

# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	23
Erster Abschnitt	
<b>Gegenstand der Arbeit</b>	24
A. Voraussetzungen eines einheitlichen Netzwirtschaftsrechts .....	24
B. Überblick über den bisherigen Meinungsstand .....	27
Zweiter Abschnitt	
<b>Überblick über den Gang der Untersuchung</b>	30
<i>Erster Teil</i>	
<b>Netzwirtschaften als Gegenstand des Rechts</b>	32
Erster Abschnitt	
<b>Begriffliche Bestimmung des Netzbegriffs</b>	32
A. Materielle Netze .....	33
B. Immaterielle Netze .....	35
C. Weitere Charakterisierungen .....	38
D. Fazit zum Netzbegriff .....	38
Zweiter Abschnitt	
<b>Die ordnungspolitische Grundausrichtung der Netzwirtschaften</b>	40
A. Privatisierung und Liberalisierung im Bereich der Netzwirtschaften .....	40
B. Wettbewerb bei gleichzeitiger Sicherung des Gemeinwohls .....	41

*Zweiter Teil***Netzspezifischer Regelungsbedarf** 45

## Erster Abschnitt

**Ökonomisch begründete Besonderheiten der Netzwirtschaften** 45

A. Unteilbarkeiten im Bereich der Netzwirtschaften .....	46
B. Externe Effekte .....	71
C. Weitere Ursachen allokativer Ineffizienz .....	87
D. Fazit für ökonomisch begründete Besonderheiten der Netzwirtschaften .....	89

## Zweiter Abschnitt

**Gemeinwohlbezogene Besonderheiten der Netzwirtschaften** 90

A. Infrastrukturcharakter der Netze .....	90
B. Weitere gemeinwohlbezogene Aspekte .....	93
C. Fazit für gemeinwohlbezogene Besonderheiten der Netzwirtschaften .....	96

## Dritter Abschnitt

**Ergebnis und weiterer Fortgang der Arbeit** 96

A. Dauerhafter Fortbestand eines netzspezifischen Regelungsbedarfs .....	97
B. Vorschläge zur Bewältigung der Regelungsaufgaben im Rahmen der Grundentscheidung für Wettbewerb .....	98
C. Potentieller Charakter der Regelungsaufgaben .....	106
D. Juristische Implementierung der Regelungsaufgaben .....	108

*Dritter Teil***Eignung des kartellrechtlichen Ordnungsmodells  
zur Bewältigung der netzspezifischen Regelungsaufgaben** 110

## Erster Abschnitt

**Ordnungsmodell des Kartellrechts** 110

A. Wortlautauslegung .....	110
B. Gesetzgebungsmaterialien und -geschichte .....	111
C. Systematisches Argument .....	119

Inhaltsübersicht	11
D. Teleologische Auslegung	120
E. Fazit zum kartellrechtlichen Ordnungsmodell	125

Zweiter Abschnitt

<b>Konsequenzen des Ordnungsmodells</b>	126
A. Instrumentalisierung des Wettbewerbs	126
B. Bindung an die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs	128
C. Stellung der Kartellaufsicht im GWB	131
D. Monofinalität des Kartellrechts	138

Dritter Abschnitt

<b>Schlussfolgerungen und weiterer Fortgang der Untersuchung</b>	139
--	-----

*Vierter Teil*

<b>Eignung kartellrechtlicher Mittel zur Bewältigung der netztypischen Zugangsproblematik</b>	143
---	-----

Erster Abschnitt

<b>Bestehen von Zugangsansprüchen</b>	144
A. Kartellrechtliche Zugangsansprüche	144
B. Anwendung kartellrechtlicher Zugangsansprüche auf die Netzproblematik	159
C. Fazit für das Bestehen kartellrechtlicher Zugangsansprüche	169

Zweiter Abschnitt

<b>Konditionen des Zugangs</b>	170
A. Kartellrechtliche Kontrolle der Entgelte für kompetitiven Netzzugang	171
B. Eignung des kartellrechtlichen Ansatzes zur Bestimmung von kompetitiven Netzzugangsentgelten	200
C. Möglichkeit eines kartellrechtlichen Ersatzes des Maßstabs	217
D. Fazit für die kartellrechtliche Kontrolle der Zugangsbedingungen	236

