

Christian Koenig und Jürgen Kühling*)

Institutionelle Regulierungsordnung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft – sektorspezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?

I. Einleitung

Die Diskussion um die Einführung sektorspezifischer Regulierungsbehörden in den Netzwirtschaften wird gegenwärtig in der Öffentlichkeit vor allem im Hinblick auf die Energiewirtschaft,¹⁾ aber auch in Bezug auf die Eisenbahnwirtschaft²⁾ geführt. Noch offen sind dabei auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. So fragt sich insbesondere im Hinblick auf die Energiewirtschaft, ob die Europäische Kommission bei ihrem Richtlinien-Vorschlag bleiben wird, der die Verpflichtung zur Einführung einer mit umfangreichen ausschließlichen Zuständigkeiten ausgestatteten, nationalen Regulierungsbehörde für die Elektrizitäts- und Erdgasmärkte vorsieht,³⁾ und ob sich dieser Vorschlag durchsetzen wird. Damit würde im Ergebnis eine „Lex Deutschland“⁴⁾ geschaffen, da in allen anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ohnehin schon Regulierungsbehörden bestehen oder zumindest geplant sind.⁵⁾ In der deutschen Diskussion um die Schaffung einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde wird zum Teil auf das Vorbild der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) verwiesen, um die positiven Wirkungen einer derartigen Behörde zu illustrieren.⁶⁾ Auf der anderen Seite wendet sich der Präsident des Bundeskartellamtes Ulf Böge wie schon sein Vorgänger Dieter Wolf⁷⁾ entschieden gegen die Einführung einer Energiebehörde⁸⁾ ebenso wie gegen die Betrauung des Eisenbahn-Bundesamtes (EBA) mit entsprechenden Kompetenzen für die Bahnwirtschaft.⁹⁾

Dabei werden gerade in der politischen Diskussion immer wieder Fragen der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der Regulierungsordnung mit denen der institutionellen durcheinandergeworfen. Daher sind zunächst einige begriffliche Klärungen erforderlich, um die Debatte zu strukturieren (II.). In einem zweiten Schritt sollen Regeln für eine angemessene institutionelle Ausgestaltung der Regulierungsordnung in Netzwirtschaften aufgestellt werden (III.). Erst daran anschließend ist darzulegen, warum vor diesem Hintergrund der Aufbau der Regulierungseinheiten für die Energie- und Bahnwirtschaft beim Bundeskartellamt erfolgen sollte (IV.).

*) Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn; Dr. Jürgen Kühling, LL.M. ist dort wissenschaftlicher Referent. Der Beitrag greift auf Überlegungen zurück, die Christian Koenig auf dem Bonner Kolloquium des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. am 25.6.2001 vorgetragen hat. Die Internetverweise befinden sich auf dem Stand vom 1.8.2001.

- 1) S. beispielsweise *Theobald*, Wettbewerb mit Strom und Gas, F.A.Z. v. 10.3.2001, S. 15.
- 2) Dazu etwa *Schwenn*, Wettbewerb auf der Schiene, F.A.Z. v. 23.6.2001, S. 13; vgl. auch den Gesetzesvorstoß der Bundesregierung unten bei Fn. 45.
- 3) Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament. Vollendung des Energiebinnenmarkts; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt, dort insbesondere jeweils die Neufassung des Art. 22 der ursprünglichen Richtlinien-vorschläge; s. KOM(2001) 125 endg.
- 4) So *Theobald*, Wettbewerb mit Strom und Gas, F.A.Z. v. 10.3.2001, S. 15, mit Blick auf die verpflichtende Einführung des regulierten Netzzugangs.
- 5) Siehe dazu die Hinweise im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Vollendung des Energiebinnenmarktes, SEC(2001) 438, v. 12.3.2001, S. 18, abrufbar im Internet unter <http://www.europa.eu.int/comm/energy/library/438de.pdf>.
- 6) Angedeutet bei *Theobald* (Fn. 1); in diese Richtung auch *Piltz*, Netznutzungsentgelte für Stromlieferungen in der Kritik. Ist jetzt auch in Deutschland eine Regulierungsbehörde erforderlich?, WuW 2001, S. 553 (559f.), der allerdings noch abwarten möchte, ob die gegenwärtigen Bemühungen der Kartellämter die angestrebte Marktöffnung herbeizuführen vermögen.
- 7) Wirtschaftsdienst 1999, S. 519 (520f.).
- 8) ET 2000, S. 886ff.
- 9) S. F.A.Z. v. 26.4.2001, S. 19.

II. Begriffliche Klarstellungen

1. Definition des Begriffs „sektorspezifische Regulierungsbehörde“

Eine Regulierungsbehörde stellt den im exekutiven Bereich angesiedelten Unterfall einer Regulierungsinstanz dar. Unter den weiteren Begriff der *Regulierungsinstanz* ist jegliche hoheitlich handelnde Funktionseinheit zu fassen, die in marktwirtschaftliche Allokationsprozesse eingreift. Als hoheitliche Instanzen kommen dabei die staatlichen Gewalten, also die Legislative, die Exekutive und die Judikative in Betracht. Danach können sowohl der Gesetzgeber, die exekutiven Instanzen der Ministerien, das Bundeskartellamt und die Gerichte als Regulierungsinstanzen fungieren. Ergänzend treten Selbstregulierungsinstanzen wie Verbände hinzu. Dieser weite Begriff der Regulierungsinstanz ist zur Klärung der denkbaren Rollen der beteiligten Akteure unabdingbar.¹⁰⁾

Dabei offenbart ein Rechtsvergleich der Telekommunikationsordnungen exemplarisch, dass die Regulierungsrealität durch ein breites Spektrum unterschiedlicher Rollenverteilungen gekennzeichnet ist. So stand beispielsweise am Anfang der Deregulierung in den USA die gerichtlich angeordnete Zerschlagung des AT&T-Konzerns, die durch den als Regulierungsinstanz fungierenden Richter Harold Greene im Rahmen der Durchführung des Richterspruchs umgesetzt wurde. Der umfangreiche Telecommunications Act von 1996 war dagegen der – letztlich missratene – Versuch des Gesetzgebers, durch ein ausdifferenziertes Regelwerk tiefgreifend die Regulierung zu bestimmen.¹¹⁾ In Frankreich wurde die Umsetzung der durch weitgehende Ermessensspielräume geprägten Loi de Réglementation des Télécommunications von 1996 dagegen überwiegend dem Zusammenspiel der exekutiven Regulierungsbehörden überlassen, also dem Wirtschaftsministerium und der sektorspezifischen Instanz (Autorité de Régulation des Télécommunications).¹²⁾ In zahlreichen weiteren Ländern zeigt sich die Regulierung der Telekommunikationswirtschaft als komplexes Zusammenspiel einer Vielzahl von Regulierungsinstanzen.¹³⁾

Das Begriffselement der „Behörde“ beschränkt den Terminus auf die exekutiven Regulierungsinstanzen, so dass der Fokus auf den Ministerien, dem Bundeskartellamt und anderen nachgeordneten Bundesoberbehörden wie der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) liegt.

