

Engel, Christoph

Working Paper

Verhandelter Netzzugang

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/4

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2002) : Verhandelter Netzzugang, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/4, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/85152>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2002/4

Verhandelter Netzzugang

von
Christoph Engel



Verhandelter Netzzugang

Christoph Engel

Februar 2002

Verhandelter Netzzugang

Christoph Engel

I.	Anlass	3
II.	Zugang zum unangreifbaren Kern natürlicher Monopole	5
III.	Gestaltungsbedarf im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent	6
	1. Zugangsentgelt	7
	2. Qualität und Konditionen	10
	3. Schutz vor opportunistischem Verhalten	12
	4. Anpassung an veränderte Umstände	13
	5. Koordination mehrerer Zugangsansprüche	13
	6. Schutz vor flankierenden Zugangsbehinderungen	14
IV.	Unregulierte Verhandlungen?	14
V.	Subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung	15
	1. Anspruchsgrundlagen	16
	2. Verfahrensarten	17
	3. Antrag und Tenor	17
	4. Einstweiliger Rechtsschutz	18
	5. Teilentscheidung	19
	6. Beweis	20
	7. Regulierung zur Erleichterung der Regulierung	22
	8. Leichter justitiable normative Maßstäbe	23
	9. Verfahren für den Als-Ob-Wettbewerb	26
	10. Das normative Urteil	29
	a) Wirkungspfade der Anreizkorrektur	30
	b) Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung	31
	c) Spezifikation	33
	d) Informationszugang	33
	e) Schnelligkeit	35
	f) Verlässlichkeit	36
	g) Anpassung an veränderte Umstände	36
	h) Bewältigung multipolarer Konflikte	37
	i) Flankenschutz	37
	j) Implementation	38
	k) Normativität	39
	l) Allokative Verzerrungen	41

m) Wettbewerbskosten	41
n) Verteilung	42
o) Kosten für Rechtsstaat, Demokratie und Freiheit	42
p) Anfälligkeit für politökonomische Verzerrungen	43
q) Offenheit für die Evolution der Regeln	43
VI. Regulierte Streitbeilegung durch Dritte	44
1. Modell	45
2. Praxis	46
3. Normatives Urteil	46
VII. Einwirkung auf Verhandlungsmacht, Organisation und Verfahren	50
1. Modell	51
a) Zuweisung von Verhandlungsmacht	52
b) Beschränkung des Lösungsraums	52
c) Vorgaben für Organisation und Verfahren	53
d) Hilfe bei der Überwindung von Informationsasymmetrien	53
2. Normatives Urteil	53
VIII. Korporatismus	56
1. Modell	57
2. Praxis	58
3. Normatives Urteil	59
4. Individuelle Verhandlungen zwischen Staat und Netzbetreiber	66
IX. Verhandelter Netzzugang als der falsche Weg?	67
1. Verbindung von hoheitlicher und unternehmerischer Funktion	67
2. Strukturelle Separierung	68
3. Regulierter Netzzugang	69
X. Ergebnisse	72
Literatur	77

* Das Manuskript geht auf ein Gutachten zurück, um das mich die Monopolkommission gebeten hat. Danken möchte ich der Monopolkommission für zwei klärende Diskussionen, Günter Knieps für ein klärendes Gespräch, Adrienne Héritier, Michael Bauer und Indra Spiecker gen. Döhmman für die kritische Lektüre des Manuskripts und Christian Schmies für die Hilfe bei der Zusammenstellung des Materials.

I. Anlass

Katzenjammer ist ausgebrochen in der Wettbewerbspolitik. Da war man so hochgestimmt aufgebrochen in eine Welt ohne öffentliche oder rechtlich geschützte Monopole. Aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat man die anstößigen Ausnahmereiche entfernt. Im Energiewirtschaftsgesetz hat man endlich die Strukturen der freiheits- und wettbewerbsfeindlichen 30er Jahre getilgt. Der Auftrag zur Deregulierung von Telekommunikation, Post und Bahn steht sogar in der Verfassung. Sektorspezifische Regeln haben sich nicht ganz vermeiden lassen. Es gibt sie vor allem für die Telekommunikation, Post, Bahn, Energie und Flughäfen¹. Doch im Grunde soll eine einzige allgemeine Regel genügen. Sie steht mittlerweile in § 19 IV Nr.4 GWB. Auch wenn sie dem amerikanischen Vorbild nicht in allen Einzelheiten entspricht², firmiert sie in der wissenschaftlichen Diskussion doch meist unter dem englischen Namen essential facilities doctrine. In der deutschen Diskussion ist stattdessen gern auch von „Netzzugang“ die Rede. Der Begriff sollte aber nicht dazu verführen, das Problem auf physische Netze zu verengen. Der Sache nach geht es vielmehr um folgendes: Natürliche Monopole sollen auf ihren unangreifbaren Kern zurückgeschnitten werden. Ein Rechtsanspruch auf Zugang zu diesem Kern soll Wettbewerb auf allen vor- und nachgelagerten Märkten eröffnen.

Doch die Eigentümer dieses unangreifbaren Kerns wehren sich. Waren die Unternehmen bereits zuvor in privater Hand, ziehen sie zunächst einmal die Verfassungsmäßigkeit des Zugangsanspruchs in Zweifel. Vor allem die Energieversorgungsunternehmen haben diese Strategie gewählt³. Die privatisierten staatlichen Monopole konnten das Argument schlecht vorbringen, denn der Zugangsanspruch steht in den Privatisierungsgesetzen selbst. Aber auch sie sind nicht wehrlos. Denn ein Netzzugangsanspruch ist wertlos, wenn das Entgelt prohibitiv hoch ist⁴. Reguliert der Staat auch das Zugangsentgelt, kann der Netzbetreiber Qualität und Konditionen so ausgestalten, dass den potentiellen Konkurrenten die Lust am Marktzutritt vergeht. Reguliert der Staat auch das noch, verlegen sich die Netzbetreiber auf die Vertragserfüllung. Da geht dann zufällig immer genau dann im Netz etwas kaputt, wenn es der Konkurrent dringend gebraucht hätte⁵.

Angestachelt von aktuellen oder auch potentiellen Wettbewerbern reagieren manche Politiker wie trotzig Kinder. Gemeinheit, die spielen faul, das lassen wir uns nicht gefallen. Man glaubt sich stark durch das staatliche Gewaltmonopol. Wenn es im Guten nicht geht, muss der Staat eben härter durchgreifen. Sektorspezifische Regulierungsbehörden sollen her. An die Stelle der nachträglichen Kontrolle des Verhandlungsergebnisses soll die vorherige Genehmigung von Preisen und Vertragsbedingungen treten. Vielleicht soll der Vertragsinhalt auch in Rechtsverord-

1 Einzelheiten bei IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 220-226.

2 S. im Augenblick nur HOHMANN Essential facilities 2001.

3 S. aus der reichhaltigen Literatur nur PAPIER Betriebsberater 1997; BÜDENBENDER Wirtschaft und Wettbewerb 2000b.

4 Darauf weist etwa hin AG Netznutzung Strom, 1, 44.

5 Plastisch zu den reichen Möglichkeiten MÖSCHEL Wirtschaft und Wettbewerb 1999, 841.

nungen vorgeschrieben werden. Manch einer denkt sogar laut über Entflechtung nach, beschönigend strukturelle Separierung genannt⁶.

Doch Kraftmeierei hilft nicht. Der Staat würde sich dabei genauso verkämpfen wie die USA im Vietnamkrieg. Viel zu viel müsste geregelt und anschließend vollstreckt werden. Außerdem sind die Netzbetreiber nicht die einzigen Schurken im Stück. Für die neuen Konkurrenten gibt es keine größere Gewinnchance, als sich mit staatlicher Hilfe einen Teil der unternehmerischen Leistung des Netzbetreibers anzueignen. Netzzugang kann also nicht nur zu schwer, sondern auch zu leicht sein. Der Netzzugangsanspruch mehrt nur dann die Wohlfahrt, wenn der Staat eine Punktlandung hinbekommt, jedenfalls nicht allzu weit davon wegbleibt. Schließlich darf der Wohlfahrtszuwachs, den man sich vom Wettbewerb erhofft, nicht durch die Regulierungskosten aufgezehrt oder gar übertroffen werden.

Intelligente Lösungen sind also gefragt. Diese Untersuchung will zu der Suche nach solchen Lösungen beitragen. Die Erwartungen darf man aber nicht zu hoch stecken. Die perfekte Lösung gibt es nicht. Mit wissenschaftlichen Mitteln kann man nur das Problem besser verstehen, den Lösungsvorrat anreichern und die komparativen Vor- und Nachteile dieser Lösungen aufzeigen. Wissenschaft kann die politische Entscheidung zwischen diesen Lösungen also nur vorbereiten. Die politische Entscheidung muss schließlich von denen getroffen werden, die demokratisch dazu legitimiert sind, einem normativen Belang den Vorrang vor einem anderen zu geben.

Unser Problem besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil ist relativ gut verstanden. Der Staat will Wettbewerbern Zugang zum unangreifbaren Kern eines natürlichen Monopols eröffnen (II). Sehr viel weniger bewusst ist der Gestaltungsbedarf, der bei der Erfüllung dieses Anspruchs im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Zugangspetenten entsteht (III). Auch wenn manche Wissenschaftler das glauben machen wollen: Das Problem löst sich nicht von selbst. Der Netzzugang muss reguliert werden (IV). § 19 IV Nr.4 GWB will die staatliche Intervention gleichwohl auf das Mindestmaß beschränken. Vornehmlich sollen Netzbetreiber und Petenten selbst über das Innenverhältnis entscheiden. Diese Untersuchung geht von dieser Vorentscheidung aus. Idealtypisch eröffnen sich vier Möglichkeiten: Die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung (V), die regulierte Streitbeilegung durch Dritte (VI), die Einwirkung auf Verhandlungsmacht, Organisation und Verfahren der privaten Verhandlungen (VII), schließlich eine korporatistische Lösung (VIII). In den Kategorien, die für diesen Vergleich gebraucht werden, lassen sich schließlich aber auch die politischen Vorschläge beurteilen, die von dem Konzept des verhandelten Netzzugangs abgehen wollen (IX).

6 Diese Rufe sind vor allem bei der Diskussion um eine Novelle zum Energiewirtschaftsgesetz laut geworden, s. zusammenfassend den Fragenkatalog zu der Sachverständigenanhörung am 24.9.2001, http://www.bundestag.de/aktuell/presse/2001/pz_010920.html (1.10.2001).

II. Zugang zum unangreifbaren Kern natürlicher Monopole

Der normative Grund für den gesetzlichen Zugangsanspruch ist mittlerweile gut verstanden⁷. Der Staat interveniert zur Korrektur eines Marktversagens, genauer eines Wettbewerbsversagens. Wenn zwei Bedingungen zugleich erfüllt sind, verfehlen die Märkte systematisch das Wohlfahrtsoptimum: Es gibt ein natürliches Monopol; dieses Monopol ist nicht angreifbar⁸. Ein gesetzlicher Zugangsanspruch macht dann Sinn, wenn der Inhaber des natürlichen Monopols zugleich auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig ist. Dann besteht nämlich die Gefahr, dass er seine Monopolmacht auch auf die vor- oder nachgelagerten Märkte ausweitet, obwohl der Wettbewerb hier eigentlich funktionsfähig wäre⁹. Ein Anspruch der Konkurrenten auf Zugang zu dem vor- oder nachgelagerten Produkt ist allerdings nur dann unvermeidlich, wenn die Nachfrager eine Lösung aus einer Hand erwarten. Sind die Nachfrager bereit, die komplementären Komponenten von unterschiedlichen Anbietern zu beziehen, kann es besser oder jedenfalls ausreichend sein, das Verhalten des Monopolisten gegenüber den Endkunden zu regulieren¹⁰. In den meisten nicht angreifbaren natürlichen Monopolen wird diese letzte Einschränkung aber nicht praktisch. Die meisten Telefonkunden sind etwa nicht bereit, den Ferntransport von einem anderen Anbieter zu kontrahieren als die beiden Ortsnetzstrecken am Beginn und Ende eines Gesprächs.