Dritter Abschnitt

<b>Fazit zur Eignung des Kartellrechts</b>	237
--	-----

*Fünfter Teil***Grundlagen eines Netzwirtschaftsrechts** 238

## Erster Abschnitt

**Außerkartellrechtliche Maßstabskonzeption** 238

A. Maßstabsproblem und Problem der Gemeinwohlorientierung ..... 238

B. Netzwirtschaftsrecht als Netzregulierungsrecht ..... 242

## Zweiter Abschnitt

**Vom Privatisierungsfolgenrecht zum Regulierungsrecht  
der Netzwirtschaften** 258**Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung** ..... 263**Literaturverzeichnis** ..... 271**Sachwortverzeichnis** ..... 300

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	23
Erster Abschnitt	
<b>Gegenstand der Arbeit</b>	24
A. Voraussetzungen eines einheitlichen Netzwirtschaftsrechts .....	24
I. Dauerhaftigkeit des Regelungsbedarfs .....	24
II. Netzspezifik des Regelungsbedarfs .....	25
III. Notwendigkeit eines eigenen Rechtsrahmens .....	26
B. Überblick über den bisherigen Meinungsstand .....	27
I. Vollständige Überführung der Netzwirtschaften in den Geltungsbereich des GWB .....	27
II. Dauerhaft bestehender Regelungsbedarf im Bereich der Netzwirtschaften .....	27
III. Fortbestehender Untersuchungsbedarf .....	28
Zweiter Abschnitt	
<b>Überblick über den Gang der Untersuchung</b>	30
<i>Erster Teil</i>	
<b>Netzwirtschaften als Gegenstand des Rechts</b>	32
Erster Abschnitt	
<b>Begriffliche Bestimmung des Netzbegriffs</b>	32
A. Materielle Netze .....	33
B. Immaterielle Netze .....	35
C. Weitere Charakterisierungen .....	38
D. Fazit zum Netzbegriff .....	38

## Zweiter Abschnitt

<b>Die ordnungspolitische Grundausrichtung der Netzwirtschaften</b>	40
A. Privatisierung und Liberalisierung im Bereich der Netzwirtschaften .....	40
B. Wettbewerb bei gleichzeitiger Sicherung des Gemeinwohls .....	41
I. Grundlage der Unterscheidung .....	42
II. Notwendigkeit einer politischen Entscheidung .....	43

*Zweiter Teil***Netzspezifischer Regelungsbedarf** 45

## Erster Abschnitt

<b>Ökonomisch begründete Besonderheiten der Netzwirtschaften</b>	45
A. Unteilbarkeiten im Bereich der Netzwirtschaften .....	46
I. Problem der Unteilbarkeiten .....	46
II. Unteilbarkeiten bei Netzen .....	48
1. Kosteneffekte des Netzaufbaus .....	48
2. Kosteneffekte des Netzbetriebs .....	49
3. Bewertung .....	50
III. Entstehung natürlicher Monopole .....	51
IV. Kritik an der Analyse natürlicher Monopole .....	53
1. Relativierung der Monopolproblematik .....	53
2. Erforderliche Eingrenzung des Monopolbereichs .....	54
3. Empirische Bedeutung natürlicher Monopole .....	55
V. Bestreitbarkeit von Märkten .....	58
1. Grundlagen des Konzepts der Bestreitbarkeit .....	59
a) Bestreitbarkeit des Marktes .....	60
b) Auswirkungen der Bestreitbarkeit .....	61
2. Kritik am Konzept der bestreitbaren Märkte .....	62
a) Bedeutung von Irreversibilitäten .....	63
b) Verhaltensannahmen .....	64
3. Einschätzung und Bewertung des Konzepts der bestreitbaren Märkte ..	66
4. Anwendung im Netzbereich .....	67
VI. Fazit zur Bedeutung von Unteilbarkeiten im Bereich der Netzwirtschaften	69
B. Externe Effekte .....	71
I. Externe Effekte bei Netzen .....	71
1. Exemplarische Fälle .....	72
2. Positive Häufigkeitsabhängigkeit .....	74

II. Eigenheiten von Netzeffektmärkten .....	75
1. Positive Rückkopplung und kritische Masse .....	75
2. Tendenz zu einseitiger Dominanz .....	77
3. Gefährdung der Wettbewerbseffizienz .....	78
III. Einschätzung der Bedeutung von Netzeffekten .....	80
IV. Kritik am Konzept der Netzeffekte .....	81
1. Fehlende Besonderheit der Netzeffekte .....	81
a) Möglichkeit der Internalisierung von externen Effekten .....	82
b) Ähnlichkeit mit bekannten Effekten .....	83
2. Unklare Effizienzwirkung der Netzeffekte .....	84
V. Fazit zu Netzeffekten .....	85
C. Weitere Ursachen allokativer Ineffizienz .....	87
D. Fazit für ökonomisch begründete Besonderheiten der Netzwirtschaften .....	89