Im Hinblick auf die Definition der *sektorspezifischen* Regulierungsbehörde bieten sich auf den ersten Blick zumindest drei Möglichkeiten an. Zum einen kann darauf abgestellt werden, ob die Behörde sektorspezifisches Wettbewerbsrecht anwendet, also die auf einen bestimmten Wirtschaftszweig abgestimmten Wettbewerbsregeln. Zum anderen kann als entscheidend angesehen werden, ob die Instanz nur für die Regulierung eines Wirtschaftssektors zuständig ist, unabhängig davon, welche Rechtsregeln zur Anwendung gelangen. Schließlich kann kumulativ verlangt werden, dass eine Behörde für einen bestimmten Wirtschaftszweig ein spezifisches Wettbewerbsrecht anwendet. Für den vorliegenden Zusammenhang ist die dritte Definitionsalternative am zweckmäßigsten. Denn im Folgenden ist insbesondere die Frage zu beantworten, ob allgemeine Erwägungen unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Telekommunikationswirtschaft mit der RegTP – einer Behörde also, die für eine bestimmte Branche ein eigenes Wettbewerbsrecht anwendet – dafür sprechen, auch in der Energie- und Trans-

10) Von diesem Begriff geht auch *Kumkar*, Zur institutionellen Ausgestaltung der Strommarktregulierung: Brauchen wir eine eigenständige Regulierungsbehörde für den Stromtransport, Kieler Diskussionsbeiträge Nr. 371, 2000, S. 7, aus.

11) Siehe dazu im Überblick *Koenig/Kühling*, Kapitel 4, in: Koenig/Kühling/ifo Institut (Hrsg.), Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen. Ein Rechtsvergleich, 2000, S. 100ff.; ferner *Huber/Kellog/Thorne*, Federal Telecommunications Law, 2. Aufl. 1999, S. 44ff. und S. 53ff.

12) Dazu *Koenig/Kühling* (Fn. 11), Kapitel 2, S. 50ff.

13) Vgl. die weiteren Länderberichte in *Koenig/Kühling/ifo Institut* (Fn. 11), Kapitel 1, 3, 5 und 6.

portwirtschaft eine branchenspezifische Behörde mit der Aufgabe zu betrauen, das sektorspezifische Kartellrecht des Energiewirtschaftsgesetzes bzw. des Allgemeinen Eisenbahngesetzes anzuwenden.

Eine sektorspezifische Regulierungsbehörde ist danach eine Behörde, die in die Allokationsprozesse nur einer bestimmten Branche eingreift und dabei auf diesen Wirtschaftssektor abgestimmte Wettbewerbsregeln anwendet.

2. Begriffs- und Funktionsbestimmung des „sektorspezifischen Wettbewerbsrechts“

Die hier vornehmlich behandelte Frage, ob eine sektorspezifische Regulierungsbehörde notwendig ist, muss von der Frage unterschieden werden, ob sektorspezifische Wettbewerbsregeln erforderlich sind. Diese Frage ist vom deutschen Gesetzgeber für die vorliegend betrachteten Sektoren der Energiewirtschaft in den §§ 5 ff. EnWG und der Eisenbahnwirtschaft in den §§ 13 ff. AEG im Grundsatz bereits positiv entschieden – ähnlich wie in der Telekommunikation und im Postwesen in den §§ 23 ff. TKG bzw. in den §§ 19 ff. PostG. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um „sektorspezifisches Wettbewerbsrecht“ bzw. um eine wettbewerbsspezifische Regulierung. In diesem Sinne soll auch der Regulierungsbegriff verstanden werden, der von der technischen und sonstigen Regulierung in einem weiteren Sinne abzugrenzen ist.¹⁴⁾ So besteht Einigkeit, dass eine andere Behörde als das Bundeskartellamt in der Telekommunikationswirtschaft für den Datenschutz, die Frequenzordnung oder die Zulassung von Sendeanlagen zuständig sein muss – sei es das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie als oberste Bundesbehörde oder eine Bundesoberbehörde wie die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post. Auch wenn der Regulierungsbegriff des § 2 TKG alle diese hoheitlichen Tätigkeiten umfasst,¹⁵⁾ soll im Folgenden nur das Eingreifen in Allokationsprozesse in einem engeren Sinne als Regulierung verstanden werden. Im Wesentlichen betrifft dies in den Netzwirtschaften die Regulierung des Netzzugangs, die Entgeltregulierung und die Separierungsvorschriften für die vertikal integrierten Unternehmen.¹⁶⁾ Ebenso wenig geht es beispielsweise bei der technischen Sicherheit nach § 16 EnWG oder den Sicherheitspflichten der Eisenbahnen nach § 4 Abs. 1 AEG um Regulierungen in diesem engeren Begriffsverständnis.

Dabei korrespondieren die genannten Bestimmungen einer Regulierung im engeren Sinne weitgehend mit allgemeinen Bestimmungen des GWB.¹⁷⁾ Die Netzzugangsbestimmungen finden ihre Parallele in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, die Entgeltregulierung in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Keine direkte Parallelnorm gibt es im GWB dagegen zu den Separierungspflichten.¹⁸⁾ Gebote der getrennten Buchführung lassen sich aber dem gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrecht aus der unlängst

14) Das bedeutet, dass – in die angloamerikanische Regulierungsterminologie gewendet – lediglich die „economic regulation“ und nicht die weiter gehende „social regulation“ gemeint ist, zur Begrifflichkeit *Viscusi/Vernon/Harrington*, *Economics of Regulation and Antitrust*, 4. Aufl. 1998, S. 5 ff.

15) Entsprechend weit ist etwa der Begriff bei *Ruffert*, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts*, AöR 124 (1999), S. 238 (244), der darunter eine besondere Form des Verwaltungshandelns erfasst, die auf die Verwirklichung der Ziele des TKG und des PostG abzielt, was auf das EnWG und das AEG gegebenenfalls entsprechend erweitert werden kann. In diese Richtung weist auch die Gleichsetzung des Regulierungsbegriffs mit den für das Privatisierungsfolgenrecht typischen Handlungs- und Organisationsformen bei *Burgi*, *Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung*, NVwZ 2001, S. 601 (603).