Ein natürliches Monopol liegt dann vor, wenn ein Anbieter einen Markt zu geringeren Kosten bedienen kann als mehrere. Es kommt also auf das Ausmaß der Größenvorteile im relevanten Bereich der Nachfrage an¹¹. Dass es auf einem Markt nur einen aktuellen Anbieter gibt, nimmt dem Wettbewerb allerdings noch nicht seine Funktionsfähigkeit. Der Monopolist kann durch substitutiven¹², vor allem aber durch potentiellen Wettbewerb ausreichend diszipliniert sein. Die Intensität des potentiellen Wettbewerbs hängt vor allem von der Höhe der Marktzutrittsschranken ab¹³. Wenn das Recht einen Zugangsanspruch schafft, beseitigt es bei dieser Gelegenheit typischerweise rechtliche Hindernisse für den Zugang zu dem Monopolmarkt. Relevant sind praktisch deshalb in der Regel nur tatsächliche Marktzutrittschranken. Sie entstehen vor allem aus versunkenen Kosten. Versunkene Kosten sind die Folge spezifischer Investitionen¹⁴. Es handelt sich also um fixe Kosten für ein Investitionsgut, das in alternativen Verwendungen geringeren oder gar keinen Nutzen stiftet. Sind die versunkenen Kosten erheblich, ist es für den Mono-

7 Die juristische Literatur ist allerdings manchmal noch recht unpräzise. So sprechen LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1220 nur von einem natürlichen Monopol. Davon spricht auch IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 183 und nennt daneben unverbunden Netzexternalitäten, das „Potential zu strategischen Gegenmaßnahmen in Verbundstrukturen“ und Informationssasymmetrien.

8 Umfassend KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 23-33 und passim; s. zur Bahn auch ABERLE und EISENKOPF Schienenverkehr 2001, ***2.2.

9 S. aus der Literatur nur SCHWINTOWSKI WuW 1999, 848 und ausführlich ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998, 13-35.

10 So schon ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998, 25 f.

11 Eine eingängige Darstellung findet sich bei FRITSCH, WEIN und EWERS Marktversagen 1999, 142-160; s. auch KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 23 f.

12 Vgl. KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 111 f.; diese Frage hat vor allem für die Bahn Bedeutung, weil der intermodale Wettbewerb lebhaft ist, ABERLE und EISENKOPF Schienenverkehr 2001, ***4.3.

13 Grundlegend VON WEIZSÄCKER Barriers to entry 1980.

14 Umfassend WILLIAMSON Institutions of Capitalism 1985.

polisten rational, auf Eintrittsversuche mit Verkäufen unter den langfristigen Durchschnittskosten zu reagieren. Für einen potentiellen Konkurrenten wirkt sich das als Kampfpreisunterbietung aus. Er wird dieses Verhalten des Monopolisten antizipieren und von Eintrittsversuchen absehen¹⁵.

Im deutschen Recht ist ein Anspruch auf Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung zum ersten Mal in § 33 TKG niedergelegt worden. Im Telekommunikationsrecht glauben manche, der Anspruch habe eine andere oder jeweils eine zusätzliche normative Grundlage. Es gehe darum, nach dem Ende des Staatsmonopols wirksamen Wettbewerb überhaupt erst herzustellen. Der telekommunikationsrechtliche Zugangsanspruch wird also als ein Instrument der asymmetrischen Regulierung interpretiert. Für eine Übergangszeit messe das Recht ganz offen mit zweierlei Maß. Die Konkurrenten würden über das auf Dauer begründbare Maß hinaus begünstigt. Der Staat wolle die Marktstruktur proaktiv verändern¹⁶. Ob diese Interpretation von § 33 TKG zutrifft, ist hier nicht zu entscheiden¹⁷. Ebenso wenig ist für diese Untersuchung von Bedeutung, ob der Gedanke der asymmetrischen Regulierung auf weitere Branchen erstreckt werden könnte oder sollte. Denn im Zentrum dieser Untersuchung steht § 19 IV Nr.4 GWB. Die Norm ist ganz bewusst als allgemeine, nicht als sektorspezifische Regel formuliert. Asymmetrische Regulierung ist dagegen eine Form der Industriepolitik. Als allgemeine Regel kommt Industriepolitik jedenfalls nicht in Betracht¹⁸.

III. Gestaltungsbedarf im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent

Ein Anspruch auf Zugang zu dem nicht angreifbaren Kern eines natürlichen Monopols läßt sich also gut begründen. Ihr Ziel erreicht diese staatliche Intervention aber nur dann, wenn der Anspruch auch praktikabel, also durchsetzbar ist. Das entscheidende Problem ist die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen dem Inhaber des natürlichen Monopols und den Unternehmen, die auf vor- oder nachgelagerter Marktstufe mit ihm konkurrieren wollen. Der Gestaltungsbedarf ist sehr groß¹⁹. All das muss die Rechtsordnung entweder einseitig vorschreiben, oder sie muss

15 Näher KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 28 f., 53, 106.

In der Wirklichkeit liegt es natürlich oft komplizierter. Die Wettbewerber auf dem vor- oder nachgelagerten Markt können selbst Marktmacht haben. Das natürliche Monopol ist nicht vollständig. Konkurrierende Netze oder zumindest Stichverbindungen zu einzelnen Abnehmern sind möglich, zu beidem näher LAFFONT und TIROLE Journal of Regulatory Economics 1996, 248. Der potentielle Wettbewerb ist zugleich ein substitutiver, so etwa im Fall Puttgarden, dazu BKartA 24.12.1999, WuW/E DE-V 253, 257. Hier geht es ja aber auch nicht um die genaue Ausgestaltung der Zugangsbedingungen, sondern um die Voraussetzungen für die wirksame Durchsetzung eines Zugangsanspruchs. Deshalb können wir diese Varianten hier vernachlässigen.

16 Nachweise bei IMMENGA WuW 1999, 952 f.

17 Kritisch ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998, 66-71.

18 Erstauflage (und ohne Problembewusstsein) anders IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 201.

19 Das intensivste Problembewusstsein findet sich bei LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1222 f.: „Courts must be prepared (1) to command that access be provided to others, (2) to regulate the prices, terms and conditions for the provision of such access, (3) to command the capacity expansion required to make such access feasible and (4) to command that the service of the facility – as expanded to make access feasible – actually be provided to those who demand it”; vgl. auch IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001,

das Zugangsregime so ausgestalten, dass sie sich berechtigt auf den Aushandlungsprozess zwischen den Parteien verlassen kann. Dieses Problem ist auch im Mutterland der essential facilities Doctrin, im Recht der Vereinigten Staaten, einstweilen nicht bewältigt²⁰.

Der Zugangsanspruch ist nicht viel wert, wenn das Zugangsentgelt prohibitiv hoch ist (1). Doch der Gestaltungsbedarf beschränkt sich nicht auf den Preis. Ob der Zugangsanspruch seinen Zweck erfüllt, hängt auch von Qualität und Konditionen ab (2). Der schönste Vertrag nützt nichts, wenn er nicht durchsetzbar ist (3). Der Netzzugang ist kein Produkt von der Stange. Eine Vielzahl von Umständen kann sich während der Laufzeit des Vertrages ändern. Der Vertrag muss also auch für seine eigene Anpassung Sorge tragen (4). Oft begehrt nicht nur ein einziger Wettbewerber Zugang. Dann müssen die verschiedenen Zugangsansprüche angemessen koordiniert werden (5). Schließlich kann der Inhaber des natürlichen Monopols den Zugang auch erschweren, indem er auf die Endkunden einwirkt. Auch das muss im vorhinein bedacht sein (6).

1. Zugangsentgelt

Für gewöhnlich schweigt die Rechtsordnung zur Höhe von Preisen. Sie verlässt sich auf den Wettbewerb. Bei einem gesetzlichen Zugangsanspruch wäre diese Zurückhaltung jedoch fehl am Platze. Denn wollte der Monopolist von sich aus Netzzugang gewähren, bräuhete man den gesetzlichen Anspruch ja gar nicht. Gebraucht wird er nur dann, wenn die Rechtsordnung dem Monopolisten ein Geschäft aufzwingen muss.

Abstrakt ist es leicht, wohlklingende Formeln für die Höhe des Zugangsentgelts zu finden. Die folgende Formulierung trifft das Telos des Zugangsanspruchs sicher richtig: Das Entgelt muss so bemessen sein, dass „der Durchleitungspetent eine faire Chance für Wettbewerbshandlungen gegenüber dem Kunden hat“²¹. Aber was heißt das? Vor dieser Frage steht die Rechtspraxis ziemlich ratlos.

Symptomatisch ist der Fall Puttgarden, einer der ersten beiden Fälle, in denen § 19 IV Nr. 4 GWB zur Anwendung kam. Das Bundeskartellamt formuliert sibyllinisch:

MÖSCHEL § 19 GWB, R 204; ein typisches Beispiel für die Unterschätzung des Problems ist dagegen MARTINEK Archiv für civilistische Praxis 1998, 380: es handle sich um nicht mehr als ein nachrangiges Problem der „Zweckmäßigkeit“.

20 Eindringlich LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1193: “Although the essential facilities doctrine has been the target of some distinguished critics, the remedy of mandatory access has enjoyed persistent, even growing, popularity despite being almost surely unworkable in most cases”.

21 BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2226; weniger passend ebd.: es muss „die seitens des Gesetzgebers erstrebte sparteninterne Konkurrenz mehrerer Anbieter um dieselben Kunden erreicht werden“ (es geht nicht um Marktergebniskontrolle); zweifelhaft auch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2234: das Entgelt ist falsch bemessen, wenn „ein Drittanbieter selbst bei Ausnutzung der günstigsten Strombeschaffungsmöglichkeiten und einem effizienten Management mit äußerst niedrigen Kosten nicht in der Lage ist, konkurrenzfähige Strompreise für Endverbraucher anzubieten“ (warum kommt es nicht auf Effizienz an? warum bleibt die Möglichkeit von Innovation unberücksichtigt?).

„Bei der Festsetzung dieses Entgelts darf Scandlines neben den Grenzkosten der Nutzung des Hafens durch ein drittes Unternehmen auch weitere mit dem Hafen in unmittelbarem Zusammenhang stehende Aufwendungen in angemessener Weise berücksichtigen. Im Lichte des Nichtdiskriminierungs-grundsatzes steht es ihr dabei frei, die Aufwendungen nach Maßgabe der Verteilung des Verkehrsaufkommens zwischen ihr und dem Wettbewerber umzulegen“²².

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat solche Vagheit zu Recht für rechtsstaatlich unerträglich gehalten und die Entscheidung aufgehoben²³. Der Bundesgerichtshof hat das harsche Verdikt des Oberlandesgerichts zwar abgemildert. Die vagen Formulierungen des Bundeskartellamts zur Höhe des Entgelts haben aber auch nach seiner Überzeugung keinen Bestand²⁴. Da der allgemeine Zugangsanspruch im deutschen Recht noch ganz jung ist, könnte man das als Kinderkrankheiten abtun. Aber im Mutterland der essential facilities doctrine steht es auch nach 100 jähriger Anwendungspraxis kein Deut besser²⁵.

