295
1. Das Fehlen einer gesetzlich fixierten Kollisionsregelung	298
a. Der gescheiterte Entwurf einer gesetzlich fixierten Kollisionsregelung in § 2 Abs. 2 ERegG-E	299
b. Unberührte Zuständigkeit nach § 9 Abs. 3 BEVVG (= § 14b Abs. 2 AEG a. F.)	303
c. Beteiligung des BKartA nach dem ERegG und dem BEVVG	304
2. Übertragbarkeit der Ansätze zum AEG a. F. auf das ERegG	305
a. §§ 1, 35 ff. GWB im Verhältnis zum ERegG	306
b. §§ 19 f. GWB im Verhältnis zum ERegG	306
aa. Netzzugangsregulierung	307
(1) Primat des Vertrages	308
(2) Zugangsmodalitäten	309
bb. Entgeltregulierung	310
(1) Regulierung der Entgelte für Schienenwege	310

(a) Diskriminierungsfreiheit	311
(b) Entgeltmaßstab und Regelungen zur Ausgestaltung des Entgelts	311
(aa) Grundsatz der Vollkostendeckung ..	311
(bb) Etablierung eines Anreizregulierungssystems	312
(cc) Weitere besondere Bestimmungen ..	313
(c) Entgeltgrundsätze	314
(d) Ex-ante-Entgeltgenehmigung	314
(aa) Adressaten des Entgeltgenehmigungsverfahrens	315
(bb) Maßstab der Entgeltgenehmigung ...	315
(cc) Verfahren der Entgeltgenehmigung	316
(dd) Folgen der Entgeltgenehmigung	317
(e) Zwischenfazit und kritische Würdigung: Entgeltregulierung für Schienenwege ist abschließend	323
(2) Regulierung der Entgelte für Serviceeinrichtungen	324
(a) Vergleichbarkeit mit § 14 Abs. 5 AEG a. F.	324
(b) Ex-ante-Entgeltgenehmigung	326
(aa) Adressaten des Genehmigungsverfahrens	326
(bb) Maßstab der Entgeltgenehmigung ...	327
(cc) Verfahren der Entgeltgenehmigung	327
(dd) Folgen der Genehmigung	327
(c) Entgelte für Zusatz- und Nebenleistungen	328
(d) Zwischenfazit: Entgeltregulierung für Serviceeinrichtungen bleibt lex specialis ..	328
3. Verbleibende Zuständigkeit der Kartellbehörden nach den Vorschriften des GWB	329
III. Gesamtergebnis zum Verhältnis des Eisenbahnregulierungsrechts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	329

3. Kapitel: Parallele Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auf europäischer Ebene – Das Verhältnis des sektorspezifischen Regulierungsrechts zu Art. 102 AEUV	333
A. Grundsätzliche Anwendbarkeit der europäischen Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV in den Sektoren Energie, Telekommunikation und Eisenbahnen	333
I. Überschneidungen im Anwendungsbereich	333
1. Parallelen zu § 19 GWB	334
2. Abgrenzung zum nationalen Recht: Die Zwischenstaatlichkeitsklausel	335
3. Parallelen zum EnWG, TKG und ERegG	337
II. Der Anwendungsvorrang des Art. 102 AEUV im Konfliktfall	338
III. Die Umsetzung europäischer Richtlinien ins nationale Regulierungsrecht	344
B. Beeinflussung der Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV durch regulierungsrechtliche Maßgaben auf nationaler Ebene?	347
I. Ausschluss des unternehmerischen Entscheidungsspielraums durch nationales Regulierungsrecht?	348
1. Entscheidungsspielraum als ungeschriebene Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV ..	350
2. Ausschluss des Entscheidungsspielraums durch regulierungsrechtliche Ex-ante-Vorgaben?	354
a. Entscheidungsspielräume im Rahmen der Ex-ante- Netzzugangsregulierung	356
b. Entscheidungsspielräume in der Ex-ante- Entgeltregulierung	357
aa. Genehmigung von Entgeltobergrenzen	357
bb. Genehmigung eines bestimmten Entgeltes	358
(1) Price-Cap-Verfahren nach dem TKG	359
(2) Einzelgenehmigungsverfahren nach dem TKG	361
(3) Entgeltgenehmigung nach dem ERegG	361
cc. Anknüpfung an Antragstellung – Zeitpunkt der Einflussnahme	362