16) Siehe dazu zusammenfassend *Knieps*, *Der disaggregierte Regulierungsansatz in der Netzökonomie*, in: *Knieps/Brunekreeft* (Hrsg.), *Zwischen Regulierung und Wettbewerb*, Netzsektoren in Deutschland, 2000, S. 7 (20 f.).

17) Dazu bereits mit Blick auf das sektorspezifische Kartellrecht im TKG *Niederleithinger*, *Wettbewerbsaufsicht und Fachaufsicht in der privaten Telekommunikationswirtschaft*, FS-Mestmäcker, 1996, S. 682 (688 ff.).

18) Es wäre allenfalls zu erwägen, ob im Rahmen der Fusionskontrolle und der Missbrauchskontrolle nicht vergleichbare Kontrollfunktionen im Hinblick auf die Marktstruktur durch das Bundeskartellamt erfüllt werden. Dies ist aber eher eine Frage der Praxis des Kartellamts als der gesetzlichen Bestimmungen; s. dazu den Fall der Berücksichtigung der von der Deutschen Post AG angekündigten unternehmerischen Ausgliederung des gewerblichen Paketdienstes im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens, Kartellentscheidung der Kommission v. 20.3.2001, Presseerklärung IFF/01/419, abrufbar im Internet unter: http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action=getxt>doc=IP/01/419|0|RAPID&lg=EN.

von der Kommission vorgenommenen Verschärfung¹⁹⁾ der Transparenzpflichten²⁰⁾ entnehmen. Diese gelten allerdings nur für Unternehmen, die über besondere oder ausschließliche Rechte verfügen oder Beihilfen erhalten,²¹⁾ und auch nur sofern keine Spezialregeln anwendbar sind.²²⁾

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Regulierung der Netzwirtschaften selbst in diesem engeren Sinne einen von den Zielen des allgemeinen Wettbewerbsrechts durchaus abweichenden Zweck verfolgt. Denn sektorspezifisches Wettbewerbsrecht soll proaktiv die ursprünglich monopolistischen Märkte öffnen. Funktionsfähiger Wettbewerb muss erst noch geschaffen und nicht wie im Fall des allgemeinen Wettbewerbs lediglich gesichert werden.²³⁾ Daraus ergibt sich regelmäßig das Bedürfnis nach einem eingriffsintensiveren, jedenfalls aber andersartigen Regulierungsinstrumentarium. Dabei wird auch nach einer erfolgreichen Marktöffnung auf bestimmten Netzebenen weiterhin im Kern die Regulierung der verbleibenden natürlichen Monopole erforderlich sein. Dies bezieht sich auf diejenigen Netzbereiche, in denen ein einziger Anbieter die Leistungen kostengünstiger bereitstellen kann als eine Mehrzahl von Anbietern.²⁴⁾ Auch in diesen Bereichen kann grundsätzlich eine Regulierung derjenigen mit Netzebenen korrespondierenden Märkte entfallen, bei denen es sich um bestreitebare Märkte handelt, die durch geringe versunkene Kosten geprägt sind.²⁵⁾ In der Energiewirtschaft bedürfen danach lediglich die Netzebenen des Stromtransports und die Verteilung des Stroms einer solchen „Monopol“-Regulierung, nicht aber die Bereiche der Stromerzeugung und des Stromverkaufs.²⁶⁾ Denn während eine Vielzahl von Stromerzeugern und Stromverkäufern auch gesamtwirtschaftlich sinnvoll und wünschenswert ist, gilt dies für die Transport- und Verteilungsnetze nicht unbedingt. Dies ist auch der Ansatz des Energiewirtschaftsgesetzes, das vor allem auf einen Wettbewerb verschiedener Stromerzeuger und Stromverkäufer im Netz ausgerichtet ist. Hinsichtlich der Transport- und Verteilungsnetze ist dagegen weniger ein Wettbewerb der Netze, sondern ein beschränkter Wettbewerb um das Netz vorgesehen.²⁷⁾ Danach wird ein Regulierungsbedürfnis für den Netzbereich bestehen bleiben. In Bezug auf die Eisenbahnverkehrswirtschaft ist gleichermaßen vor allem die Netzinfrastruktur betroffen.²⁸⁾ Natürliche Monopole mit hohen versunkenen Kosten lösen demnach einen qualitativ anderen Regulie-

19) Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26.7.2000 zur Änderung der Richtlinie 80/733/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 2000 Nr. L 193, S. 75; insbesondere Art. 1 Abs. 2. Dazu *Britz*, *Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht*. Zur Neufassung der Transparenzrichtlinie, DVBl. 2000, S. 1641 (1647 ff.), kritisch zu dem Kommissionsentwurf einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, S. 333 (333 ff.).

20) Richtlinie 80/733/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980 Nr. L 195, S. 35.

21) *Britz*, DVBl. 2000, S. 1641 (1648 f.).

22) S. Art. 3 a der Transparenzrichtlinie; derartige sektorenspezifische Regeln bestehen aber mittlerweile in den hier erwähnten Netzwirtschaften, s. dazu *Britz*, DVBl. 2000, S. 1641 (1649 f.), die zudem auf die sektorenübergreifenden, unternehmensformspezifischen Separierungsvorschriften für Kapitalgesellschaften im HGB und für kommunale Eigenbetriebe in den landesrechtlichen Eigenbetriebsgesetzen hinweist.

23) S. dazu exemplarisch in Bezug auf die Telekommunikationswirtschaft *Kühling/Pfromm*, *Das Zusammenspiel von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht im französischen Telekommunikationsrecht*, K&R 2000, S. 541 (542) m.w.N.

24) *Busch*, *Deregulierung der Postmärkte in Deutschland und Europa*, 2001, S. 33 f. m.w.N.

25) S. dazu den disaggregierten Regulierungsansatz von *Knieps* (Fn. 16), S. 8 ff., der insoweit von monopolistischen Bottleneck-Bereichen spricht.

26) Dazu exemplarisch *Brunekreeft/Keller*, *Elektrizität: Verhandelter Netzzugang versus regulierter Netzzugang*, in: *Knieps/Brunekreeft* (Hrsg.), *Zwischen Regulierung und Wettbewerb*, Netzsektoren in Deutschland, 2000, S. 125 (128 ff.).