Zum Teil liegt das sicher auch an Eigenheiten der juristischen Ausbildung, an der Besetzung der einschlägigen Spruchkörper, an der Ausgestaltung der behördlichen und gerichtlichen Verfahren und an den funktionellen Grenzen juristischen Handelns. All das wird uns näher zu beschäftigen haben. Aber die autoritative Festsetzung des Zugangsentgelts bliebe selbst dann ungewiss, wenn ein wohlwollender ökonomischer Diktator an die Stelle der Juristen träte. Dieser Diktator könnte tief in den ökonomischen Werkzeugkasten greifen und virtuos zwischen rate of return regulation, mark ups, Ramsey pricing und long run incremental cost wählen²⁶. Aber auch er stünde vor Erkenntnisgrenzen und schwierigen normativen Entscheidungen. Um das sozialen Optimum zu treffen, müsste er über viele Informationen aus der Sphäre des Monopolisten und seiner Konkurrenten verfügen. Da die Zugangspreise zugleich über den Erfolg dieser Unternehmen entscheiden, werden sie diese Angaben nicht freiwillig offenbaren. Der Diktator würde den Angaben mit Misstrauen begegnen, die sie ihm vorlegen²⁷. Der Zugangsanspruch ist nur dann sinnvoll, wenn der Monopolist zugleich auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig ist. Durch das Zugangsentgelt soll er aber nur einen Ausgleich für seinen Aufwand aus dem Monopolbereich erhalten. Die Zuordnung kann aus zwei Gründen schwierig sein. Zunächst einmal muss die Kostenrechnung des eingesessenen Unternehmens überhaupt zwischen dem monopolistischen und dem wettbewerblichen Bereich unterscheiden. Vor allem müssen die Gemeinkosten aber zwischen beiden

22 BKA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 262 – Puttgarden.

23 OLG Düsseldorf 25.4.2000, WuW/E DE-R 472 – Puttgarden.

24 BGH 8.5.2001, WuW/E DE-R 703 – Puttgarden II.

25 Eindringlich LIPSKY und SIDA Stanford Law Review 1999, 1232: „The difficulty of that task is suggested by the fact that virtually none of the one hundred and more reported judicial decisions concerning the essential facilities doctrine in antitrust law ever discusses, in precise economic terms, *how* a judge should price access to a bottleneck facility“; der Aufsatz mustert dabei alle Leitentscheidungen des amerikanischen Rechts einzeln durch.

26 Umfangreiches Material bei VALLETTI und ESTACHE Access Pricing 1998; KNEIPS, KÜPPER und LANGEN Abschreibungen 2000; KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 54-63, 83-105.

27 Grundlegend zu diesem Problem der Informationsasymmetrien SCHWEIZER Vertragstheorie 1999; zu seiner Bedeutung für das Verhältnis zwischen einem Regulator und den Adressaten der Regulierung LAFFONT und TIROLE Procurement and Regulation 1993.

Bereichen aufgeteilt werden. Dieses Rechenwerk konstruiert unvermeidlich Wirklichkeit²⁸. Außerdem müsste der Diktator zumindest zwei normative Entscheidungen treffen. Ein Zugangsanspruch wird nur geltend gemacht, wenn die wesentlichen Einrichtungen zur Ausnutzung des natürlichen Monopols vorhanden sind. Diese Einrichtungen werden oft anders, insbesondere teurer sein, als nach heutigem Stand der Technik und heutiger Marktlage angemessen erscheint. Soll das Zugangsentgelt gleichwohl Deckungsbeiträge zu diesen Investitionen enthalten²⁹? Und soll das Entgelt so bemessen sein, dass der Monopolist einen Anreiz zum Ausbau und zur Fortentwicklung des Netzes bekommt? Oder soll es für die potentiellen Konkurrenten attraktiv werden oder bleiben, zumindest in besonders attraktiven Segmenten in alternative Infrastrukturen zu investieren³⁰?

All diesen Problemen könnte der wohlwollende Diktator auch nicht dadurch aus dem Weg gehen, dass er im Zweifel das niedrigere Entgelt wählt. Als Ökonom würde er die Frage vielleicht noch ignorieren, ob dem Monopolisten zugemutet werden kann, seine eigenen Konkurrenten zu subventionieren³¹. Auch bei einer reinen Effizienzbetrachtung ist ein mit staatlicher Hilfe erzwungenes Übermaß an Netzzugang aber nicht weniger schädlich als zu wenig Zugang.

Unsere bisherigen Überlegungen enthalten eine weitere Vereinfachung. Der Zugang zum resistenten Kern eines natürlichen Monopols ist oft kein homogenes Produkt. Ebenso oft unterscheidet sich der Bedarf oder die Zahlungsbereitschaft verschiedener Petenten. Dann ist es rational, keinen Einheitspreis vorzusehen. Über die angemessene Preisstruktur wird zwischen Netzbetreiber und Petenten aber nicht weniger Streit bestehen als über die Höhe des Entgelts³². So ist etwa die Gasabnahme in den Wintermonaten höher als in den Sommermonaten. Das Entgelt für die Durchleitung von Gas durch fremde Leitungen muss diese Spitzenlast abbilden³³. Anschaulich

28 S. nur zwei juristische Hinweise auf das Problem: SIDAK und SPULBER Columbia Law Review 1997, 1103; BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2234 f.

29 Wieder helfen dabei wohlklingende Worte wenig, wie sie sich bei KLAUE ZNER 2000, 273 finden: „Kosten, die im Vertrauen auf den Fortbestand einer bestimmten Markt- und Investitionserwartung getätigt wurden (sog. stranded costs), sind dabei zu berücksichtigen, wenn sie aus der damaligen Sicht bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtungsweise auch bei wirksamem Wettbewerb entstanden wären. Hierbei ist keine ex post, sondern eine ex ante Betrachtung erforderlich“. Selbst ein wohlwollender Diktator könnte dieses Entscheidungsprogramm kaum erfüllen, geschweige denn eine juristische Instanz.

30 Näher CAILLAUD und TIROLE Essential Facility Financing and Market Structure 2001; s. auch Präambel, 11. Erwägung EG Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, EG-Dokument 2000/0185 (COD): „Pricing rules for local loops should foster fair and sustainable competition, bearing in mind the need for investment in alternative infrastructures“; hilflos das Bundeskartellamt im Fall Puttgarden: „Im Übrigen wird dem Interesse der Bet. zu 1. an einer Amortisation ihrer Investitionen in gewissem Umfang [sic !] durch die Entgeltregelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Rechnung getragen, BKartA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 260.

31 Die Kartellgerichte haben mehrfach entschieden, dass die Zumutbarkeitsgrenze dadurch überschritten wäre: BGH 19.6.1975, NJW 1975, 2065, 2068; BGH 10.2.1987, WuW/E BGH 2368; KG 23.1.1992, WuW/E OLG 4951; s. aus der amerikanischen Diskussion SIDAK und SPULBER Columbia Law Review 1997, 1151; SIDAK und SPULBER Columbia Law Review 1997, 1158 sprechen sogar von der „tragedy of the telecommons“.

32 Anschaulich HÉRITIER Regulator-Regulatee 2001, 21 f.; s. auch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2236 f.

33 Vgl. Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, Nr. 4. Dort wird das Problem allerdings nicht durch die Ausdifferenzierung der Preisstruktur gelöst, sondern durch die Veränderung der Konditionen. Durchleitungsverträge sollen in der Regel mindestens für die Dauer eines ganzen Jahres abgeschlossen werden; s. zum Netzengpassmanagement auch ausführlich SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***3.3.3.

ist ein Beispiel aus der Elektrizitätswirtschaft. Physikalisch kann man Strom nicht von einem Punkt einer Leitung zu einem anderen befördern. Vielmehr kann man nur den Spannungszustand des gesamten Netzes aufrecht erhalten. Darauf berufen sich vor allem kleine Stromproduzenten. Sie fordern, das Durchleitungsentgelt dürfe sich nicht nach der Entfernung zwischen Einspeise- und Entnahmestelle richten. Die Netzbetreiber halten entgegen, dass der unternehmerische Aufwand für Errichtung und Betrieb des Netzes sehr wohl etwas mit der Entfernung zu tun habe³⁴.

2. Qualität und Konditionen

Netzzugang ist ein komplexes Produkt. Es genügt deshalb nicht, einen Preis festzusetzen. Auch Qualität und Konditionen müssen bestimmt werden. Der Petent muss eine Vorleistung erhalten, die er für sein eigenes Produkt verwenden kann. Die Integrität des Netzes muss gewahrt bleiben. Die Nutzungswünsche des eingesessenen Unternehmens und seines Konkurrenten müssen auf einander abgestimmt werden. Die verbleibenden Risiken müssen den Parteien zugeordnet werden. All diese Parameter beeinflussen zugleich die Chancen der beiden Kontrahenten im Wettbewerb. Soll der Zugangsanspruch seinen Zweck erfüllen, muss die Rechtsordnung deshalb auch auf die Wahl all dieser Parameter einwirken. Beispiele illustrieren das Ausmaß des Gestaltungsbedarfs.

Bei der Stromdurchleitung müssen Einspeise- und Entnahmepunkte festgelegt werden. Ohne Systemdienstleistungen wie einen Schwankungs- und Frequenzausgleich geht es nicht³⁵. Übertragungsverluste müssen ausgeglichen werden³⁶. Bei der Gasdurchleitung brauchen die Konkurrenten auch Zugang zu den Speichermöglichkeiten³⁷. Der Netzbetreiber muss Gase verschiedener Qualitäten mischen oder das Netz so einrichten, dass sie sich gegenseitig nicht stören³⁸. Wenn mehrere Unternehmen dieselben Schienen nutzen, müssen die Fahrpläne aufeinander abgestimmt werden. Die neuen Anbieter müssen in das Zugüberwachungssystem einbezogen werden. Bei einer Betriebsstörung müssen ihre Züge genauso schnell von den Schienen entfernt werden wie das rollende Material des eingesessenen Unternehmens³⁹.

Anschaulich ist schließlich auch der Fall Puttgarden. Der Konkurrent der Deutschen Bahn, der sich auf § 19 IV Nr.4 GWB beruft, kann den Fährhafen nur mitnutzen, wenn er zuvor umgebaut

34 SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 465, weitere Einzelheiten zu möglichen Gestaltungen der Preisstruktur bei der Strom- und Gasdurchleitung bei SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***3.3.1.2 und 3.3.1.3.

35 Näher SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***2.1 und 3.3.4.

36 ULRICH BÜDENBENDER: Anmerkung zu OLG Dresden 8.2.2001, Recht der Energiewirtschaft 2001, 145, 150; s. auch Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999, insbes. Nr. 2.3.2 und Anlage 2; Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 2001, Anlage 2 sowie Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, Nr. 2, Nr. 6.1 und Anlage Bilanzausgleich; weiteres reiches Anschauungsmaterial bei ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 52-69, wenn auch unter der falschen Überschrift „Sonstige Wettbewerbsbehinderungen“.

37 SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***2.2.

38 Näher Ebd., ***3.3.2.

39 Näher ABERLE und EISENKOPF Schienenverkehr 2001, ***4.1.2, s.auch 6.2.1.

wird⁴⁰. Dafür gibt es viele Varianten⁴¹. Am einfachsten wäre es, wenn die Deutsche Bahn Gleise entfernt, die sie aktuell nicht mehr nutzt, weil der Hafen nur noch die Vogelfluglinie bedient⁴². Dadurch verlöre die Bahn aber zugleich die Option, von diesem Hafen aus den Verkehr zu anderen Zielen in Skandinavien wieder aufzunehmen. Zu klären ist auch, zu wessen Lasten die Umbaukosten gehen sollen. Muss sich die Deutsche Bahn anrechnen lassen, dass dadurch der Wert des Hafens steigt⁴³?

Wenn das Netz seine Funktion verliert, nachdem auch Dritte es nutzen, wäre niemandem geholfen⁴⁴. Was heißt Netzintegrität aber im Einzelfall? Muss auch noch für das unwahrscheinlichste Risiko Vorsorge getroffen sein? Welches Ausmaß an Redundanz ist notwendig, um mit Nachfrageschwankungen oder Störungen fertig zu werden⁴⁵?

Wenn zwei Unternehmen ein und dasselbe Netz nutzen wollen, müssen ihre Nutzungswünsche im einzelnen aufeinander abgestimmt werden. Den Schienenweg und die Bahnhöfe der Deutschen Bahn kann ein Konkurrent nur dann nutzen, wenn sich beide Unternehmen auf einen Fahrplan einigen⁴⁶. Die Nutzung vieler Netze schwankt stark mit dem Zeitablauf. Am Montag Morgen wird mehr telefoniert als am Sonntag Nachmittag. An einem kalten Wintermorgen wird mehr Strom verbraucht als an einem lauen Sommerabend. Konkurrierende Nutzungswünsche sind dann für den Netzbetreiber nur während der Nachfragespitzen ein Problem. Wer muss dann zurücktreten? Wessen Nutzungsverhältnis ist also unterbrechbar⁴⁷?

