

# Zu guter Letzt ...

... geht es um das Diskriminierungspotential vertikal integrierter Netzbetreiber

Da vertikale Integration und die Kontrolle wesentlicher Einrichtungen prägende Charakteristika in allen Netzwirtschaften sind, kommt aus regulatorischer Sicht der Diskriminierungsfreiheit bei der Gewährung des Zugangs zur Netzinfrastruktur schon von jeher zentrale Bedeutung zu. Je weiter sich die Regulierung von einer wettbewerbsrechtsähnlichen Marktmachtkontrolle zu einer netzbezogenen Zugangskontrolle entwickelt, desto mehr tritt das Gebot der Diskriminierungsfreiheit als regulatorische Maxime gegenüber der Bekämpfung von Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch in den Vordergrund. So war im Telekommunikationsbereich bislang in allen von der Bundesnetzagentur gegenüber der EG-Kommission notifizierten Regulierungsverfügungen ein Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs.1 TKG vorgesehen. Und im Eisenbahnsektor bildet das Gebot der Diskriminierungsfreiheit nach § 14 Abs.1 S.1 AEG sogar einen der primären regulatorischen Maßstäbe, an dem nicht nur konkrete Zugangsentscheidungen zu messen sind, sondern auch Benutzungsbedingungen, Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen – und das sogar im Wege der Vorabprüfung.

Im scharfen Kontrast dazu steht bislang die netzwirtschaftsrechtswissenschaftliche Durchdringung des Diskriminierungsverbots. Zwar ist allgemein anerkannt, dass es mit einem lediglich formalen Gleichbehandlungsgebot nicht sein Bewenden haben kann, bei dem eine Diskriminierung (immer und nur) dann vorliegt, wenn gleichartige Sachverhalte ungleich behandelt werden, ohne dass hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht. Die darüber hinausgehenden Ausprägungen des Gebotes der Diskriminierungsfreiheit be-

dürfen indes der weiteren rechtsdogmatischen Durchdringung. Dies betrifft zum einen die allgemeine Reichweite des Verbotes einer versteckten bzw. materiellen Diskriminierung. Eine solche ist insbesondere in der Form von Rabattstaffeln, die auf bestimmte Nachfrager zugeschnitten sind, immer wieder von praktischer Relevanz – zuletzt beispielsweise wieder einmal im Telekommunikationsmarkt (vgl. die Pressemitteilung des VATM v. 8.3.2006).

Weiterer rechtswissenschaftlicher Diskussion bedürfen aber auch konkrete Ausprägungen dieses Grundsatzes. So ist in anderen Rechtsgebieten aus guten Gründen anerkannt, dass sich aus dem Diskriminierungsverbot ein Transparenzgebot ergibt. Darüber hinaus kann aber auch der Ausgestaltung von Netznutzungsbedingungen unter bestimmten Umständen bereits als solcher diskriminierende Wirkung zukommen. Ein solcher Fall kann namentlich bei der Einräumung unkonditionierter Entscheidungsspielräume zugunsten des vertikal integrierten Netzbetreibers vorliegen. Diese Dimension des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit weiter auszuloten wird zunehmend zu einer der ganz zentralen netzwirtschaftsrechtlichen Herausforderungen für Rechtswissenschaft und Regulierungspraxis werden. Für die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs ist sie in jedem Fall von ausschlaggebender Bedeutung. Und auch die Netzbetreiber haben einen Nutzen von einem ernst genommen materiellen Diskriminierungsverbot: Es nimmt der Diskussion um eine eigentumsrechtliche Entbündelung die Schärfe.

*Christian Koenig*