27) S. dazu *Theobald*, *Gesetzliche Ansprüche auf konkurrierenden Leitungsbau in der Strom- und Gaswirtschaft*, *VerwArch* 2001, S. 109 (129 und passim).

28) *Berndt/Kunz*, *Immer öfter ab und an? Aktuelle Entwicklungen im Bahnsektor*, in: *Knieps/Brunekreeft* (Hrsg.), *Zwischen Regulierung und Wettbewerb*, Netzsektoren in Deutschland, 2000, S. 151 (158 ff. und 172 f.), die allerdings auch darauf hinweisen, dass dies allein bei einer Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse aus einem intramodalen Blickwinkel gilt. Unberücksichtigt bleiben dabei intermodale Wettbewerbsverhältnisse in Bezug auf andere Verkehrsmittel.

rungsbedarf aus als sonstige Wirtschaftssektoren, in denen beispielsweise eine ex-ante-Preisregulierung – verstanden als die umfassende behördliche Genehmigungspflicht von Netzzugangsentgelten vor deren Einführung – nicht gerechtfertigt werden kann.²⁹⁾ Um Missverständnissen vorzubeugen, ist allerdings Folgendes hervorzuheben: Erst mit der Anerkennung, dass lediglich begrenzte Teile eines Wirtschaftszweiges ein regulierungsbedürftiges natürliches Monopol darstellen – etwa die Transport- und Verteilungsebene in der Energiewirtschaft – wurde die Durchsetzung verschiedener, auf die einzelnen Ebenen abgestufter Wettbewerbskonzepte möglich.

III. Zentrale Anforderungen an die Regulierungsinstanz

Die Frage, welche Behörde mit Regulierungsaufgaben betraut werden sollte, kann sinnvoll nur beantwortet werden, wenn zunächst die Anforderungen geklärt werden, die an eine solche Behörde zu stellen sind. Entscheidend ist dabei, ob die Behörde auf effektive Wettbewerbsregeln zurückgreifen kann und institutionell angemessen ausgestaltet worden ist, um diese Regeln wirksam anzuwenden. Insofern besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Frage der angemessenen Ausgestaltung der materiellen sektorspezifischen Wettbewerbsregeln einerseits und derjenigen des institutionellen Arrangements andererseits.³⁰⁾

So muss das materielle Recht insbesondere effektive Regeln über einen diskriminierungsfreien Netzzugang einschließlich der Festsetzung entsprechender – an den Kosten der effektiven Leistungsbereitstellung orientierter – Netzzugangsentgelte vorsehen. Insofern stellt sich die Frage der Ergänzungsbefähigung der jeweiligen Netzzugangsregeln, die etwa für die Energiewirtschaft auch durch die Verbändevereinbarung Elektrizität II vom 12. Dezember 1999 und die Verbändevereinbarung Gas vom 4. Juli 2000 samt Nachtrag vom 15. März 2001³¹⁾ noch nicht zufriedenstellend beantwortet worden ist. Denn nach wie vor gibt es erhebliche Missbrauchspotenziale für die Netzmonopolisten. Und diese werden – folgt man den Äußerungen von Branchenkennern³²⁾ – von den Netzbetreibern auch weidlich ausgenutzt. Jetzt ist abzuwarten, ob es dem Bundeskartellamt gelingen wird, auf der Grundlage des jüngsten Berichts der Arbeitsgruppe „Netzzugang Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder“³³⁾ für verbesserte Netzzugangsmöglichkeiten zu sorgen.³⁴⁾ Andernfalls wäre eine Netzzugangsverordnung auf der Grundlage von § 6 Abs. 2 EnWG unausweichlich.³⁵⁾ Die Schwierigkeiten, die beim Zugang zur Bahninfrastruktur etwa hinsichtlich der Entgeltfestlegung bestehen, konnten auch nicht durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsver-

29) Angesichts der Andersartigkeit der Regulierung der „bottlenecks“ in den Netzwirtschaften – insbesondere in Anbetracht der Option einer ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte als ultima ratio – stellt sich die Frage, ob der Begriff des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts nicht irreführend ist, da die Unterschiede begrifflich verwischt werden. Da aber hinreichende Parallelen zwischen der sektorspezifischen Regulierung und der allgemeinen Wettbewerbsregulierung bleiben (s. die Ausführungen bei Fn. 17ff.), wird hier am Begriff des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts festgehalten.

30) Dies hebt auch *Knieps*, Ansätze für eine „schlanke“ Regulierungsbehörde für die Post und Telekommunikation in Deutschland, ORDO 48 (1997), S. 253 (254), hervor.

31) Die Verbändevereinbarungen sind im Internet auf der Homepage des BDI in der Rubrik Fachbereiche/Energie/Positionen abrufbar, s. <http://www.bdi-online.de/>.

32) In Bezug auf die Strommärkte deutlich der Leiter der Landeskartellbehörde Brandenburg *Piltz*, WuW 2001, S. 552 (552); s. auch den Bericht in der F.A.Z. v. 27.1.2001, S. 24; zur Kritik des Präsidenten des Bundeskartellamts *Böge* am Fortschreiten der Marktöffnung im Erdgasmarkt und am 1. Nachtrag – Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas, s. den Bericht in der F.A.Z. v. 22.6.2001, S. 13; anders dagegen die Einschätzung des Präsidenten des Bundesverbandes der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft *Hartmann*, der die Entwicklung eines regen Wettbewerbs auf den Gasmärkten zu erkennen glaubt, s. den Bericht in der F.A.Z. v. 26.4.2001, S. 19.

33) Im Internet abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/Abschlussbericht.pdf>.

34) Für eine weitere Prüfphase, ob die kartellbehördlichen Maßnahmen greifen, bevor eine Netzzugangsverordnung zu erlassen ist, spricht sich *Piltz*, WuW 2001, S. 552 (560), aus.