Das dispositive Schuldrecht hält sich mit der Beschreibung der spezifischen Leistung nicht lange auf. Zum Preis macht es im Normalfall gar keine Aussage. Seine eigentliche Aufgabe ist die Formulierung typischer Konditionen. Sie dienen vor allem der Risikovorsorge. Was geschieht, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Einigung unvollständig war, dass der Vertrag so nicht zu erfüllen ist oder dass sich die Verhältnisse in unvorhergesehener Weise geändert haben? Über die Einordnung von Netznutzungsverträgen in die Vertragstypen des GWB besteht Streit⁴⁸. Doch wie auch immer man diesen Streit entscheidet, ohne maßgeschneiderte Lösungen wird es im Normalfall nicht abgehen.

All das ist nicht nur ein Problem für die Parteien, sondern auch für den regulierenden Staat. Denn die Festlegung von Qualität und Konditionen bestimmt auch über die Chancen im Wettbewerb zwischen dem eingesessenen Unternehmen und seinen neuen Konkurrenten⁴⁹. Ein klassi-

40 BKA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 258 – Puttgarden.

41 Ebd. 265.

42 Ebd. 260.

43 OLG Düsseldorf 25.4.2000, WuW/E DE-R 472, 474 – Puttgarden.

44 S. etwa die Regeln in Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, Nr. 6.1 zur Netzintegrität.

45 Sehr weit geht BKA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 260 – Puttgarden: das Amt will Redundanzen nur noch zulassen, wenn sie erforderlich sind, damit die Deutsche Bahn und ihr neuer Konkurrent einen „durchschnittlichen Standards entsprechenden Fahrdienst“ [sic !] betreiben können.

46 HOHMANN Essential facilities 2001, 308.

47 Vgl. ULRICH BÜDENBENDER: Anmerkung zu OLG Dresden 8.2.2001, Recht der Energiewirtschaft 2001, 145, 150.

48 Näher SALJE Recht der Energiewirtschaft 1998.

49 Anschaulich für die Bahn HÉRITIER Regulator-Regulatee 2001, 19 f.; s. auch WEIN WuW 2000, 1195.

scher Zankapfel ist die Frage des entbündelten Zugangs. Die Wettbewerber der Deutschen Telekom auf dem Markt für Fernnetze wollen Zugang zur nackten Kupferdoppelader der Ortsnetze⁵⁰. In der Elektrizitätswirtschaft wird die gleiche Vokabel für einen anderen Streit verwendet. Die Stadtwerke wollen den großen Stromversorgern nur entbündelten Zugang zu ihren Netzen gewähren. Gemeint ist, dass die Stadtwerke das Vertragsverhältnis zu den Endkunden in der Hand behalten wollen. Die großen Stromversorger wollen dagegen Angebote aus einer Hand machen⁵¹.

3. Schutz vor opportunistischem Verhalten

Die besten Regeln für das Innenverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und seinen Wettbewerbern nützen nichts, wenn sie nicht eingehalten werden. Das gilt an sich natürlich für jeden Vertrag und allgemeiner noch für jedes Schuldverhältnis. Aber das Problem wiegt hier besonders schwer. Denn der Netzbetreiber gewährt seinem Konkurrenten ja nicht freiwillig Zugang zum Netz. Grundsätzlich bleibt der Interessengegensatz deshalb bestehen, auch nachdem das Innenverhältnis verbindlich geregelt ist. Auch das bräuchte die Rechtsordnung an sich noch nicht zu beunruhigen. Auch die Strafbarkeit des Diebstahls ändert nichts am charakteristischen Interessengegensatz zwischen Eigentümer und Dieb. Trotzdem wird nur ein verschwindend kleiner Bruchteil der Sachen gestohlen, die unbeaufsichtigt herumliegen. An die Stellen der Interessenharmonie tritt die von allen geteilte normative Überzeugung, dass Diebstahl Unrecht ist. Schenkt man Berichten aus der Praxis Glauben, hat sich eine vergleichbar sichere normative Überzeugung für das Verhältnis von Netzbetreiber und Petent aber einstweilen nicht gebildet. Anscheinend widerstehen die Netzbetreiber der Versuchung nur schwer, gegen Buchstaben oder Geist des Vertrages zu verstoßen, wenn sie dadurch ihren Konkurrenten das Leben schwer machen können⁵². Eine alternative Erklärung würde Normativität nicht völlig leugnen, aber annehmen, dass sie vom Wettbewerbsdruck maskiert wird.

Welche der beiden Erklärungen der Wirklichkeit näher kommt, kann hier letztlich offen bleiben. Es genügt die Einsicht, dass das Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent mit rational-theoretischen Kategorien im wesentlichen wirklich angemessen erfasst ist. Beide Seiten, und folglich auch der intervenierende Staat, tun deshalb gut daran, opportunistisches Verhalten der anderen Seite zu antizipieren. Der Netzzugangsanspruch erfüllt nur dann seine wettbewerbspolitische Aufgabe, wenn ein nachträglicher Bruch der Netzzugangsbedingungen für keine Seite lohnend erscheint. Sie muss sich durch einen Bruch der einmal festgelegten Zugangsbedingungen selbst mehr schaden als durch deren Einhaltung. Ein solches Regime ist aber nicht leicht zu entwerfen. Schon die beiden Partner selbst werden oft nicht feststellen können, ob sich der andere an die vereinbarten Regeln hält. Für den außenstehenden Staat ist das regelmäßig noch schwieriger. Überdies ist der Zugangsanspruch oft nur zu praktizieren, wenn eine Seite Kosten

50 Um diesen Streit geht es in ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998.

51 Näher SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 8 f.

52 Plastisch MÖSCHEL Wirtschaft und Wettbewerb 1999, 841; s. auch VALLETTI und ESTACHE Access Pricing 1998, 28; WEIN WuW 2000, 1195/1197; ABERLE und EISENKOPF Schienenverkehr 2001, ***4.2.2.

versenkt. Sie muss also transaktionsspezifische Investitionen vornehmen. Man könnte sie hier auch regulierungsspezifische Investitionen nennen. So müsste die Bahn den Hafen Puttgarden umbauen, damit der Konkurrent den Verkehr aufnehmen kann. Und die Eigentümer der Stromnetze müssten in aufwendige Mess- und Abrechnungstechnik investieren, wenn sie den Strom ihrer Konkurrenten durchleiten wollen⁵³. Wer solche Investitionen getätigt hat, wird erpressbar. Sein Vertragspartner kann ihm Neuverhandlungen aufzwingen und sich dadurch eine Quasirente im Gegenwert der versunkenen Kosten aneignen. Dagegen hilft wirksam nur eins: Der eine Partner investiert nur, wenn der andere ebenfalls in gleicher Höhe Kosten versenkt. Dann kommt es nämlich zu einem Gleichgewicht des Schreckens⁵⁴.

4. Anpassung an veränderte Umstände

Die Voraussetzungen eines Zugangsanspruchs stehen nicht ein für alle Mal fest. Ob ein Anbieter niedrigere Kosten hat als mehrere, hängt von der Größe des Markts ab. Steigt die Nachfrage weit genug, gibt es kein natürliches Monopol mehr. Durch technische oder organisatorische Innovationen können die Produktionskosten so sinken, dass mehrere Anbieter nebeneinander bestehen können. Werden alternative Verwendungen für die Investitionen des aktuellen Monopolisten gefunden, wird der Markt angreifbar. Das Zugangsregime muss so ausgestaltet sein, dass der Zugangsanspruch dann ausläuft⁵⁵. Änderungsbedarf wird sich im übrigen oft aus den Erfahrungen der Parteien ergeben. Denn der Netzzugang ist ein derart komplexes und spezifisches Produkt, dass es den Parteien nicht gelingen wird, gleich im ersten Zugriff die beste Lösung zu finden. Noch viel weniger wird das dem außenstehenden Staat gelingen. Auch aus diesem Grunde muss das Innenverhältnis deshalb von vornherein anpassungsoffen gestaltet werden.

5. Koordination mehrerer Zugangsansprüche

Die bisherigen Forderungen an das Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petenten waren schon anspruchsvoll genug. Ganz regelmäßig ist aber selbst dieses Bild noch viel zu einfach. Denn warum soll es nur einen Konkurrenten geben, der Zugang zum Netz beansprucht? Gibt es mehr Interessenten, genügt ein bilaterales Zugangsregime nicht. Es ist ein multilaterales Regelwerk erforderlich. Die unterschiedlichen Nutzungswünsche müssten aufeinander abgestimmt werden. Am Beispiel der Bahn: Der Fahrplan wird noch komplizierter. Und es kann zu Interessenkonflikten zwischen verschiedenen Zugangspetenten kommen. Denn diese Unternehmen stehen ja auch untereinander im Wettbewerb. Wer bekommt die besten Nutzungszeiten? Darf der Netzbetreiber den Wünschen des einen Petenten nach der Umgestaltung des Netzes so weit entgegenkommen, dass die Geschäftsidee des zweiten Petenten nicht mehr zu realisieren ist? Darf

53 Das gilt jedenfalls für das Modell der Verbändevereinbarung Strom II. Die Netzbetreiber zögern genau aus diesem Grunde mit der Umsetzung, SCHNEIDER *Energy Conflicts* 2001, 9 f./11.

54 Das sind die Grundgedanken von WILLIAMSON *Institutions of Capitalism* 1985.

55 LAFFONT und TIROLE *Journal of Regulatory Economics* 1996, 228; HERDEGEN in Geis und Lorenz 2001, 141.

der Netzbetreiber dem ersten Zugangswunsch entgegenhalten, er müsse auch für künftige Zugangswünsche offen bleiben⁵⁶?

Der wichtigste multilaterale Konflikt entsteht aber aus der notwendig begrenzten Kapazität der Einrichtung, zu der Zugang begehrt wird. Ein gesetzlicher Zwang zur Ausweitung der Kapazität wäre vermutlich schon nicht praktikabel. Die Rechtsordnung müsste dem Monopolisten dann ja im einzelnen seine Investitionen vorschreiben⁵⁷. Denkbar wäre allenfalls der Zwang zur Ausschöpfung von Reserven für Nachfragespitzen und Störungen. Davon war bereits die Rede. Stößt die Gesamtheit der Nutzungswünsche an die Kapazitätsgrenzen, muss eine Auswahlentscheidung getroffen werden. Das Bundeskartellamt hat sie im Fall Puttgarden kurzerhand der Bahn überlassen⁵⁸. Mit der Vorstellung eines gesetzlichen Zugangsanspruchs ist das schwer zu vereinbaren. Ob jemandem ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen einen Dritten zusteht, kann schlecht im Belieben dieses Dritten stehen. Die Auswahlmaßstäbe müssen im Gesetz selbst angelegt sein. Für unseren Fall bedeutsamer: Gewährt der Netzbetreiber einem Konkurrenten Zugang, muss das Innenverhältnis so ausgestaltet werden, dass es an spätere, ebenso berechnigte Zugangsansprüche Dritter angepasst werden kann.

6. Schutz vor flankierenden Zugangsbehinderungen

Das letzte Anliegen kann man in zivilistischer Terminologie als den vorbeugenden Schutz vor positiven Forderungsverletzungen beschreiben. Der Netzbetreiber soll den Zugangsanspruch nicht durch Einwirkung auf Dritte konterkarieren. Das wichtigste Anwendungsbeispiel stammt aus dem Strommarkt. Netzbetreiber wollten ihre bisherigen Kunden nur dann aus dem zivilrechtlichen Vertrag entlasten, wenn sie ein Wechselentgelt entrichteten⁵⁹.

IV. Unregulierte Verhandlungen?

In der amerikanischen Literatur findet sich eine wunderliche These: Die Rechtsordnung brauche sich um die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent gar nicht zu kümmern. Wenn man die Parteien nur verhandeln lasse, fänden sie von selbst zur normativ angemessenen Lösung⁶⁰. Theoretisch sind in der Tat Situationen denkbar, in denen der Netz-

56 Im ersten Anwendungsfall von § 19 IV Nr.4 GWB hat das BKartA das kurzerhand als Schutzbehauptung abgetan, BKartA 30.8.1999, WuW/E DE-V 149, 152 – Berliner Stromdurchleitung.