3. Ausschluss des Entscheidungsspielraums durch regulierungsrechtliche Ex-post-Vorgaben?	366
II. Keine Beeinflussung durch Vertrauensschutz	370
III. Keine Bindungswirkung regulierungsrechtlicher Entscheidungen	372
IV. Zwischenfazit: Keine maßgebliche Beeinflussung der Anwendbarkeit und tatsächlichen Anwendung des Art. 102 AEUV durch regulierungsrechtliche Entscheidungen auf nationaler Ebene	375
C. Die Anwendung des Art. 102 AEUV aus behördlicher Sicht – Zuständigkeiten, Befugnisse und tatsächliches Tätigwerden	375
I. Die Kommission	376
II. Die Kompetenz des BKartA nach § 50 GWB	377
III. Zusammenarbeit zwischen Kommission und BKartA bei der Durchsetzung des Art. 102 AEUV	380
IV. Praktische Subsidiarität der Zuständigkeit von Kommission und BKartA in der Anwendungspraxis von Art. 102 AEUV	383
1. Vorrang einräumung zugunsten des TKG durch die Kommission	383
2. Übertragbarkeit der praktischen Subsidiarität auf andere Sektoren?	385
3. Auswirkung auf die Handhabung durch das BKartA	387
4. Zwischenfazit und kritische Würdigung: Praktische Subsidiarität nur in der Theorie	388
V. Gremien, Agenturen und die Kooperationsvorschriften – wird ein Einschreiten auf der Grundlage des Art. 102 AEUV überflüssig?	389
1. Telekommunikationssektor	389
2. Energiesektor	393
3. Eisenbahnsektor	397
4. Zwischenfazit: Koordinierung, Zusammenarbeit und Angleichung als Maßnahme gegen divergierende Entscheidungen	399
D. Zusammenfassung des Verhältnisses des nationalen Regulierungsrechts zum Art. 102 AEUV	400

4. Kapitel: Gemeinsame Grundsätze der Regulierungsgesetze hinsichtlich der Frage nach der parallelen Anwendung von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht	403
I. Sektor- und rechtsebenenübergreifender Grundsatz: Parallele Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	404
II. Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der parallelen Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auf nationaler Ebene	405
1. Grundsatz: Forderung von (ausdrücklich) abschließenden Regelungen zur Begründung eines Vorrangverhältnisses zugunsten des Regulierungsrechts	405
2. Grundsatz: Partielle Spezialität im Bereich der Netzzugangs- und Entgeltregulierung	406
3. Grundsatz: Sektorspezifische Missbrauchsaufsicht schließt die Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht aus	407
4. Grundsatz: Regulierungsrecht ist Sonderkartellrecht	408
5. Grundsatz: Gleichrangige, aber keine doppelte Zuständigkeit von BKartA und BNetzA	408
III. Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der parallelen Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auf europäischer Ebene	409
1. Grundsätzliche Spielregeln für die Anwendung des Art. 102 AEUV auf die sektorspezifisch regulierten Bereiche	409
2. Keine Übertragbarkeit der Kollisionsregelungen der nationalen Ebene auf das Verhältnis von Regulierungsrecht zu Art. 102 AEUV	410
3. Grundsätzlich uneingeschränkte Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	411
4. Tendenz zur Zurückhaltung – Kommission in der Wächterrolle	411

Endergebnis und Ausblick: Es besteht (k)eine parallele Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auf Infrastrukturmonopole	413
Literaturverzeichnis	417