35) Dafür jetzt bereits *Theobald*, Wettbewerb mit Strom und Gas, F.A.Z. v. 10.3.2001, S. 15; ebenso *Theobald/Zenke*, Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: Eine Rechtsprechungsübersicht, WuW 2001, S. 19 (36).

ordnung³⁶⁾ gelöst werden.³⁷⁾ Auch hier zeichnet sich die Notwendigkeit noch konkreterer Netzzugangsregeln ab, die entweder im Rahmen einer Verordnung oder durch nachgelagerte Regulierungsbehörden³⁸⁾ herausgearbeitet werden müssen. Damit stellt sich in beiden Fällen die Frage, ob nicht eine umfangreiche ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte erforderlich ist. Dies scheint für die Eisenbahninfrastruktur ähnlich wie in der Telekommunikation noch eher erforderlich zu sein. Denn hier steht ein monolithischer Netzmonopolist, der zugleich Diensteanbieter ist und daher erhebliche Diskriminierungsanreize hat, einer Mehrzahl von Verkehrsdiensteanbietern gegenüber. Eine andere Marktstruktur weist dagegen die Energiebranche auf. Hier gibt es insbesondere eine Vielzahl von lokalen Netzmonopolisten, die in unterschiedlichem Umfang mit den vorgelagerten Produktions-, Handels- und Verteilungsebenen vertikal integriert sind.³⁹⁾ Danach bestehen insoweit ganz andere Möglichkeiten, etwa über Vergleichspreise eine angemessene ex-post-Regulierung durchzuführen.⁴⁰⁾ Insgesamt bleiben gegenwärtig erhebliche Zweifel, ob das sektorspezifische Wettbewerbsrecht in der Bahn- und Energiewirtschaft angemessen ausgestaltet ist.

Umso dringender stellt sich daher die Frage, wie die institutionellen Beschaffenheiten sein müssen, um eine wirksame Regulierung zu gewährleisten. In dieser Hinsicht ergeben sowohl rechtsvergleichende⁴¹⁾ als auch ökonomische Untersuchungen,⁴²⁾ dass die Regulierungsinstanz *unabhängig* sein muss, in einem *transparenten* und *partizipatorischen* Entscheidungsprozess Regulierungsentscheidungen zu treffen hat und dazu mit den *entsprechenden Mitteln* auszustatten ist.

Die institutionelle *Unabhängigkeit* ist gegeben, wenn die Behörde über hinreichend große Entscheidungsspielräume bei der Konkretisierung der Wettbewerbsregeln verfügt und insofern grundsätzlich frei von Weisungen des übergeordneten Ministeriums agieren kann. Dabei müssen in Deutschland die nach der herrschenden Verfassungsdoktrin eng gezurten verfassungsrechtlichen Grenzen bei der Schaffung ministerialfreier Räume berücksichtigt werden.⁴³⁾ Die Vorteile liegen auf der Hand: Die Regulierungsbehörde kann unabhängig von gegebenenfalls wechselfreundlichen politischen Strömungen eine kontinuierliche und damit investitionsfreundliche Regulierungspolitik durchsetzen. Zugleich wird der Gefahr einer Vereinnahmung der Regulierungsbehörde durch bestimmte Interessengruppen („regulatory capture“) entgegengewirkt. Die Unabhängigkeit ist in organisatorischer, finanzieller, sachlicher und personeller Hinsicht möglichst weitgehend zu sichern. Insofern ist die *organisatorische* Unabhängigkeit durch die Ausgliederung der Regulierungseinheit in eine vom zuständigen Ministerium (als oberster Bundesbehörde) getrennte Behörde (als Bundesoberbehörde) zu gewährleisten. Hinzutreten muss ein zumindest beschränkter Gebrauch von Weisungen, nach Möglichkeit sogar eine Weisungsfreiheit vom vorgeordneten Ministerium, so dass

36) BGBI. 1997 I 3153.

37) Kritisch etwa *Werner*, Nach der Regionalisierung – der Nahverkehr im Wettbewerb, 1998, S. 106 f.

38) Eingängig zum Bild der vor- und nachgelagerten Regulierer mit Blick auf den Gesetzgeber, die Verordnungsgeber und die rechtsanwendenden Regulierungsinstanzen *Kumkar* (Fn. 10), S. 7. Zu anderen Ergebnissen kommt *Berndt/Kunz* (Fn. 28), S. 196 ff., die unter Berücksichtigung des intermodalen Wettbewerbs und ausländischer Erfahrungen für einen verhandelten Netzzugang plädieren.

39) Zu den verschiedenen Energiemärkten von der Erzeugung über den Transport und die Verteilung ausführlich *Drasdo u.a.*, Konzentration und Wettbewerb in der deutschen Energiewirtschaft, 1998, S. 105 ff.; zu den verschiedenen vertikalen Integrationskonstellationen in der deutschen Energieunternehmensstruktur im Überblick *Brunekreeft/Keller* (Fn. 26), S. 140 f.

40) Dazu *Piltz*, WuW 2001, S. 552 (554 ff.).

41) Vgl. exemplarisch für die Telekommunikationswirtschaft *Koenig/Kühling* (Fn. 11), passim und zusammenfassend, Kapitel 8, S. 240 ff.

42) S. zuletzt ausführlich *Kumkar*, Wettbewerbsorientierte Reformen der Stromwirtschaft, 2000, S. 385 ff.

43) Schon bei Erlass des TKG wurde erwogen, die RegTP mit einer der Bundesbank vergleichbaren Unabhängigkeit auszustatten; zu den in diesem Zusammenhang geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken s. *Lerche*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), Kommentar zum GG, Stand: Okt. 1998, Art. 86 GG, Rdnr. 70 f.; vgl. auch *Ulmen/Gump*, CR 1997, S. 396 (398); zur Unabhängigkeit der Bundesbank *Rodriga*, Zum Problem aufsichtsfreier Verwaltung durch das Bundeskartellamt, 1992, S. 122 ff.; vgl. grundlegend zur verfassungsrechtlichen Problematik des ministerialfreien Raums die gleichnamige Arbeit von *E. Klein* (1974).

auch eine *sachliche* Unabhängigkeit gesichert ist. Ergänzend muss die *finanzielle* Eigenständigkeit gewährleistet sein – möglichst durch einen unmittelbar vom Parlament festgesetzten eigenen Haushalt. In *personeller* Hinsicht bedarf es insbesondere des Ausschlusses, der Beschränkung, jedenfalls aber der Erschwerung der Abberufungsmöglichkeiten der Behördenspitze.

Ein *transparentes* und *partizipatorisches Entscheidungsverfahren* setzt u.a. voraus, dass interessierte Parteien in einem frühen Stadium des Entscheidungsprozesses über die Möglichkeit verfügen, ihren Standpunkt einzubringen. Dies sollte ebenso wie die weiteren Entscheidungsprozesse möglichst umfassend dokumentiert werden. Dabei empfiehlt sich der intensive Rückgriff auf internetgestützte Kommunikationsprozesse. Das Ausmaß der Partizipationsmöglichkeiten ist anhand des Typus der Entscheidungen zu bestimmen und sollte gerade bei Grundsatzentscheidungen besonders hoch sein. Zudem tritt eine Rechenschaftspflicht hinzu. Diese wird insbesondere durch eine periodische Berichtspflicht verwirklicht. Auf diese Weise unterliegt die Regulierungsbehörde einer Kontrolle und es fließt ein hohes Maß an Sachkompetenz in den Entscheidungsprozess ein. Ferner wird die spätere Akzeptanz der Entscheidungen gesteigert.

