

# Inhaltsübersicht

Einführung	21
A. Problemstellung	21
B. Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes	24
C. Zielsetzung und Gang der Untersuchung	25
 1. Kapitel: Rechtliche und ökonomische Grundlagen	 27
A. Der Regulierungsbegriff	27
B. Die Regulierung der Netzwirtschaften	32
C. Die Überschneidungen von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Netzregulierungsrecht	43
D. Die jüngsten Reformen	49
E. Zusammenfassung	61
 2. Kapitel: Das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB	 62
A. Die Bedeutung des materiellrechtlichen Verhältnisses zwischen Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht	62
B. Der Anwendungsbereich des EnWG und des TKG	63
C. Die Normenkonkurrenz zwischen GWB und EnWG sowie zwischen GWB und TKG	92
D. Zusammenfassung	116
 3. Kapitel: Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Behörden und Gerichten bei der Anwendung des GWB, EnWG und TKG	 118
A. Zuständigkeiten für die Missbrauchsaufsicht des GWB	118
B. Mögliche Zuständigkeitszuweisungen im Anwendungsbereich des Regulierungsrechts	121
C. Die Zuständigkeitsverteilung im EnWG und TKG	123
D. Zusammenfassung	143

4. Kapitel: Der Einfluss von Art. 102 AEU auf das innerstaatliche Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht	145
A. Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht zu nationalen Regelungen	145
B. Zuständigkeiten und Arbeitskoordination bei der Anwendung von Art. 102 AEU	148
C. Art. 102 AEU im Anwendungsbereich der Netzregulierung	158
D. Folgen des Nebeneinanders von Art. 102 AEU und EnWG bzw. TKG	175
E. Zusammenfassung	178
5. Kapitel: Verhinderung widersprüchlicher Entscheidungen im Überschneidungsbereich von GWB und EnWG bzw. TKG	180
A. Parallele Zuständigkeit von Regulierungs- und Kartellbehörde bei rein nationalen Sachverhalten	180
B. Parallele Zuständigkeit von Regulierungs- und Kartellbehörde bei erfüllter Zwischenstaatlichkeitsklausel	197
C. Zuständigkeit von Behörde und Gericht	214
D. Zuständigkeit mehrerer Gerichte	220
E. Gleichlautende unbestimmte Rechtsbegriffe im Zuständigkeitsbereich der Regulierungs- und der Kartellbehörde	223
F. Zusammenfassung	225
Schlussbemerkung und Ausblick	227
A. Aktuelle Situation	227
B. Ausblick	228
Literaturverzeichnis	230

# Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
A. Problemstellung	21
B. Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes	24
C. Zielsetzung und Gang der Untersuchung	25
1. Kapitel: Rechtliche und ökonomische Grundlagen	27
A. Der Regulierungsbegriff	27
I. Regulierung im juristischen Sinne	28
II. Wettbewerbsregulierung und sonstige Regulierung	30
III. Ex-ante- und Ex-post-Regulierung	31
B. Die Regulierung der Netzwirtschaften	32
I. Gründe für eine Regulierung in den Netzwirtschaften	32
1. Ökonomische Gründe für die Regulierung der Netzwirtschaften	32
a) Regulierung als Steuerungsinstrument bei Marktversagen	32
b) Die traditionelle Regulierungstheorie – Marktversagen in den Netzwirtschaften aufgrund eines natürlichen Monopols	33
c) Die differenzierte Marktversagensannahme	35
aa) Natürliches Monopol nur auf der Übertragungs- und Verteilerstufe	35
bb) Keine angreifbaren Märkte als Bedingung für Regulierung	36
2. Rechtliche Gründe für die Regulierung der Netzwirtschaften	37
II. Typische Regulierungsinstrumente in den Netzwirtschaften	38
1. Überblick	38
2. Die Netzzugangsregulierung	40
3. Die Entgeltregulierung	40
III. Die Entwicklung der Netzregulierung in Deutschland	41
1. Die Privatisierung der Netzwirtschaften	41
2. Die Deregulierung der Netzwirtschaften	42
C. Die Überschneidungen von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Netzregulierungsrecht	43
I. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	43
1. Die §§ 19 ff. GWB	43
2. Art. 102 AEU	45