Zweiter Abschnitt

**Gemeinwohlbezogene Besonderheiten der Netzwirtschaften** 90

A. Infrastrukturcharakter der Netze .....	90
B. Weitere gemeinwohlbezogene Aspekte .....	93
I. Raum- und Ressourcenbedarf .....	93
II. Sicherheitsvorschriften und technische Normung .....	94
III. Nummernregulierung .....	95
C. Fazit für gemeinwohlbezogene Besonderheiten der Netzwirtschaften .....	96

Dritter Abschnitt

**Ergebnis und weiterer Fortgang der Arbeit** 96

A. Dauerhafter Fortbestand eines netzspezifischen Regelungsbedarfs .....	97
B. Vorschläge zur Bewältigung der Regelungsaufgaben im Rahmen der Grundentscheidung für Wettbewerb .....	98
I. Unteilbarkeiten und natürliche Monopole .....	99
1. Marktzutrittsregulierung .....	99
2. Einräumung von Mitbenutzungsansprüchen .....	100
II. Netzspezifische externe Effekte .....	103
1. Berücksichtigung neuer Geschäftsstrategien .....	103
2. Einräumung von Zugangsansprüchen im Einzelfall .....	104
III. Gemeinwohlbezogene Regelungsaufgaben .....	105
C. Potentieller Charakter der Regelungsaufgaben .....	106
D. Juristische Implementierung der Regelungsaufgaben .....	108

*Dritter Teil*

**Eignung des kartellrechtlichen Ordnungsmodells  
zur Bewältigung der netzspezifischen Regelungsaufgaben** 110

## Erster Abschnitt

**Ordnungsmodell des Kartellrechts** 110

A. Wortlautauslegung .....	110
B. Gesetzgebungsmaterialien und -geschichte .....	111
I. Historische Ausgangslage .....	111
II. Regierungsentwurf und parlamentarische Debatte .....	113
III. Grundentscheidungen .....	114
1. Durchsetzung des Verbotsprinzips .....	114
2. Missbrauchsaufsicht .....	115
3. Ablehnung einer politisierten Kartellaufsicht .....	116
IV. Schlussfolgerung und Entwicklung bis zur Siebenten GWB-Novelle ....	117
C. Systematisches Argument .....	119
D. Teleologische Auslegung .....	120
I. Regelungsmethodik des GWB .....	120
II. Wettbewerbsordnung geprägt von individueller Handlungsfreiheit und Mustervoraussage .....	122
1. Verwirklichung individueller Freiheit im Wettbewerb .....	122
2. Beförderung des Gemeinwohls durch Wettbewerb .....	124
E. Fazit zum kartellrechtlichen Ordnungsmodell .....	125

## Zweiter Abschnitt

**Konsequenzen des Ordnungsmodells** 126

A. Instrumentalisierung des Wettbewerbs .....	126
B. Bindung an die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs .....	128
I. Abwesenheit von materiellen Vorgaben .....	129
II. Gewährleistung einer funktionsfähigen Wettbewerbsordnung .....	130
C. Stellung der Kartellaufsicht im GWB .....	131
I. Kartellaufsicht als Lenkung .....	131
II. Ausgestaltung der Kartellaufsicht im GWB .....	133
1. Bedeutung der Freiheit für den kartellrechtlichen Ansatz und die Mus- tervoraussage .....	133
2. Ordnungskonforme Ausgestaltung der Kartellaufsicht .....	134
3. Keine Durchbrechung bei kartellbehördlichen Abwägungen .....	136
D. Monofinalität des Kartellrechts .....	138

## Dritter Abschnitt

<b>Schlussfolgerungen und weiterer Fortgang der Untersuchung</b>	139
I. Behandlung der Netze im kartellrechtlichen Ordnungsmodell	139
1. Kartellrechtlicher Kernbereich	140
2. Bereich hoheitlicher Regelungen	140
3. Sicherstellung kompetitiver Zugangsansprüche	141
II. Fortgang der Arbeit	142

*Vierter Teil*

<b>Eignung kartellrechtlicher Mittel zur Bewältigung der netztypischen Zugangsproblematik</b>	143
---	-----