Wichtig ist schließlich eine *angemessene Ausstattung* der Regulierungsinstanz mit Personal- und Sachmitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den Netzwirtschaften um eine Monopolregulierung und um die *Schaffung* eines selbsttragenden funktionsfähigen Wettbewerbs, nicht dagegen lediglich um die *Sicherung* eines schon vorhandenen funktionsfähigen Wettbewerbs geht. Damit ist ein erhöhter Aufwand an Personal- und Sachmitteln gerade in der Übergangszeit erforderlich. Ergänzend muss die Regulierungsinstanz über angemessene Befugnisse und Handlungsmechanismen verfügen, wozu der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen sowie die Befugnis zur Verhängung von Zwangsgeldern zählen.

Von zentraler Bedeutung für die institutionelle Ausgestaltung der Regulierungsordnung der Netzwirtschaften ist damit die Schaffung eines unabhängigen Regulierers, der über angemessene Befugnisse sowie personelle und materielle Ressourcen verfügt, um den sektorspezifischen Wettbewerbsregeln im Rahmen transparenter und partizipatorischer Entscheidungsverfahren Wirkung zu verleihen.

IV. Zuordnung der Regulierungseinheit – Bundeskartellamt, eigenständige Regulierungsinstanz, Zuweisung zu bestehender sektorspezifischer Regulierungsinstanz (RegTP, Eisenbahn-Bundesamt)

Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen stellt sich sodann die Frage, ob entsprechende Einheiten für die Bahn- und Energiewirtschaft beim Bundeskartellamt, bei der bereits bestehenden Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), beim Eisenbahn-Bundesamt (für die Eisenbahnwirtschaft) oder in einer eigenen Behörde anzusiedeln sind.⁴⁴⁾ Aus den bisherigen Darlegungen ergibt sich, dass jedenfalls die Ministerien als Regulierungsinstanzen angesichts ihrer fehlenden Unabhängigkeit ausscheiden. Aber auch die geplante Betrauung des Eisenbahn-Bundesamtes mit der Netzzugangsregulierung in der Bahnwirtschaft⁴⁵⁾ ist problematisch. Dabei fällt zunächst auf, dass die diesbezüglichen Regeln in der geplanten Novellierung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes dem Eisenbahn-Bundesamt im Grunde keine wesentlich weiter reichenden Befugnisse als dem Bundeskartellamt einräumen. Hervorzuheben sind lediglich zwei Punkte: Zum einen mutieren Netzzugangsdiskriminierungen zu einer Art „Offizialdelikt“. Das Eisenbahn-Bundesamt muss gemäß der vorgesehenen Ergänzung des § 14 AEG

44) Wobei das Modell einer Ansiedlung bei der RegTP gegenwärtig in der politischen Diskussion – soweit ersichtlich – keine Befürworter findet.

45) Der Gesetzesentwurf samt Begründung ist im Internet abrufbar unter <http://www.baunetz.de/db/ministerium/aktuell/artikel.php?id=794>; er wurde vom Bundeskabinett am 25. 4. 2001 gebilligt.

durch einen neuen Abs. 3a im Fall von Netzzugangsdiskriminierungen einschreiten und soll insoweit offensichtlich über kein Entschließungsermessen verfügen. Zum anderen erhält das Eisenbahn-Bundesamt durch den geplanten § 5a Abs. 7 AEG die Möglichkeit zur Verhängung eines Zwangsgeldes in Höhe von bis zu 1 Mio. DM.

Im Übrigen bestehen vor dem Hintergrund des unter III. entwickelten Anforderungsprofils allgemeine Bedenken gegenüber der angemessenen institutionellen Ausgestaltung des Eisenbahn-Bundesamtes als Netzregulierungsbehörde. Zwar ist durch die eigenständige Behördenstruktur als Bundesoberbehörde eine organisatorische und durch die Ausweisung eines eigenen Einzelplans eine finanzielle⁴⁶⁾ Unabhängigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes gegeben. Hingegen fehlt dem Eisenbahn-Bundesamt in sachlicher Hinsicht eine der RegTP oder dem Bundeskartellamt vergleichbare Unabhängigkeit.⁴⁷⁾ So gibt es weder eine Veröffentlichungspflicht für allgemeine Weisungen wie in § 66 Abs. 5 TKG und § 52 GWB, noch eine Entscheidungstätigkeit in gerichtsähnlich ausgestalteten Beschlusskammern bzw. -abteilungen wie nach §§ 73 ff. TKG und §§ 54 ff. GWB. Darüber hinaus fehlt es an einem besonderen Prozedere für die Ernennung des Präsidenten, wie es etwa für den Präsidenten der RegTP durch die Einbeziehung des Beirates gemäß § 66 Abs. 3 S. 1 TKG der Fall ist. Dies sorgt für eine gewisse persönliche Unabhängigkeit. Für das Bundeskartellamt ergibt sich diese persönliche Unabhängigkeit aus ständiger Übung.

Ferner mangelt es in Bezug auf das Eisenbahn-Bundesamt sowohl an Entscheidungstransparenz als auch an Partizipationsmöglichkeiten. Das normale Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz bietet insoweit weniger Möglichkeiten als das Verfahren der Beschlusskammern der RegTP gemäß den §§ 73 ff. TKG bzw. der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes gemäß den §§ 54 ff. GWB. Auch fehlt es an einer Rechenschaftspflicht, wie sie etwa in § 53 GWB und in § 81 TKG durch die Pflicht zur Abfassung von Tätigkeitsberichten für das Bundeskartellamt und die RegTP gewährleistet wird.

Ob eine angemessene Ausstattung des Eisenbahn-Bundesamtes mit Personal- und Sachmitteln erfolgen wird, ist derzeit nicht abzusehen. Der Präsident des Eisenbahn-Bundesamtes Horst Stuchly hat sich dazu kürzlich optimistisch geäußert.⁴⁸⁾ Im Hinblick auf die notwendigen Handlungsinstrumente mangelt es aber an den verfahrensbeschleunigenden Regelungen wie dem Ausschluss eines Widerspruchsverfahrens und der aufschiebenden Wirkung von Klagen, wie sie insbesondere in § 80 Abs. 1 und 2 TKG für die RegTP vorgesehen sind.