II. Überschneidungen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht mit den typischen Regulierungsinstrumenten	45
1. Netzzugangsregulierung	46
2. Entgeltregulierung	47
3. Besondere Missbrauchsaufsicht	48
D. Die jüngsten Reformen	49
I. Reformen im GWB und im europäischen Kartellverfahrensrecht	49
1. Die Kartellverfahrensverordnung	49
2. Die sechste GWB-Novelle	51
3. Die siebte GWB-Novelle	51
II. Reformen im EnWG	52
1. Die europarechtlichen Vorgaben	52
2. Das EnWG	54
III. Reformen im TKG	55
1. Die europarechtlichen Vorgaben	55
a) Überblick	55
b) Die Rahmenrichtlinie	56
c) Die Zugangsrichtlinie	57
d) Die Universaldienstrichtlinie	58
e) Die Datenschutzrichtlinie	59
f) Die Genehmigungsrichtlinie	60
2. Das TKG	60
E. Zusammenfassung	61
2. Kapitel: Das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB	62
A. Die Bedeutung des materiellrechtlichen Verhältnisses zwischen Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht	62
B. Der Anwendungsbereich des EnWG und des TKG	63
I. Der Anwendungsbereich der Netzregulierung im EnWG	63
1. Betreiber von Energieversorgungsnetzen	64
a) Verantwortungsbezogene Elemente	64
b) Netzbezogene Elemente	65
aa) Der Netzbegriff	65
bb) Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen	66
cc) Betreiber von Gasversorgungsnetzen	67
(1) Gasversorgungsnetze	67
(2) Betreiber von Fernleitungsnetzen	69
(3) Betreiber von Gasverteilernetzen	69
c) Keine Regulierung der übrigen Wertschöpfungsstufen	70

2. Objektnetz nach § 110 EnWG	70
a) Reichweite des Objektnetzbegriffs	71
aa) Generelle Tatbestandsvoraussetzungen	71
bb) Arten von Objektnetzen	72
b) Sinn und Zweck der Sonderregelung von Objektnetzen	74
c) Die Wirkung der Behördenentscheidung nach § 110 Abs. 4 EnWG	75
d) Europarechtskonformität von § 110 EnWG	78
II. Der Anwendungsbereich der Netzregulierung im TKG	79
1. Das Verfahren der Marktregulierung nach den §§ 9 ff. TKG	80
a) Überblick	80
b) Marktdefinition nach § 10 TKG	81
aa) Begriff des Telekommunikationsmarkts	81
bb) Der Drei-Kriterien-Test	83
c) Marktanalyse nach § 11 TKG	83
d) Verfahrensvorschriften und Konsultationspflichten	84
e) Zusammenhang von Marktdefinition und Marktanalyse	85
2. Das Verfahren der Marktregulierung im Rahmen der Ex-post-Regulierung nach § 42 TKG	87
3. Neue Märkte	89
a) Probleme bei der Regulierung neuer Märkte	89
b) Grundsatz: Gem. § 9a TKG erfolgt keine Regulierung neuer Märkte	90
4. Übergangsvorschriften	91
C. Die Normenkonkurrenz zwischen GWB und EnWG sowie zwischen GWB und TKG	92
I. Die Normenkonkurrenz zwischen GWB und EnWG	92
1. Die alte Rechtslage	92
2. Das aktuelle materiellrechtliche Verhältnis zwischen GWB und EnWG	93
II. Die Normenkonkurrenz zwischen GWB und TKG	93
1. Die alte Rechtslage	93
2. Die Ausdrücklichkeitsklausel des § 2 Abs. 3 TKG	95
a) Überblick	95
b) Bisheriger Meinungsstand zum Verständnis der Ausdrücklichkeitsklausel	96
c) Eigene Meinung	97
aa) Die Anforderungen an die „Ausdrücklichkeit“ im Sinn des § 2 Abs. 3 TKG als zentrale Frage	98