57 LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1222.

58 BKartA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 253 – Puttgarden.

59 ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 49-52, s.auch Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999, Protokollerklärung Nr. 2; KLAUE ZNER 2000, 272.

60 Am deutlichsten ist das in der folgenden Passage: „Our analysis demonstrates that voluntary exchange is consistent with efficiency in network access pricing“, SPULBER und SIDAK Industrial and Corporate Change 1997, 778; so auch die Interpretation des Ansatzes bei LAPUERTA und TYE Telecommunications Policy 1999, 129/132; vgl. auch SPULBER und SIDAK Industrial and Corporate Change 1997, 759: die vorgeschlagene Lösung ist auch sozial angemessen, weil es nur dann zum Markteintritt kommt, wenn ein Konkurrent billiger anbieten kann.

betreiber von sich aus Netzzugang anbietet. So mag der Netzbetreiber nicht die Ressourcen besitzen, um ein weiteres Nachfragesegment auf dem nachgelagerten Markt zu bedienen. Vielleicht hat er auch überschüssige Kapazitäten, die auf diese Weise besser ausgelastet werden. In der Elektrizitätswirtschaft findet sich sogar ein leidlich passendes praktisches Beispiel. Die Netzbetreiber schreiben dort Regelenenergie aus, wo die regionale Nachfrage das regionale Angebot übersteigt. Sie können diese Nachfrage zwar durch Einspeisung von Strom an entfernteren Orten bedienen. Je kürzer die Distanz zwischen Einspeise- und Ausspeiseort ist, desto billiger können sie aber anbieten⁶¹.

Freiwilliger Netzzugang wird jedoch die seltene Ausnahme bleiben. Denn der Netzbetreiber fördert dadurch ja zugleich die eigenen Konkurrenten auf dem vor- oder nachgelagerten Markt. Deutlicher formuliert: Solange er den Zugang zum Netz erfolgreich verweigert, bleibt er auch auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ohne Konkurrenten. Wenn er Zugang gewährt, riskiert er also die Monopolrente auf dem abgeleiteten Markt. Er sieht sich künftig gezwungen, die Preise zu senken und die Menge auszuweiten. Daraus wird deutlich, dass die Freiwilligkeitslösung auch zu einem ineffizienten Ergebnis führt. Der Volkswirtschaft geht insgesamt etwas verloren. Denn ein rationaler Monopolist wird dem Netzzugang nur zustimmen, wenn er für den Verzicht auf die Monopolrente entschädigt wird. Dafür finden die Vertreter dieser Lösung beschönigende Worte. Sie sprechen vom Ersatz für ein „Zugangsdefizit“⁶². Der Netzbetreiber solle nicht nur für seinen unternehmerischen Aufwand entschädigt werden, sondern auch für seine „Opportunitätskosten“⁶³.

Fairerweise ist allerdings einzuräumen, dass die Autoren ihr Modell für eine andere Situation entwickelt haben. Ausgangspunkt war die amerikanische Regulierung der Telekommunikation. Dass reguliert wird, steht dann fest. Es geht darum, einen Entgeltmaßstab zu finden, der den Regulierungsaufwand minimiert. Unsere Autoren schlagen dafür eine „efficient component pricing rule“ vor⁶⁴. Aber auch dann bleibt es normativ unbefriedigend, dass der Netzbetreiber Ersatz für die verlorene Monopolrente erhalten soll. Retten lässt sich das allenfalls mit einer weiteren Eigenheit der amerikanischen Telekommunikationsregulierung. Dort sind nämlich nicht nur die Zusammenschaltungsentgelte reguliert, sondern auch die Endabgabepreise⁶⁵. Dann muss man genauer untersuchen, ob der vertikal integrierte Monopolist durch die Regulierung des zweiten Preises ausreichend diszipliniert ist. § 19 IV Nr.4 GWB betrifft jedoch gerade Branchen ohne sektorspezifische Regulierung. In unserem Zusammenhang kommt deshalb weder eine Freiwilligkeitslösung noch eine efficient component pricing rule in Betracht.

V. Subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung

61 SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***3.2.1.

62 LAFFONT und TIROLE Journal of Regulatory Economics 1996, 247.

63 LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1233-1237.

64 Konzise Darstellung und Kritik bei VALLETTI und ESTACHE Access Pricing 1998, 14-16.

65 Auf diesen Umstand weisen Ebd., 15 zu Recht hin.

Ohne regulierenden staatlichen Eingriff geht es also nicht. Der gegenwärtige § 19 IV Nr.4 GWB ist klassisch ordnungsrechtlich gedacht. Der Staat interveniert einseitig von hoher Hand. Er tut das in den Formen des öffentlichen Rechts oder des Zivilrechts. Gegen einen widerstreitenden Netzbetreiber setzt er seine Entscheidung mit Hilfe des staatlichen Gewaltmonopols durch. § 19 IV Nr.4 GWB ist allerdings nicht bloß eine Eingriffsgrundlage für die Kartellbehörden. Vielmehr hat ein Petent, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind, bereits kraft Gesetzes einen Anspruch. Die Vorschrift bedarf also nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht in jedem Einzelfall der hoheitlichen Konkretisierung und Vollziehung. Die einseitige staatliche Entscheidung ist im Ausgangspunkt vielmehr subsidiär. An sich soll der Netzbetreiber den gesetzlichen Anspruch des Petenten von sich aus erfüllen. Die Parteien sollen miteinander verhandeln und das Innenverhältnis geeignet ausgestalten. Die hoheitlichen Verfahren sind an sich nur die Rückfallposition, falls sich eine Seite ganz weigert oder falls Streit über die Interpretation von Tatbestand oder Rechtsfolgen der Norm besteht.

Diese Lösung gilt es im Folgenden, näher zu entfalten. Wir werden zu diesem Zweck die reiche Dogmatik der einschlägigen Eingriffs- oder Anspruchsgrundlagen und ihres normativen Umfelds analysieren. Das geschieht aber nicht in dogmatischer Absicht. Denn diese Untersuchung hat ja ein rechtspolitisches Ziel. Sie soll nicht nur zeigen, ob das geltende Recht befriedigt, sondern auch die Optionen zu seiner Verbesserung betrachten. Deshalb werden sich an die Dogmatik des geltenden Rechts jeweils auch solche Überlegungen zu seiner Fortentwicklung anschließen, die innerhalb des gerade skizzierten Modells einer subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung bleiben.

Wir beginnen mit den Anspruchsgrundlagen (1) und den Verfahrensarten (2). Ein schwieriges dogmatisches Problem sind Antrag und Tenor (3). Praktisch steht und fällt die Lösung mit den Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes (4). Begrenzte Erleichterung verschaffen die Möglichkeiten zur Teilentscheidung (5). Auch beim Beweis der zugrunde liegenden Tatsachen sind Erleichterungen vorhanden oder denkbar (6). Weitere Verbesserungen verschafft zusätzliche Regulierung zur Erleichterung der eigentlichen Regulierung (7) und der Übergang zu leichter justiziablen materiellrechtlichen Maßstäben (8). Will man das gegenwärtige Modell beibehalten, sollte man jedoch mutiger sein und ein geeignetes Verfahren für den Als-Ob-Wettbewerb entwickeln (9). Damit sind die Grenzen des Modells der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung ausgelotet. Den Abschluss des Abschnitts bildet das normative Urteil (10).

1. Anspruchsgrundlagen

Den Anlass für diese Untersuchung bildet die junge Vorschrift des § 19 IV Nr.4 GWB. Ein Anspruch auf Netzzugang kann jedoch auch aus anderen Normen innerhalb⁶⁶ und außerhalb des

66 Zusammenfassend ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 6.

GWB abgeleitet werden⁶⁷. Zu denken ist insbesondere an einen Preismissbrauch im Sinne des § 19 IV Nr. 2 GWB⁶⁸ und an den allgemeinen Behinderungsmissbrauch nach §§ 19 IV Nr. 1, 20 I GWB⁶⁹. Die wichtigste spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage findet sich in § 6 I EnWG⁷⁰. Andere Anspruchs- oder Eingriffsgrundlagen finden sich etwa in den §§ 33 TKG, 14 AEG⁷¹, 28 und 29 PostG und in der Verordnung über die Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen. Alle spezialgesetzlichen Tatbestände passen allerdings nur bedingt hierher. Denn sie sind jeweils in eine mehr oder minder intensive sektorspezifische Regulierung eingebunden. Hier geht es dagegen um die Frage, ob ein Netzzugangsanspruch ohne solch eine Einbettung sinnvoll ist.

2. Verfahrensarten

Wir haben bislang den Ausdruck „Anspruchsgrundlage“ als Kurzformel verwendet. Dogmatisch ist das gleich in mehrfacher Hinsicht nicht richtig. § 32 GWB ermächtigt die Kartellbehörden, Unternehmen ein Verhalten zu untersagen, das nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verboten ist. Nach § 19 IV Nr. 4 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu einer essential facility zu gewähren. Wenn die Kartellbehörden die Vorschrift durchsetzen, geht es also nicht um eine Anspruchs-, sondern um eine Eingriffsgrundlage. Für die Durchsetzung der parallelen Vorschrift des § 6 I EnWG im Verwaltungsverfahren sind im übrigen nicht die Kartellbehörden zuständig, sondern nach § 18 des Gesetzes die Landesminister als Energieaufsichtsbehörden⁷².

Nach § 33 GWB kann ein Petent seinen Zugangswunsch auch vor den Zivilgerichten verfolgen. Auch dann ist die Kurzformel von der Anspruchsgrundlage aber nicht ganz richtig. Denn § 33 GWB ist ein Schadensersatz- und ein Unterlassungsanspruch. Nur funktionell, nicht dogmatisch ist ein Anspruch auf Unterlassung der Lieferverweigerung identisch mit einem Anspruch auf Netzzugang⁷³. Eine weitere dogmatische Streitfrage wird uns noch intensiver beschäftigen müssen: Folgt aus §§ 33 i.V.m. 19 IV Nr. 4 GWB ein Anspruch auf Zugang zum Netz, oder nur ein Anspruch auf den Abschluss eines Netzzugangsvertrages⁷⁴?

3. Antrag und Tenor

67 Zusammenfassend und zum Konkurrenzverhältnis IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 209 und R 220-226.

68 Näher ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 8-22.

69 BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2232-2236; KLAUE ZNER 2000, 273 f; ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 39 f.

70 Zur Dogmatik der Vorschrift s. etwa BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2227-2229.

71 Dazu umfassend, auch zu den Ausführungsvorschriften der EIBV, ABERLE und EISENKOPF Schienenverkehr 2001.

72 Näher SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 468-471; KLAUE ZNER 2000, 274.

73 Vgl. THEOBALD und ZENKE WuW 2001, 23.

74 S. vorläufig nur Ebd., 24 und näher unten 8.

Wer vor den Zivilgerichten klagt, muss einen ausreichend bestimmten Antrag stellen, § 253 II Nr. 2 ZPO. Wenn er einen Leistungs- oder Gestaltungsantrag stellt, muss der Antrag einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Im Erkenntnisverfahren muss also vollständig darüber entschieden werden, welche Handlung, Unterlassung oder Gestaltungswirkung der Kläger beanspruchen kann. Ebenso muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein, § 37 VwVfG. Der Adressat muss dem Verwaltungsakt entnehmen können, welche Handlung oder Unterlassung genau von ihm verlangt wird⁷⁵. Soll § 19 IV Nr.4 GWB nicht aus verfahrensrechtlichen Gründen leerlaufen, müssen sich derart bestimmte Angaben aus dieser Norm ableiten lassen⁷⁶.