Sofern es bei diesem Mangelkatalog in Bezug auf das Eisenbahn-Bundesamt bleibt, ist die Übertragung der Netzzugangsregulierung auf das Amt skeptisch zu beurteilen. Die Einräumung einer Handlungsbefugnis von Amts wegen ist zwar ein wichtiger Fortschritt für das Eisenbahn-Bundesamt, aber auch kein Vorteil gegenüber dem Bundeskartellamt, dem diese Handlungsermächtigung nach § 54 Abs. 1 S. 1 GWB zusteht. Geht das Bundeskartellamt konsequent allen ihm bekannt gewordenen Wettbewerbsverstößen in Form von Netzzugangsdiskriminierungen nach, besteht auch kein Unterschied gegenüber dem in der Gesetzesnovelle vorgesehenen Ausschluss eines Entschließungsermessens (§ 14 Abs. 3a AEG der geplanten Gesetzesnovelle). Demnach wäre eine personelle Aufstockung entsprechender Kontrolleinheiten beim Bundeskartellamt – möglichst in Verbindung mit einer Präzisierung der Netzzugangsbestimmungen – der vorzugswürdige Weg.

46) Siehe den Einzelplan 12 21 des Bundeshaushaltsplans 2001, abrufbar im Internet unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/fach/abteilungen/bundhaus/bundhaus2001/daten/_private/daten/ep12/ep12_21/ep1221.htm.

47) Zur Unabhängigkeit der RegTP zuletzt *Eschweiler*, Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und Weisungsunterworfenheit, K&R 2001, S. 238 (238 ff.); zur Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes zuletzt *Möschel*, Die Unabhängigkeit des Bundeskartellamtes, ORDO 48 (1997), S. 241 (241 ff.).

48) SZ v. 14.5.2001.

Denn beim Bundeskartellamt ist ebenso wie bei der RegTP eine hinreichende Unabhängigkeit gegeben.⁴⁹⁾ Allerdings ist einzuräumen, dass diese teilweise – etwa in Bezug auf die Weisungsfreiheit – stärker durch eine entsprechende Praxis als durch eine umfängliche rechtliche Ausgestaltung gesichert ist. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Transparenz und Partizipationsoffenheit der Entscheidungsprozesse.

Im Übrigen sprechen gegenwärtig im Vergleich zu einer Aufgabenbetrauung der sektorspezifischen Regulierungsbehörden RegTP, dem „Eisenbahn-Bundesamt“ oder einer neuen „Energiekartellbehörde“ weitere gute Argumente für einen Aufbau der Einheiten beim Bundeskartellamt. Damit soll weder die bislang weitgehend überzeugende Arbeit der RegTP noch ihre Existenzberechtigung in Frage gestellt werden. Allerdings weist die Telekommunikationsordnung insbesondere im Vergleich zur Energieordnung einige Besonderheiten auf. So bestand dort insbesondere ohnehin die Notwendigkeit der Weiterbeschäftigung der Personalbestände des ehemaligen Postministeriums, die nur schwerlich in das Bundeskartellamt hätten überführt werden können. Insoweit bot es sich an, der mit der technischen Regulierung betrauten Behörde zugleich die wettbewerbsspezifische Regulierung zu übertragen.

Gegen eine weitere Zersplitterung der Wettbewerbsaufsicht in Einzelbehörden ist indessen einzuwenden, dass bei diesen die Gefahr der Vereinnahmung durch Marktteilnehmer besonders groß ist. So deuten wirtschaftswissenschaftliche Untersuchungen darauf hin, dass eine für verschiedene Branchen zuständige Behörde weniger der Gefahr einer sachwidrigen Beeinflussung durch professionelle Branchenlobbyisten unterliegt.⁵⁰⁾ Darauf weist auch das Bundeskartellamt hin und hebt hervor, dass die Mitarbeiter in den Beschlussabteilungen aus diesem Grunde in regelmäßigen Abständen die Beschlussabteilungen wechseln. So soll eine sachwidrige Identifikation mit „ihren“ Branchen unterbunden werden.⁵¹⁾ Damit wird vermieden, dass aus Wettbewerbschützern Branchenpfleger werden. Im Fall des Ausbaus einer entsprechenden Einheit beim Bundeskartellamt dürften auch die Beharrungskräfte in Bezug auf eine Zurückführung der Regulierungsdichte vergleichsweise gering sein, da eine entsprechende Umschichtung von Aufgaben einfacher ist. So wird zugleich institutionell einer dauerhaften Segmentierung des Wettbewerbsrechts entgegengewirkt. Denn die Vermehrung von Wettbewerbsbehörden leistet der unerwünschten divergierenden Auslegung des Wettbewerbsrechts Vorschub.⁵²⁾ Zudem müssten bei der RegTP oder einer „Energiekartellbehörde“ Kompetenzen im Hinblick auf die Regulierung der Energiewirtschaft vollkommen neu aufgebaut werden. Diese bestehen beim Bundeskartellamt im Kern bereits in der 8. Beschlussabteilung.⁵³⁾ Daher sprechen gute Gründe für eine Betrauung des Bundeskartellamtes mit den (Monopol-)Regulierungsaufgaben in der Energiewirtschaft ebenso wie in der Eisenbahnwirtschaft. Allerdings ist bei diesem Modell nicht die Gefahr zu verkennen, dass negative „spill-over“-Effekte auf bislang lediglich im Wege einer – auf die Einzelfallkontrolle ausgerichteten – ex-post-Regulierung überwachte Wirtschaftszweige eintreten werden. Gerade der bereits erwähnte, im Bundeskartellamt übliche Personalaustausch zwischen den einzelnen Beschlussabteilungen könnte derartige Effekte begünstigen. Am Ende könnte der unerwünschte Trend zu einer umfassenden Marktaufsicht über alle Wirtschaftssektoren und daher zu einem „verwalteten Wettbewerb“⁵⁴⁾ führen. Diese Gefahr dürfte jedoch angesichts der bislang unange-

49) Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

50) Kumkar (Fn. 10), S. 25 f.

51) Wolf, Wirtschaftsdienst 1999, S. 519 (521).

52) Wolf, Wirtschaftsdienst 1999, S. 519 (520), unter besonderer Hervorhebung der divergierenden Rechtswegzuständigkeiten.