bb) Auslegung des Wortes „ausdrücklich“ in § 2 Abs. 3 TKG	98
(1) Wortlaut als Grenze der Auslegung	98
(2) Bestätigung der wörtlichen Auslegung durch die systematische Auslegung	101
cc) Sperrwirkung der Ausdrücklichkeitsklausel für die Auslegung einzelner TKG-Normen	104
3. Vorrang des TKG vor dem GWB auf Basis einer Rechtsfortbildung	105
a) Gesetzeslücke	105
aa) Gesetzeslücke nach historischer Auslegung	106
bb) Gesetzeslücke nach Sinn und Zweck	108
b) Ausfüllen der Gesetzeslücke	109
III. Art des Vorrangs der ausdrücklich abschließenden Regelungen	111
1. Spezialität und Subsidiarität	111
a) Überblick	111
b) Vorrang aufgrund von Spezialität	112
c) Vorrang aufgrund von Subsidiarität	113
2. Subsidiäre Anwendung des GWB gegenüber TKG und EnWG	113
a) Bisheriger Meinungsstand	113
b) Bewertung des Meinungsstandes	114
aa) Auslegung nach dem Wortlaut	114
bb) Historische Auslegung	114
cc) Systematische und teleologische Auslegung	115
D. Zusammenfassung	116
3. Kapitel: Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Behörden und Gerichten bei der Anwendung des GWB, EnWG und TKG	118
A. Zuständigkeiten für die Missbrauchsaufsicht des GWB	118
I. Die behördliche Zuständigkeit im GWB	118
II. Der Rechtsweg im GWB	119
1. Verwaltungsverfahren	119
2. Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten	119
B. Mögliche Zuständigkeitszuweisungen im Anwendungsbereich des Regulierungsrechts	121
I. Die denkbare behördliche Zuständigkeitsverteilung	121
II. Mögliche Rechtswegbestimmungen	122
C. Die Zuständigkeitsverteilung im EnWG und TKG	123
I. Die behördlichen Zuständigkeiten	123
1. Zuständigkeit der Regulierungsbehörde	123

a)	Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nach dem EnWG	123
b)	Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nach dem TKG	124
2.	Die Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Kartellbehörde	124
a)	Sinn und Zweck der Vorschriften über die Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden	125
b)	Die einzelnen Formen der Zusammenarbeit in § 50c Abs. 1 GWB, § 58 EnWG und § 123 TKG	125
aa)	Das gegenseitige Einvernehmen	126
(1)	Anforderungen und Zielsetzung des gegenseitigen Einvernehmens	126
(2)	Einvernehmen nach § 58 Abs. 1 S. 1 EnWG	127
(a)	Einvernehmen nach § 65 EnWG i.V.m. §§ 6 bis 10 EnWG	127
(b)	Einvernehmen in den Fällen des § 25 S. 2 EnWG, des § 28 a Abs. 3 S. 1 EnWG und des § 56 EnWG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 lit. a StromnetzzugangsV	129
(c)	Einvernehmen bei Entscheidungen auf Basis einer Rechtsverordnung nach § 24 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 Nr. 5 EnWG	130
(3)	Einvernehmen nach § 123 Abs. 1 S. 1 TKG	131
(a)	Einvernehmen in den Fällen der §§ 9a, 10, 11 TKG	131
(b)	Einvernehmen in den Fällen des § 61 Abs. 3 und § 62 Abs. 2 Nr. 3 TKG	132
(4)	Keine Entscheidung bei fehlendem Einvernehmen	132
bb)	Die Gelegenheit zur Stellungnahme	133
(1)	Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 58 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 EnWG	133
(2)	Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 123 Abs. 1 S. 2, 3 TKG	134
cc)	Der Austausch von Informationen nach § 50c Abs. 1 GWB, § 58 Abs. 4 EnWG, § 123 Abs. 1 S. 5 TKG	135
dd)	Einheitliche Auslegung von GWB und EnWG sowie von GWB und TKG	136
c)	Verfahrensfehler und Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Regelungen über die Zusammenarbeit	136
aa)	Vorgehen durch ein Unternehmen	137
bb)	Vorgehen durch die übergangene Behörde	138