Mit diesen Anforderungen tut sich die Anwendungspraxis von § 19 IV Nr.4 GWB sehr schwer⁷⁷. In allen veröffentlichten Anwendungsfällen lässt der Tenor zentrale Fragen offen⁷⁸. Besonders krass liegt es im Fall Puttgarden⁷⁹. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Entscheidung des Bundeskartellamts aufgehoben, weil Angaben zur Höhe des Entgelts ebenso fehlten wie zu den preisbildenden Faktoren, zum Umbau des Hafens und zur Abwälzung der Umbaukosten auf die Antragsteller⁸⁰. Das wahre Ausmaß des Problems ergibt sich aus unseren Überlegungen zum Gestaltungsbedarf im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent⁸¹. Scheitern die Verhandlungen zwischen den Parteien, muss all das durch Gerichtsurteil oder Verwaltungsakt entschieden werden. Klarer noch: Antrag und Tenor müssen also einen vollständigen Vertrag für die langfristige Lieferbeziehung zwischen den Parteien enthalten. Jede Vertragsklausel muss in den Gründen der Entscheidung durch Subsumption aus der Generalklausel des § 19 IV Nr.4 GWB abgeleitet werden.

4. Einstweiliger Rechtsschutz

Das sind schon dann herkulische Anforderungen, wenn das Gericht im Hauptverfahren Zeit hat. Wer einen Durchleitungsanspruch einklagt, will dem Gericht diese Zeit aber nicht lassen. Denn

75 Konsequent müsste sich die Frage auch im Verwaltungsverfahren nicht erst beim Abschluss, sondern bei der Eröffnung des Verwaltungsverfahrens stellen. Ohne die genaue Festlegung des Verfahrensgegenstands kann etwa nicht entschieden werden, wer nach § 13 II VwVfG beizuladen ist. Im Schrifttum wird das Bestimmtheitserfordernis an dieser Stelle aber üblicherweise noch nicht diskutiert. Das dürfte an dem Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens liegen, § 10 VwVfG.

76 Das wird auch deutlich, wenn man die Parallelen zu vergleichbaren Ansprüchen zieht. Zum Vorvertrag s. HORN Archiv für civilistische Praxis 1981, 282 f; MARTINEK Archiv für civilistische Praxis 1998, 353; zu Neuverhandlungspflichten s. MARTINEK Archiv für civilistische Praxis 1998, 352-354; zu gesetzlichen Belieferungsansprüchen s. BGH 30.6.1981, WuW/E BGH 1885, 1886 – adidas; BGH 22.1.1985, WuW/E BGH 2125, 2126 – Technics, aber nuancierend BGH 8.5.2001, WuW/E DE-R 703, 705 f. – Puttgarden II.

77 Zusammenfassend UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 132 f.

78 S. im einzelnen BKartA 30.8.1999, WuW/E DE-V 149, 149 – Berliner Stromdurchleitung; LG Potsdam 2.2.2000, WuW/E DE-R 464, 464 – Stadtwerke Zehdenick; LG Dortmund 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 565 – Gashandel.

79 BKartA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 253 – Puttgarden.

80 OLG Düsseldorf 25.4.2000, WuW/E DE-R 472, 473 f. – Puttgarden. Das OLG hat dabei den Gestaltungsbedarf ausdrücklich nicht erschöpfend bestimmt, sondern nur die offensichtlichsten Mängel herausgegriffen (473). Zusätzlich springt ins Auge, dass der Begünstigte offengeblieben ist. Der BGH hat die Entscheidung ausdrücklich gebilligt, falls der Entscheidungsausspruch nicht auf die Verpflichtung zur Aufnahme von Verhandlungen beschränkt wird (dazu sogleich 5), BGH 8.5.2001, WuW/E DE-R 703, 707 – Puttgarden II.

81 S. oben III.

bis zum Urteil kann er in den Markt ja nicht eintreten. Zieht sich das Verfahren über mehrere Instanzen hin, kann das viele Jahre dauern. Durchleitungsansprüche werden deshalb praktisch immer im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht. Das ist rechtsstaatlich nicht unproblematisch. Denn der einstweilige Rechtsschutz nimmt ja beinahe unvermeidlich die Hauptsache vorweg. Das gilt insbesondere dann, wenn der Netzbetreiber zur Erfüllung des Durchleitungsanspruchs spezifische Investitionen tätigen muss⁸². Wenn sich in einem späteren Hauptsacheverfahren herausstellen sollte, dass der Anspruch in Wahrheit gar nicht besteht, würden diese Investitionen nutzlos. Das kann den Netzbetreiber wirtschaftlich zwingen, eine Durchleitung fortzusetzen, zu der er rechtlich nie verpflichtet war. Solche Befriedungsverfügungen sind nicht kategorisch ausgeschlossen⁸³. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund sind dann aber besonders streng. Das Anliegen des Verfügungsklägers muss also besonders dringlich sein. Und die Anforderungen an die Bestimmtheit des Antrags sind besonders hoch⁸⁴. Wir hatten gesehen, dass sie schon im Hauptverfahren kaum zu erfüllen sind. Erst recht müssen Versuche der Anwendungspraxis scheitern, die Bestimmtheitsanforderungen mit Blick auf die Eilbedürftigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes sogar noch abzusenken⁸⁵.

Das funktionelle Äquivalent der Einstweiligen Verfügung im Verwaltungsverfahren ist die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts. Widerspruch und Anfechtungsklage haben dann keine aufschiebende Wirkung. Der Adressat ist auf den Antrag an das Verwaltungsgericht beschränkt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs wiederherzustellen. Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, Verfügungen der Kartellbehörden nach § 19 IV Nr.4 GWB schon im Gesetz für sofort vollziehbar zu erklären⁸⁶. Dem hat sich der Gesetzgeber jedoch gerade nicht angeschlossen⁸⁷. Das Bundeskartellamt kann den Sofortvollzug gleichwohl im Einzelfall nach § 65 I GWB anordnen. De lege lata muss es dafür aber Gründe finden, die über den allgemeinen Wunsch nach baldigem Wettbewerb in dem vor- oder nachgelagerten Markt hinausgehen⁸⁸. Konsequenter muss man diese Wertentscheidung des Gesetzgebers de lege lata auch auf das Zivilverfahren erstrecken. Auch dort kann der Verfügungsgrund also nicht allein mit dem Wunsch nach baldigem aktuellem Wettbewerb begründet werden.

82 Näher oben III 3; dem Problem wäre allerdings abzuhelpen, wenn der Petent dem Netzbetreiber die spezifischen Investitionen ersetzen muss, falls die einstweilige Verfügung im Hauptverfahren nicht bestätigt wird.

83 Näher Anm. BÜDENBENDER zu OLG Dresden 8.2.2001, RdE 2001, 145, 150; LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 204.

84 Näher UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 135 f.

85 Solche Versuche unternehmen LG Dortmund 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 566 – Gashandel; Anm. BÜDENBENDER zu OLG Dresden 8.2.2001, RdE 2001, 145, 151.

86 BTDRs. 13/9720, 77 f.

87 Zu den Gründen siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung, BTDRs. 13/9720, 83; weitere Einzelheiten zur Gesetzgebungsgeschichte bei HOHMANN Essential facilities 2001, 320 f.

88 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 213; s. auch UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 16; das verkennen HOHMANN Essential facilities 2001, 319-324; LG Dortmund 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 567.

De lege ferenda wäre eine Verschärfung (in den verfassungsrechtlichen Grenzen) möglich. Sie wird gefordert von dem Berichterstatter der CDU/CSU in den Beratungen über eine Änderung des EnWG, SCHAUERTE, Stellungnahme vom 24.9.2001; s. auch Fragen I Nr. 15 und III Nr. 27 im Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung zu dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes am 24.9.2001.

5. Teilentscheidung

Nach § 304 ZPO kann das Zivilgericht über den Anspruchsgrund vorab entscheiden, wenn sowohl Grund wie Betrag streitig sind. Das ist eine besondere Ausprägung des Zwischenfeststellungsurteils nach § 303 ZPO. Auch ein Verwaltungsakt kann einen bloß feststellenden Inhalt haben. Die gleiche Möglichkeit besteht deshalb auch im Verwaltungsverfahren. Beschränken sich Behörde oder Gericht auf diese Feststellung, brauchen sie (zunächst) noch keine Aussagen zur Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen dem Netzbetreiber und dem Petenten zu machen. Das entlastet Antrag und Tenor von den geschilderten Bestimmtheiterfordernissen⁸⁹.

Die Kartellbehörden und -gerichte spielen damit den Ball an die Parteien zurück. Rechtlich steht die Einigungspflicht dann zwar fest. Funktionell setzt der Staat aber auf eine Rechtspflicht zur Mitwirkung an der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen. Solch eine Pflicht ist insbesondere von den zivilrechtlichen Neuverhandlungspflichten her vertraut⁹⁰. Wenn sich die Parteien nicht einigen, muss das Innenverhältnis aber schließlich doch vom Staat ausgestaltet werden. Weil die Einigung den Interessen des Netzbetreibers widerspricht, ist das jedenfalls nicht unwahrscheinlich.

Das Grundurteil darf nicht mit einem Vorschlag verwechselt werden, der sich gelegentlich in der Anwendungspraxis findet. Das Bundeskartellamt verpflichtet den Netzbetreiber einstweilen zur Gewährung des Zugangs. Es greift ein im einzelnen nicht begründetes Entgelt. Die korrekte Berechnung des Entgelts behält es dem Hauptsacheverfahren vor. Dann erhält der Netzbetreiber gegebenenfalls eine Nachzahlung oder muss seinerseits überzahlte Beträge zurückerstatten⁹¹. Alternativ wird auch vorgeschlagen, dass der Netzbetreiber den Zugang bis zum Abschluss des Hauptverfahrens kostenlos gewähren müsse⁹². Das sind keine bloß prozessualen Erleichterungen mehr. Vielmehr sind das Versuche einer Uminterpretation des materiellen Rechts zulasten der Netzbetreiber. Darauf müssen wir später zurück kommen⁹³.

6. Beweis

Wenn sich Netzbetreiber und Petent nicht einigen können, muss das Innenverhältnis zwischen ihnen notfalls von den Kartellbehörden und -gerichten festgesetzt werden. Dafür brauchen Be-

89 BGH 8.5.2001, WuW/E DE-R 703, 707 (s. auch 704 f.) – Puttgarden II; LG Berlin 27.6.2000, WuW/E DE-R 533, 535 – Fortum; vgl. auch Australien: The National Access Regime, Issues Paper, <http://www.pc.gov.au/inquiry/access> (30.9.2001), 11.

90 Näher HORN Archiv für civilistische Praxis 1981, 283 f.; s. auch MARTINEK Archiv für civilistische Praxis 1998, 339 f.

Rechtspolitisch könnte diese Pflicht durch die behördliche oder gerichtliche Festsetzung einer Frist verschärft werden. Diesen Weg hat die EG-Kommission bei einer ausgehandelten Zusage beschritten: KOM 21.3.2000, COMP/JV.37 – BSkyB/Kirch Pay TV, WuW/E EU-V 455, 460.

91 BKartA 29.6.1992, RdE 1992, 197, 203 – VNG/WIEH; zustimmend IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 214.

92 So insbesondere OLG Dresden 8.2.2001, RdE 2001, 145, 147; s. auch UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 131-133.

93 Näher unten 9.

hörde oder Gericht eine Fülle von Informationen. Im Zivilprozess gilt grundsätzlich das Prinzip der relativen Wahrheit. Solange das Gegenteil nicht allzu offensichtlich ist, kann sich das Gericht damit begnügen, was eine Partei vorgetragen und die andere nicht bestritten hat. Im Verwaltungsverfahren gilt dagegen der Amtsermittlungsgrundsatz. Kritisch wird es aber vor allem in dem nicht unwahrscheinlichen Fall, dass eine Seite in strategischer Absicht über die Tatsachen streitet. Dann müssen die Tatsachen nämlich in dem dafür vorgesehenen förmlichen Verfahren bewiesen werden. Im Zivilprozess hat der Gegner noch eine weitere strategische Option. Was auch immer die andere Partei vorgetragen hat, kann er bestreiten. Dann muss die erste Partei entweder Beweis antreten oder ihre bislang unsubstantiierte Behauptung näher substantiieren. Auch dann kann der Gegner sie zum Beweis zwingen, indem er seinerseits substantiiert bestreitet. Angesichts der unvermeidlichen Komplexität des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent führt das Beweisrecht in den Alptraum eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens. Denn die Rechtsordnung braucht dafür eine Fülle von Tatsachen, die normalerweise unter Wettbewerb gefunden würden⁹⁴. Sie muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren prognostische Aussagen machen⁹⁵.