53) Siehe exemplarisch den Beschluss der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, B 8 - 40100 - T - 99/99, v. 30.8.1999 – *Bewag*; abrufbar im Internet unter <http://www.bundeskartellamt.de/BEWAG.pdf>. Ab dem 1.8.2001 ist insoweit eine eigens eingerichtete 11. Beschlussabteilung zuständig.

54) So der gleichnamige Titel einer – allerdings anders fokussierten – Schrift von *Mestmäcker* aus dem Jahre 1984.

fochtenen ordnungspolitischen Ausrichtung des Bundeskartellamtes nicht von praktischer Relevanz sein.

Danach ist der Weg einer Zuordnung der Kontrolleinheiten beim Bundeskartellamt zu beschreiten. Dafür muss die Behörde jedoch mit den scharfen Waffen der sektorspezifischen Regulierung ausgestattet werden. Wie dieses Instrumentarium im Einzelnen auszusehen hat, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags. Feststeht jedenfalls, dass der Behörde als ultima ratio auch die Befugnis zur ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte übertragen werden muss. Um eine ultima ratio handelt es sich dabei, weil sie, wie *Knieps* zu Recht hervorhebt, eine „heavy-handed“ Regulierung darstellt, die einen hohen Regulierungsaufwand auf Seiten der Behörde und den betroffenen Unternehmen auslöst.⁵⁵⁾ Daher ist stets zu überlegen, inwieweit ein abgestuftes Instrumentarium zu schaffen ist, das beispielsweise den flexiblen Rückgriff auf eine ex-ante-Entgeltregulierung zulässt, aber je nach dem Verhalten der Netzmonopolisten gleichermaßen den Rückgriff auf eine bloße ex-post-Regulierung erlaubt.⁵⁶⁾ Diese Aufgabenbetrauung sollte zudem wie jede Aufgabenüberantwortung an Regulierungsbehörden einer periodischen Überprüfung unterzogen werden⁵⁷⁾ oder sogleich unter einer zeitlichen Befristung stehen („sunset-Klausel“). Ferner ist die Anordnung des gesetzlichen Sofortvollzugs für Entscheidungen im Bereich des allgemeinen Netzzugangsanspruchs einschließlich der Entgeltregulierung erforderlich. Insoweit ist der im Gesetzgebungsverfahren zur 6. GWB-Novelle gescheiterte Vorschlag des Bundesrates wieder aufzugreifen, einen gesetzlichen Sofortvollzug für Entscheidungen im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB einzuführen.⁵⁸⁾ Schließlich muss das Bundeskartellamt personell besser ausgerüstet werden, um beispielsweise eine kontinuierliche Informationsermittlung durchführen zu können. Kommt es nicht zu einer entsprechenden Stärkung des Bundeskartellamtes, wird es bei der problematischen Regulierung durch Gerichte bleiben. Diese können aber kaum in einer angemessenen Zeit für eine Marktöffnung sorgen.

V. Ergebnis

Für den Erfolg einer Regulierungsordnung ist entscheidend, ob die Regulierungsbehörde⁵⁹⁾ auf effektive Wettbewerbsregeln zurückgreifen kann und institutionell angemessen ausgestaltet worden ist. Effektive Regeln setzen insbesondere die Ausstattung der Regulierungsbehörde mit den scharfen Waffen des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts voraus, zu denen etwa die Befugnis zur ex-ante-Regulierung der Netzzugangsentgelte als ultima ratio gehört. Die Effektivität der gegenwärtigen Wettbewerbsregeln ist im Hinblick auf die Energie- und Eisenbahnwirtschaft zweifelhaft. In institutioneller Hinsicht ist es wichtig, dass die Regulierungsbehörde *unabhängig* ist, in einem *transparenten und partizipatorischen* Entscheidungsprozess Regulierungsentscheidungen trifft und auch inso-

55) *Knieps*, ORDO 48 (1997), S. 253 (256 f.).

56) Hier ist allerdings zuzugestehen, dass diese Bestimmungen den strengen Anforderungen der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitslehre entsprechen müssen, dazu BVerfGE 95, 267 (307 f.); ferner im Überblick *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 20, Rn. 115 f.

57) Vgl. dazu die zweijährliche Pflicht zur Abgabe eines Sondergutachtens der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG, das auch Vorschläge für eine Änderung und dabei insbesondere Zurückführung der (Entgelt-) Regulierung enthalten soll; kritisch zum ersten Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten, 2000, *Koenig/Kühling*, Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf den Telekommunikationsmärkten, WuW 2000, S. 596 (596 ff.); s. auch *Holthoff-Frank/Paulus*, Wettbewerb auf TK- und Postmärkten? Zum Sondergutachten der Monopolkommission, MMR 2000, S. 187 (187 ff.) und *Gerpott*, Konsequente Fortsetzung der funktionsfähigen Regulierung von TK-Netzbetreibern, MMR 2000, S. 191 (191 ff.); allgemein zur Notwendigkeit einer periodischen Überprüfung *Knieps*, ORDO 48 (1997), S. 253 (266).

58) Siehe die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/9720, S. 77 f., die eine entsprechende Ergänzung des § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB anregte und umfangreich begründete.

59) Präziser formuliert müsste es „Regulierungsbehörden“ heißen, da dies auch in der Konstellation der Marktinterventionen mehrerer Behörden gilt, z. B. im Fall der Parallelzuständigkeit des Bundeskartellamtes und einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde.

weit mit den *entsprechenden Mitteln ausgestattet* wird. Dies ist in Bezug auf das Eisenbahn-Bundesamt nicht der Fall, so dass schon aus diesem Grunde das Bundeskartellamt als Wettbewerbs-Regulierungsbehörde für die Eisenbahnwirtschaft vorzugswürdig ist. Der von der Bundesregierung am 25. April 2001 angenommene Gesetzesentwurf weist daher in die falsche Richtung. Die Arbeit des Bundeskartellamts⁶⁰⁾ sollte aber auch im Hinblick auf eine effektive Durchsetzung der Netzzugangsregeln in der Energiewirtschaft personell und instrumentell gestärkt werden, was die Anordnung des gesetzlichen Sofortvollzugs der Netzzugangsentscheidungen umfassen sollte. Der Aufbau einer eigenständigen Energiebehörde ist angesichts der insoweit höheren Beharrungs- und Vereinnahmungsgefahren weniger vorteilhaft.

60) Das Problem der Einbeziehung der Landeskartellämter soll hier nicht weiter vertieft werden. Auch nach Piltz, WuW 2001, S. 552 (559f.), sollte das Bundeskartellamt in der Vorhand sein.