II. Der Rechtsweg	140
1. Der Rechtsweg im EnWG	140
2. Der Rechtsweg im TKG	142
D. Zusammenfassung	143
 4. Kapitel: Der Einfluss von Art. 102 AEU auf das innerstaatliche Verhältnis von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und Regulierungsrecht	 145
A. Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht zu nationalen Regelungen	145
I. Unmittelbare Geltung und unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts	145
II. Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalen Regelungen	147
B. Zuständigkeiten und Arbeitskoordination bei der Anwendung von Art. 102 AEU	148
I. Anwendung des Art. 102 AEU auf nationaler Ebene	148
1. Anwendung durch die nationalen Kartellbehörden	148
2. Anwendung durch die nationalen Gerichte	149
3. Verhältnis von Art. 102 AEU zu den §§ 19 ff. GWB	151
II. Die Anwendung von Art. 102 AEU auf europäischer Ebene	153
1. Anwendung durch die Europäische Kommission	153
2. Anwendung durch die europäischen Gerichte	153
III. Die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission, den nationalen Kartellbehörden und den Gerichten	154
1. Zusammenarbeit und Fallverteilung innerhalb des Netzwerks der europäischen Wettbewerbsbehörden	155
a) Die Regelungen der Art. 11 ff. VO 1/2003	155
b) Die ECN-Bekanntmachung	157
2. Bewertung	158
C. Art. 102 AEU im Anwendungsbereich der Netzregulierung	158
I. Die Auswirkungen der unmittelbaren Geltung und unmittelbaren Anwendung von Art. 102 AEU	159
1. Möglichkeit einer vorrangigen Anwendung des Regulierungsrechts gegenüber Art. 102 AEU	159
a) Kein Vorrang aufgrund des Lex-specialis-Grundsatzes	160
b) Vorrangige Anwendung aufgrund der Rangordnung der Rechtsquellen	160
2. Die Folgen einer möglichen vorrangigen Anwendung des Regulierungsrechts	162



a) Faktische Wirkung	163
b) Bindung der nationalen Gerichte	163
c) Einfluss auf die Zuständigkeit der Kartellbehörden	164
aa) Nationale Kartellbehörden	164
bb) Europäische Kommission	165
3. Die abstrakten Voraussetzungen einer vorrangigen Anwendung des Regulierungsrechts	166
a) Existenz einer Ermächtigungsgrundlage	166
b) Vorrang des Regulierungsrechts als Ergebnis seiner Auslegung	167
c) Kein Widerspruch zu Art. 102 AEU	168
4. Keine Konkretisierung von Art. 102 AEU durch die Binnenmarktrichtlinien Energie bzw. die Telekommunikationsrichtlinien	169
a) Die Binnenmarktrichtlinien Energie	169
b) Die Telekommunikationsrichtlinien	172
5. Ergebnis: Nebeneinander von Art. 102 AEU und EnWG bzw. TKG	174
II. Die Auswirkungen des Anwendungsvorrangs von Art. 102 AEU	174
D. Folgen des Nebeneinanders von Art. 102 AEU und EnWG bzw. TKG	175
I. Verpflichtung der Gerichte zur Anwendung von Art. 102 AEU neben dem Regulierungsrecht	175
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 3 VO 1/2003	175
2. „Einzelstaatliches“ Recht im Sinne des Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003	176
3. Vorliegen einer Ausnahme nach Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003?	177
II. Parallele Zuständigkeit der Kartell- und Regulierungsbehörde	177
III. Hohe Relevanz der Zwischenstaatlichkeitsklausel	178
E. Zusammenfassung	178
5. Kapitel: Verhinderung widersprüchlicher Entscheidungen im Überschneidungsbereich von GWB und EnWG bzw. TKG	180
A. Parallele Zuständigkeit von Regulierungs- und Kartellbehörde bei rein nationalen Sachverhalten	180
I. Die Ausgangssituation	180
II. Instrumente zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in den vorliegenden Konstellationen	181
1. Gesetzliche Bindungswirkung nach § 111 Abs. 3 EnWG	181
2. Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten	183
a) Grundlagen	183