## Erster Abschnitt

<b>Bestehen von Zugangsansprüchen</b>	144
A. Kartellrechtliche Zugangsansprüche	144
I. Zugang zu Netzen und Infrastruktureinrichtungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	145
1. Zugangsobjekt des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	147
2. Bestimmung des Zugangsverpflichteten	149
3. Fehlende Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit	150
4. Zugangsverweigerungsgründe	152
a) Behandlung begrenzter Kapazität	152
b) Meinungsstand	154
c) Eigene Stellungnahme	155
II. Weitere Ansprüche zur Zugangsbegründung	157
1. Verbot unbilliger Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB	157
2. Behinderungsmisbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB	159
3. Allgemeines Missbrauchsverbot	159
B. Anwendung kartellrechtlicher Zugangsansprüche auf die Netzproblematik	159
I. Grundsätzliche Eignung der kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen	160
1. Zugangsgegenstand	160
a) Natürliche Monopole als Ziel kartellrechtlicher Zugangsansprüche	160
b) Kartellrechtliche Zugangsansprüche im Falle von Netzeffekten	162
2. Marktbeherrschung durch den Einrichtungsinhaber	164
II. Effektivität der kartellrechtlichen Interessenabwägung	164
1. Notwendigkeit einer Interessenabwägung	164
2. Behandlung von Kapazitätsengpässen	165

a) Kartellrechtliche Repartierung .....	165
b) Vergleich mit den Bedingungen im Falle eines natürlichen Monopols	166
(a) Bedeutung der Kapazitätsgrenze im natürlichen Monopol ...	166
(b) Nichtwirtschaftliche Ausbauhindernisse und fehlende Preis-	
anpassung .....	168
(1) Nichtwirtschaftliche Ausbauhindernisse .....	168
(2) Preishindernisse .....	168
c) Fazit zur Behandlung von Kapazitätsengpässen .....	169
C. Fazit für das Bestehen kartellrechtlicher Zugangsansprüche .....	169

## Zweiter Abschnitt

### **Konditionen des Zugangs** 170

A. Kartellrechtliche Kontrolle der Entgelte für kompetitiven Netzzugang .....	171
I. Angemessenheit des Entgelts nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....	171
II. Sicherung der austauschbezogenen Angemessenheit unter Rückgriff auf	
§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB .....	174
1. Methoden der Missbrauchsbestimmung .....	174
a) Vergleichsmarktkonzept .....	174
b) Verfahren der Kostenanalyse .....	176
c) Gewinnbegrenzung .....	177
2. Kritik am Konzept der Preishöhenaufsicht .....	178
a) Ordnungskonformität der Preishöhenaufsicht .....	179
b) Unzulässige Marktergebniskontrolle .....	179
c) Probleme beim Erlass von Verfügungen der Preishöhenaufsicht ...	181
d) Unerwünschte Nebenwirkungen der Preishöhenaufsicht .....	182
e) Kritik an der Methode des Vergleichsmarktkonzepts .....	183
f) Kritik an Verfahren der Kosten- und Gewinnkontrolle .....	185
3. Praktische Anwendung der Preishöhenaufsicht .....	187
4. Eigene Stellungnahme und Schlussfolgerungen zur Preishöhenaufsicht	188
a) Notwendigkeit der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle .....	188
b) Preishöhenaufsicht als <i>ultima ratio</i> .....	189
(a) Subsidiarität gegenüber anderen Mitteln der Kartellaufsicht ..	189
(b) Beschränkung auf Einsatz im Einzelfall .....	190
(c) Beschränkung der Kontrolltiefe .....	192
(d) Ordnungskonforme Ausgestaltung .....	193
c) Ordnungskonformität des Maßstabs der Preishöhenaufsicht .....	193
(a) Keine Ausrichtung des Missbrauchsmaßstabs am Kriterium	
der Gemeinwohlrichtigkeit .....	194
(b) Wettbewerb als Maßstab für die kartellrechtliche Preisauf-	
sicht .....	195