Das wichtigste Problem ist also die kaum noch übersehbare Fülle an zu erwartenden Beweisthemmen. Manche wollen das Problem entschärfen, indem sie die Beweislast, im Zivilprozess auch die Darlegungslast, stets dem Netzbetreiber auferlegt⁹⁶. De lege lata ist das kaum zu begründen. Denn § 19 IV Nr.4 GWB enthält in seinem zweiten Halbsatz eine Beweislastumkehr. Sie ist aber ausdrücklich auf den Anspruchsgrund beschränkt. Die Voraussetzungen für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen den Parteien sind davon gerade nicht umfasst⁹⁷. Auch de lege ferenda ist auf diese Weise nicht viel zu gewinnen. Zunächst hilft die Beweislastumkehr ohnehin nur bei ja/nein-Fragen. Bei der Höhe des Entgelts geht es von vorneherein um etwas anderes. Hier ist keine qualitative, sondern eine quantitative Frage im Streit. Bei der Ausgestaltung von Qualität und Konditionen und bei der Entscheidung über Schutzvorkehrungen gegen opportunistisches Verhalten ist das ontologisch zwar anders. Bevor das Gericht vor solch einfachen ja/nein-Fragen steht, muss es aber erst einmal den in sich geschlossenen Entwurf eines Vertragswerks vor sich liegen haben. Selbst wenn eine Seite einen ihr günstigen Musterentwurf vorliegt, kann das Gericht diesen Entwurf nicht einfach mit einer Beweislastentscheidung annehmen oder ablehnen. Außerdem besteht ein innerer Zusammenhang zwischen der Verteilung der materiellen Beweislast und dem Telos der Norm⁹⁸. Auch aus diesem Grunde kann die generelle Beweislast

94 WEIN WuW 2000, 1196.

95 IMMENGA Ebd.1999, 954 f. Ein anschauliches Beispiel ist die – rechtsstaatlich wohl kaum erträgliche – unsubstantiierte Aussage des BKartA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 262 – Puttgarden: „Es bestehen jedoch starke Zweifel an der Ernsthaftigkeit des vorgetragenen Projekts“.

96 De lege lata: ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 44 f.; wohl auch SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 472; vgl. auch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2235; de lege ferenda gefordert in der Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelstags vom 17.10.2000; Berichterstatter der CDU/CSU SCHAUERTE zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.9.2001; erwogen in III Nr. 27 des Fragenkatalogs zur öffentlichen Anhörung zu dem Entwurf; vgl. auch Art. 13 III Entwurf einer EG Verordnung über den Zugang zu Telekommunikationsnetzen, EG-Dokument 2000/0186 (COD).

97 HOHMANN Essential facilities 2001, 314; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 215; s. auch VON WALLEMBERG Kommunikation und Recht 1999, 153.

98 Grundlegend KOKOTT Beweislastverteilung 1993.

des Netzbetreibers nicht in Betracht kommen. Sie wäre eine Einladung zur Selbstbedienung der Petenten. Damit wäre das wettbewerbspolitische Ziel von § 19 IV Nr.4 GWB nicht weniger verfehlt als durch zu wenig Netzzugang⁹⁹.

Auch wo eine vollständige Umkehr der Beweislast nicht in Betracht kommt, sind manchmal doch Beweiserleichterungen denkbar. Beim Prima-Facie-Beweis wird die Tatsache, auf die es eigentlich ankommt, indirekt bewiesen. Das ist dann möglich, wenn ein Erfahrungssatz den genügend sicheren Schluss von der Hilfstatsache auf die Haupttatsache zulässt. Dann gilt der Beweis der Haupttatsache als erbracht, solange es dem Gegner nicht gelingt, den Schluss von der Hilfstatsache auf die Haupttatsache zu erschüttern. Er muss also Sachverhaltselemente dartun und notfalls beweisen, aus denen sich der ungewöhnliche Charakter des konkreten Falls ergibt¹⁰⁰. Auch auf diese Weise kann aber nur das Beweisproblem erleichtert werden, nicht das Bestimmtheitsproblem¹⁰¹. Vor allem wirkt sich aber aus, dass der Netzzugang kein standardisiertes Produkt ist¹⁰². Echte Erfahrungssätze gibt es deshalb praktisch nicht. Die von der Praxis vor allem verwendete Vergleichsmarktanalyse geht über den Prima-Facie-Beweis schon hinaus. Sie wird uns unter dem Blickwinkel des Als-Ob-Wettbewerbs noch näher beschäftigen¹⁰³.

Dem Gesetzgeber der Zivilprozessordnung sind die konzeptionellen Schwierigkeiten beim Beweis quantitativer Tatsachen nicht verborgen geblieben. § 287 ZPO ermächtigt das Gericht deshalb in Grenzen zur Schätzung der Höhe. Diese Abweichung von rechtsstaatlichen Standards ist allerdings an strenge Voraussetzungen geknüpft. Das Gesetz verlangt, dass „die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitenden Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen“. Außerdem darf das Gericht nur „unter Würdigung aller Umstände“ schätzen. Das kann, muss aber keineswegs bei der Festsetzung des Zugangsentgelts helfen.

7. Regulierung zur Erleichterung der Regulierung

Der Gesetzgeber kann den Kartellbehörden und -gerichten ihre Aufgabe vorbeugend erleichtern. In erheblichem Umfang hat er das auch heute schon getan. Er verpflichtet die Netzbetreiber also zur Mitwirkung an ihrer eigenen Regulierung. Notfalls kann diese Mitwirkung erst während ei-

99 Zum symmetrischen Charakter des Problems s. bereits oben III 1.

100 Zusammenfassend ROMMÉ Anscheinsbeweis 1989.

101 Das erkennt ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 45: „Zumindest ist aber im Sinne einer Beweiserleichterung ein Netzbetreiber für die Höhe des angemessenen Entgelts dann darlegungspflichtig, wenn sich aufgrund von Indizien (insbesondere aufgrund der Subtraktions- und Vergleichsmethode) der Verdacht erhärtet, dass das geforderte Netznutzungsentgelt unangemessen und missbräuchlich überhöht ist“. Welches Entgelt abstrakt angemessen ist, kann nicht bewiesen werden. Beweisbar ist höchstens, ob das Entgelt von x DM pro exakt definierter Einheit einer genau definierten Leistung bei ebenso definierten Konditionen angemessen ist.

102 BGH 8.5.2001, WuW/E DE-R 703, 706 – Puttgarden II: es gibt keine „üblichen Bedingungen entsprechender Verträge“, auf die zurückgegriffen werden könnte.

103 S. unten 9.

nes schon laufenden Kartellverfahrens verlangt werden¹⁰⁴. Vor allem helfen aber solche Verhaltenspflichten, die bereits vor dem Beginn eines Kartellverfahrens ansetzen. So verpflichtet das Energiewirtschaftsgesetz die Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur getrennten Buchführung für die Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung¹⁰⁵. In der einschlägigen Verbändevereinbarung haben sich die Gasversorgungsunternehmen verpflichtet, eine Netzkarte zu veröffentlichen¹⁰⁶. Dieselbe Verpflichtung hätte auch gesetzlich begründet werden können. Das Energiewirtschaftsgesetz verpflichtet die Elektrizitätsversorger, die Netznutzungsentgelte zu veröffentlichen, die sie ihren Wettbewerbern tatsächlich in Rechnung gestellt haben¹⁰⁷. Außerdem müssen sie jährlich Richtwerte zur Spanne der Durchleitungsentgelte¹⁰⁸ und die technischen Mindestanforderungen für den Anschluss an ihr Netz veröffentlichen¹⁰⁹. Auf dem Gebiet der Telekommunikation denkt das Europarecht diesen Gedanken weiter und verlangt die Veröffentlichung eines vollständigen Referenzangebots¹¹⁰. Das macht allerdings nur dann Sinn, wenn zumindest der Zugang zu dem konkreten Netz standardisierbar ist.

8. Leichter justifiable normative Maßstäbe

Der Gesetzgeber hat noch eine zweite Option. Er kann das materielle Recht so verändern, dass es leichter justitabel wird. Angesichts der erheblichen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Zugangsansprüchen versuchen viele Interpreten, die gleiche Wirkung auch ohne das erneute Tätigwerden des Gesetzgebers zu erreichen. Dabei kommt es gelegentlich zu beinahe schon abenteuerlichen dogmatischen Kunststücken.

Die kühnste Lösung liest sich so: § 19 IV Nr.4 GWB und § 6 I EnWG enthalten einen unmittelbaren gesetzlichen Zugangsanspruch¹¹¹, nicht bloß einen Kontrahierungszwang¹¹². Zivilrechtlich

104 So wollen ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 42 und HOHMANN Essential facilities 2001, 315 den Netzbetreiber nach einem Sphärengedanken zur Aufklärung im Verfahren verpflichten; vgl. auch IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 215 und Art. 4 II (b) EG Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, EG-Dokument 2000/0185 (COD).

105 § 9 II 1 EnWG. Künftig sollen ähnliche Pflichten nach § 9 a EnWG auch für Gasversorgungsunternehmen bestehen. S. aus der Literatur auch VALLETTI und ESTACHE Access Pricing 1998, 19 f; KLAUE ZNER 2000, 272 f; KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 109

106 Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, Nr.3; der Deutsche Industrie- und Handelstag fordert in seiner Stellungnahme zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.9.2001 eine „generelle Veröffentlichungspflicht von Angaben über verfügbare Kapazitäten und absehbare Engpässe“.

107 § 6 IV EnWG.

108 § 6 IV 1 EnWG.

109 § 4 II 1 EnWG.

110 Präambel 12. Erwägung EG Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, EG-Dokument 2000/0185 (COD); Art 9 II Entwurf einer [allgemeinen] Netzzugangsverordnung, EG-Dokument 2000/0186 (COD); vgl. auch KOM 21.3.2000, COMP/JV.37 – BSKyB/Kirch Pay TV, WuW/E EU-V 455, 460; „Kirch agrees to make available on written request by interested third parties term sheets including licensing fees and conditions for standard technology“; der Deutsche Industrie und Handelstag hat bei der Diskussion um die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes am 17.10.2000 die gleiche Forderung erhoben.

111 OLG Dresden 8.2.2001, RdE 2001, 145, 145; LG Berlin 27.6.2000, WuW/E DE-R 533, 535 – Fortum; LG Dortmund 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 566 – Gashandel; LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 203/205; THEOBALD und ZENKE WuW 2001, 24.

ist der Netznutzungsvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit werkvertraglichem Charakter¹¹³. Der Werkunternehmer ist zur Vorleistung verpflichtet¹¹⁴. Deshalb hat der Netzbetreiber kein Zurückbehaltungsrecht, wenn er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zur Öffnung seines Netzes verpflichtet wird¹¹⁵. Bis zur Entscheidung in der Hauptsache wird er also zur kostenlosen Durchleitung verpflichtet. Das ist dogmatisch unhaltbar¹¹⁶. Wichtiger ist an dieser Stelle aber, dass solch ein Anspruch auch rechtspolitisch in die Irre führen würde. Das normative Ziel ist es nicht maximaler Netzzugang, sondern optimaler. Der Netzzugang kann also nicht nur zu schwierig sein, sondern auch zu leicht. Nicht nur die Netzbetreiber können strategisch handeln, sondern auch die Petenten. Wenn sich die Parteien nicht nachträglich auf das Gegenteil einigen, hätte der Netzbetreiber bis zur Vollstreckung des Urteils in der Hauptsache ohne vertragliche Grundlage geleistet. Er wäre auf schwer zu beziffernde Ersatzansprüche verwiesen¹¹⁷. Auch trüge er das Insolvenzrisiko. Zum Schutz des Petenten vor Obstruktion genügt es, wenn er den Anspruch auf Vertrag und den Anspruch aus dem Vertrag im selben Verfahren verfolgen kann¹¹⁸.