aa) Wirkungsweise und Adressatenkreis der Bindungswirkung	183
bb) Umfang der Bindungswirkung	185
(1) Kongruenz zwischen Bindungswirkung und Regelungsgehalt	185
(2) Kongruenz zwischen Regelungsgehalt und Wille der Verwaltung	186
cc) Eintritt der Bindungswirkung	188
b) Regelungsgehalt einer Netzzugangsentgeltverfügung der Regulierungsbehörde	189
aa) Regelungsgehalt einer Ex-post-Netzzugangsentgeltverfügung nach § 30 Abs. 2 EnWG	189
bb) Regelungsgehalt einer Netzzugangsentgeltgenehmigung nach § 23a EnWG	192
3. Exkurs: Die Einheit der Rechtsordnung	193
4. Vorgeiflichkeit der regulierungsbehördlichen Entscheidung	195
III. Zwischenergebnis	196
B. Parallele Zuständigkeit von Regulierungs- und Kartellbehörde bei erfüllter Zwischenstaatlichkeitsklausel	197
I. Die Ausgangssituation	197
II. Instrumente zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in den vorliegenden Konstellationen	198
1. Der Entscheidungsspielraum eines Unternehmens	198
a) Grundlagen	198
b) Entscheidungsspielraum bei Entgeltgenehmigungssachverhalten	199
aa) Meinungsstand	199
bb) Eigene Meinung	200
(1) Kein genereller Ausschluss des Entscheidungsspielraums durch eine Entgeltgenehmigung	200
(2) Entscheidungsspielraum aufgrund des Entgeltgenehmigungsinhalts	202
(a) Entgeltgenehmigung nach dem EnWG	202
(b) Entgeltgenehmigungen nach § 32 TKG	202
(3) Entgeltgenehmigungsantrags als unternehmerischer Entscheidungsspielraum	204
(a) Grundsätzliche Eignung des Genehmigungsantrags als unternehmerischen Entscheidungsspielraum	204

(b) Entscheidungsspielraum aufgrund des ursprünglichen Genehmigungsantrags	205
(c) Entscheidungsspielraum durch die Möglichkeit, einen erneuten Genehmigungsantrag zu stellen	207
c) Entscheidungsspielraum bei sonstigen Regulierungsverfügungen	208
2. Keine Bindungswirkung von Verwaltungsakten	209
a) Keine Bindung der Kartellbehörde durch Verfügungen der Regulierungsbehörde	209
aa) Nationale Kartellbehörde	209
bb) Kommission	211
b) Keine Bindung der Regulierungsbehörde durch Verfügungen der Kartellbehörden nach Art. 102 AEU	211
c) Folge: Keine Vorgeiflichkeit der regulierungsbehördlichen Entscheidung	212
3. Die behördliche Zusammenarbeit	212
III. Zwischenergebnis	213
C. Zuständigkeit von Behörde und Gericht	214
I. Die Ausgangssituation	214
II. Instrumente zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in den vorliegenden Konstellationen	214
1. Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten gegenüber Gerichten	214
a) Grundlagen	214
b) Bindung des Gerichts in den Fällen der inzidenten Netzzugangsentgeltkontrolle	215
c) Bindung des Gerichts im Anwendungsbereich von Art. 102 AEU	216
2. Aussetzen des gerichtlichen Verfahrens	217
3. Die Bindungswirkung von Urteilen	218
III. Zwischenergebnis	220
D. Zuständigkeit mehrerer Gerichte	220
I. Die Ausgangssituation	220
II. Instrumente zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen in den vorliegenden Konstellationen	221
1. Keine Bindungswirkung	221
2. Konzentration des Rechtswegs	221
a) Die Situation im EnWG	221
b) Die Situation im TKG	222

3. Die gerichtliche Zuständigkeit im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes	222
E. Gleichlautende unbestimmte Rechtsbegriffe im Zuständigkeitsbereich der Regulierungs- und der Kartellbehörde	223
I. Die Ausgangssituation	223
II. Die Kooperation zwischen Kartell- und Regulierungsbehörde	224
F. Zusammenfassung	225
 Schlussbemerkung und Ausblick	 227
A. Aktuelle Situation	227
B. Ausblick	228
 Literaturverzeichnis	 230