5. Fazit zum Entgeltmaßstab des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB .....	196
III. Behinderungsfreiheit des Entgelts .....	198
IV. Fazit zur kartellrechtlichen Kontrolle von Zugangsbedingungen .....	199
B. Eignung des kartellrechtlichen Ansatzes zur Bestimmung von kompetitiven Netzzugangsentgelten .....	200
I. Probleme der Anwendung der kartellrechtlichen Entgeltgrundsätze .....	200
1. Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts .....	201
2. Anwendung von Methoden der Kosten- und Gewinnkontrolle .....	203
a) Überblick über die Kostenelemente und die jeweiligen Bestim- mungsprobleme .....	204
b) Ausgestaltung des Marktangebots des Unternehmens .....	206
c) Tendenz zur Vollkontrolle .....	207
3. Fazit zu Verfügbarkeit von Ermittlungsmethoden .....	208
II. Vereinbarkeit der Kontrolle der Netzzugangsentgelte mit dem Ordnungs- modell des GWB .....	209
1. Zurückhaltender Einsatz der Preishöhenaufsicht .....	209
a) Entgeltkontrolle bei Netzzugang zu natürlichen Monopolen .....	210
b) Entgeltkontrolle bei Netzeffekten .....	212
2. Wettbewerb als Maßstab der Entgeltkontrolle .....	213
3. Wettbewerbstauglichkeit als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ..	214
a) Bereich beständiger natürlicher Monopole .....	215
b) Nachfrageseitige Netzeffekte .....	215
4. Fazit zur Möglichkeit der Entgeltkontrolle im gegenwärtigen Ord- nungsmodell .....	216
C. Möglichkeit eines kartellrechtlichen Ersatzes des Maßstabs .....	217
I. Anreicherung des kartellrechtlichen Abwägungsmaßstabs .....	217
1. Erweiterung des Abwägungsmaßstabs unmittelbar aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB .....	218
2. Einbeziehung von Wertungen aus anderen Gesetzen in den Abwä- gungsmaßstab .....	219
a) Argument der Einheit der Rechtsordnung .....	219
b) These der Reinheit des Kartellrechts .....	220
c) Vermittelnde Ansicht .....	220
d) Schlussfolgerung .....	222
3. Aufnahme eines erweiterten Maßstabs <i>de lege ferenda</i> .....	222
II. Methoden mit geringerem Maßstabsbedarf .....	223
1. Methodenübersicht .....	224
a) Setzung von Erlösobergrenzen .....	224
b) Benchmarking .....	225
c) Methodenregulierung .....	225
2. Vereinbarkeit mit § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 4 GWB .....	225

3. Grundsätzliche Bewertung .....	227
III. Referentenentwurf zur Änderung des GWB .....	227
1. Grundzüge des Referentenentwurfs .....	228
2. Stand der Diskussion über die vorgeschlagenen Regelungen .....	230
3. Eignung des Referentenentwurfs zur Bewältigung netzspezifischer Probleme .....	232
IV. Weitere Vorschläge zur Fortbildung des Kartellrechtsrahmens .....	233
V. Exkurs: Möglichkeit der Entgeltkontrolle nach § 315 BGB .....	235
D. Fazit für die kartellrechtliche Kontrolle der Zugangskonditionen .....	236

### Dritter Abschnitt

<b>Fazit zur Eignung des Kartellrechts</b>	237
--	-----

## *Fünfter Teil*

<b>Grundlagen eines Netzwirtschaftsrechts</b>	238
---	-----

### Erster Abschnitt

<b>Außerkartellrechtliche Maßstabskonzeption</b>	238
--	-----

A. Maßstabsproblem und Problem der Gemeinwohlorientierung .....	238
I. Unmöglichkeit einer Simulation von Wettbewerb .....	239
II. Legitimationsproblem der Entgeltkontrolle .....	240
B. Netzwirtschaftsrecht als Netzregulierungsrecht .....	242
I. Anforderungen an eine Ausgestaltung der Entscheidung .....	242
II. Eckpunkte der Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens .....	244
1. Modifikation des wettbewerblichen Handlungsrahmens .....	244
2. Gemeinwohlorientierte Rahmensetzung .....	246
3. Verfahren der Informations- und Interessenverarbeitung .....	246
4. Finale Programmierung des Verwaltungshandelns .....	247
III. Regulierung als kybernetischer Steuerungsansatz .....	248
IV. Regulierung in der Rechtsordnung .....	250
1. Abgrenzung vom klassischen Verwaltungsrecht .....	250
2. Abgrenzung zum Kartellrecht .....	252
3. Bedeutung von Gemeinwohlzielen im Recht der Netzwirtschaften .....	253
V. Verhältnis der Teilrechtsordnungen Netzwirtschaftsrecht und Kartellrecht .....	254
1. Dauerhaft fortbestehende Parallelität .....	255
2. Rückführung des sektorspezifischen Rechts in das GWB .....	255
3. Grenzziehung anhand der Wettbewerbsneigung .....	256
4. Kooperationsverhältnis der Teilrechtsordnungen .....	257

Zweiter Abschnitt

<b>Vom Privatisierungsfolgenrecht zum Regulierungsrecht der Netzwirtschaften</b>	258
I. Kodifikation des Netzwirtschaftsrechts .....	259
1. Voraussetzungen einer Kodifikation .....	259
2. Vorzüge der Kodifikation .....	260
3. Aussichten einer Kodifikation des Netzwirtschaftsrechts .....	261
II. Schluss .....	262
<b>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung</b> .....	263
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	271
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	300