Eine zweite Lösung mag gelegentlich helfen. Das Kartellgericht oder die Kartellbehörde verpflichtet den Netzbetreiber, dem Petenten bis zum Abschluss des Hauptverfahrens gegen das höchste denkbar Entgelt Zugang zu gewähren¹¹⁹. Zunächst geht das jedoch nur im Einverständnis des Petenten. Außerdem braucht die Behörde oder das Gericht hinreichend sichere Anhaltspunkte für die maximale Höhe des Entgelts. Denn auf das vom Netzbetreiber geforderte Entgelt kann es nicht ankommen. Er würde in strategischer Absicht ein prohibitives Entgelt fordern, zumindest aber Ersatz für den Verlust der Monopolrente beanspruchen¹²⁰.

Vor allem nützt die bloße Festlegung des Preises aber noch nichts. Auch für die Übergangszeit bis zum Abschluss des Hauptverfahrens müssen vielmehr Qualität und Konditionen bestimmt werden. Gelegentlich kann man den Gedanken des Höchstbetrags analog anwenden. Nicht selten streiten die Parteien darüber, wie hoch der Netzbetreiber die Leistungen aggregieren darf, die er

112 DREHER Der Betrieb 1999, 838; SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 468 f; UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 134; HOHMANN Essential facilities 2001, 307 f; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 211; ULRICH BÜDENBENDER: Anmerkung zu OLG Dresden 8.2.2001, Recht der Energiewirtschaft 2001, 145, 150.

113 SALJE Recht der Energiewirtschaft 1998.

114 UNGEMACH und WEBER Ebd.1999, 131-133.

115 Ebd., 133.

116 Auf das vertragliche Zurückbehaltungsrecht kann es nur ankommen, wenn zwischen den Parteien zuvor ein Werkvertrag zustande gekommen ist. Selbst wenn aus § 19 IV Nr.4 GWB oder § 6 I EnWG ein gesetzlicher Durchleitungsanspruch folgen würde, wäre die Einordnung des künftig vielleicht einmal zustande kommenden Zugangsvertrages irrelevant. Es könnte allein darauf ankommen, ob bereits der gesetzliche Anspruch zur Vorleistung verpflichtet. Im Lichte von Art. 14 GG ist das nicht vorstellbar.

117 Richtigerweise wäre das wohl kein Anspruch aus Bereicherungsrecht, sondern aus dem prozessrechtlichen Schuldverhältnis, das die einstweilige Verfügung begründet.

118 LG Magdeburg 14.4.2000, WuW/E DE-R 542, 543 – Europower; s. bereits HORN Archiv für civilistische Praxis 1981, 279 f.

119 BKartA 29.6.1992, RdE 1992, 197, 203 – Gasdurchleitung; BKartA 30.8.1999, WuW/E DE-V 149, 149 – Berliner Stromdurchleitung; OLG Düsseldorf 25.4.2000, WuW/E DE-R 472, 476 f. – Puttgarden; UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 15; ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 46; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 212 und 214.

120 S. bereits oben IV.

seinem Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt anbietet. Die Konkurrenten wollen oft einen größeren Teil dieser Tätigkeit selbst übernehmen. Sie glauben, sie könnten das billiger. Sie wollen sich mehr Freiheit beim Design ihres eigenen Produkts sichern. Oder sie fürchten, das eingesessene Unternehmen könne ihnen sonst in die Karten sehen¹²¹. Dann kann die Kartellbehörde oder das Kartellgericht festlegen, welche Leistungen der Petent übergangsweise mindestens abnehmen muss¹²². Das geht aber nur, wenn zwischen den Parteien nicht mehr als ein einziges Qualitätsmerkmal streitig ist. Ein ganzes Vertragswerk lässt sich in dieser Plus-Minus-Logik nicht nachstellen.

Scheinbar geht es viel einfacher. Das Gericht ordnet den Netzzugang an und ermächtigt eine der beiden Parteien, Preis und Vertragsbedingungen einseitig festzusetzen. Das Gericht prüft nur nachträglich, ob diese Partei die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens überschritten hat¹²³. § 315 BGB reicht dafür als dogmatische Grundlage jedoch nicht. Bevor die Vollstreckung der Einstweiligen Verfügung oder des Verwaltungsakts beginnt, besteht zwischen den Parteien weder ein konkludentes noch ein faktisches Vertragsverhältnis¹²⁴. Ohne diese Grundlage wäre es willkürlich, wenn der Staat einer der beiden streitenden Parteien ein Gestaltungsersessen einräumt. Es wäre so gut wie sicher, dass diese Partei das Ermessen missbraucht.

Die Missbrauchsgefahr ist gebannt, wenn der Gesetzgeber selbst oder ein von ihm ermächtigter untergesetzlicher Normgeber Preis, Qualität und Konditionen festlegt. Die Verbändevereinbarung Gas ist ein Beispiel¹²⁵. Sie enthält Vorgaben für die Berechnung des Durchleitungsentgelts und der durchgeleiteten Menge¹²⁶. Der Nachteil dieser Lösung liegt an anderer Stelle. Der Normgeber kennt den konkreten Fall nicht. Er kann nur eine Lösung entwerfen, die für typische Fälle passt¹²⁷. Die Norm kann zwar Öffnungsklauseln für atypische Einzelfälle enthalten. Sie hilft den Kartellbehörden und -gerichten aber nur dann, wenn der Nachweis des atypischen Charakters erschwert wird. Sonst käme es ja doch in jedem Fall zur detaillierten Prüfung. Die prozessuale Erleichterung wird also sehenden Auges mit dem Risiko falscher Sachentscheidungen erkaufte. Dieses Risiko wiegt um so schwerer, je stärker die Einzelfälle streuen. Bei einem allgemeinen Zugangsanspruch nach der Art von § 19 IV Nr.4 GWB sind typisierende Regeln deshalb kaum vorstellbar. Denkbar sind sie am ehesten für Branchen mit relativ homogenen Netzen.

121 Näher ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998.

122 OLG Düsseldorf 25.4.2000, WuW/E DE-R 472, 476 f. – Puttgarden; UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 15.

123 LG Berlin 27.6.2000, WuW/E DE-R 533, 536 – Fortum; LG Dortmund 1.9.2000, WuW/E DE-R 565, 565 – Gashandel; LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 204 – EVU; ULRICH BÜDENBENDER: Anmerkung zu OLG Dresden 8.2.2001, Recht der Energiewirtschaft 2001, 145, 150 f.

124 Das unterscheidet diese Konstellation von den Fällen, auf die sich BÜDENBENDER (vorige FN) beruft: BGH 2.6.1964, BGHZ 41, 271, 275 – Werkmilchabzug; BGH 19.1.1983, NJW 1983, 177, 177.

125 Es passt dogmatisch allerdings nicht ganz, weil die Verbändevereinbarung gerade kein Fall von delegierter Rechtsetzung ist, sondern eine korporatistische Lösung, näher unten VIII. Auch LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 204 passt nicht ganz hierher. Das LG hat zugelassen, dass die konkrete Berechnung der Durchleitungsmenge an Haushalte durch die pauschale Berechnungsmethode der BTOEl ersetzt wird. Das Gericht hat sich also eines untergesetzlichen Regelwerks für seine eigene, gestaltende Entscheidung bedient.

126 S. im einzelnen Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, 3, 6.1, 6.3 und 2. Nachtrag: Einbeziehung der Haushaltskunden.

127 Näher zum Problem der Typisierung BÖHM Normmensch 1996.

9. Verfahren für den Als-Ob-Wettbewerb

§ 19 IV Nr.4 GWB behandelt die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als einen Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Bis zur letzten Novelle des Gesetzes war der allgemeine Missbrauchstatbestand nicht als unmittelbares Verbot formuliert, sondern als Eingriffsgrundlage für die Kartellbehörden. Das hat man geändert, um auch Bußgelder verhängen zu können und um den geschützten Unternehmen einen direkt klagbaren Anspruch zu verschaffen¹²⁸. Dadurch sind nicht nur die Tatbestandsvoraussetzungen, sondern auch die Rechtsfolge dogmatisch zu einer Wahrheitsfrage geworden. Die Rechtsfolge muss sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, ohne dass einer Behörde oder einem Gericht ein Entscheidungsermessen eingeräumt wäre.

Zumindest für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen im Sinne des § 19 IV Nr.4 GWB ist das sachwidrig. Denn bei dieser Norm geht es nicht um wirklichen Wettbewerb, sondern um Als-Ob-Wettbewerb¹²⁹. Der Gesetzgeber will Zustände schaffen, „als ob“ auf dem nicht angreifbaren Monopolmarkt Wettbewerb herrschte. Der Monopolist wird sogar gezwungen, diesen Markt neu zu eröffnen¹³⁰. Den „wahren“ Preis gibt es dafür ebenso wenig wie die „wahre“ Qualität oder die „wahren“ Konditionen¹³¹. Die autoritative Festlegung von Preis, Qualität und Konditionen für den Als-Ob-Wettbewerb ist unvermeidlich eine gestaltende Entscheidung. Die Kartellbehörde oder das Kartellgericht konstruieren dadurch Wirklichkeit¹³². Besteht ein ernstzunehmendes Risiko für ein hinreichend wichtiges Schutzgut, muss das in einem demokratischen Rechtsstaat möglich sein. Die gestaltende Entscheidung muss dann aber rechtsstaatlich ausreichend umhegt sein. Genau das geschieht in der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre. Die Behörde darf ihr Ermessen weder zu Zwecken missbrauchen, zu denen es nicht eingeräumt war. Noch darf sie die äußeren Ermessensgrenzen überschreiten. Auch ist sie zur Gleichbehandlung verpflichtet, solange sie nicht erkennbar und auf Dauer ihre Politik geändert hat¹³³. Auch um der Rechtsstellung des Petenten willen braucht die Rechtsordnung nicht so zu tun, als handle es sich um eine gebundene Entscheidung. Sie könnte dem Petenten nicht nur ein Antragsrecht einräumen, sondern die Kartellbehörde auch zur Entscheidung verpflichten, gegebenenfalls dafür sogar eine Frist festsetzen.

Hat man sich diesen Zusammenhang klargemacht, kann man auch drei Hilfsmittel bewerten, deren sich die Kartellbehörden bei der Festsetzung des Zugangsentgelts bedienen: Interne Verrechnungspreise, die Preise auf Vergleichsmärkten und analytische Kostenmodelle. Keines dieser drei Hilfsmittel genügt den strengen Anforderungen des Beweisrechts. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass die Preise für die Belieferung Dritter mit den internen Verrechnungspreisen über-

128 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 2.

129 KLAUE ZNER 2000, 273; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 204.

130 BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2226.

131 Hinzu kommt, dass die Vorstellung vom „objektiven“ Preis seit Jahrhunderten aufgegeben ist. Rechtstechnisch: das römisch-rechtliche Institut der *laesio enormis* hat das BGB aus gutem Grund nicht übernommen, SCHWINTOWSKI ZNER 1998, 10 f.

132 Zur Unterscheidung zwischen beobachteter und konstruierter Wirklichkeit s. etwa BÖRZEL und RISSE Internationale Institutionen 2001.

133 Zur Ermessenslehre s. nur MAURER Allgemeines Verwaltungsrecht 2000, § 7.

einstimmen. Im Gegenteil gibt es für ein Unternehmen viele gute Gründe, einen Unternehmens-
teil aus den Erträgen eines anderen zu subventionieren. Dafür eignet sich die Ausgestaltung der
Verrechnungspreise. Andere Gründe für die Wahl der Verrechnungspreise sind die Folgen für
Handels- und Steuerbilanz. Schließlich entscheidet das Unternehmen auf diese Weise, wie es auf
Wettbewerb reagiert.

Ebenso wenig gibt es einen Erfahrungssatz, dass die Preise auf räumlich oder sachlich getrennten
Märkten gleich wären. Solange die Märkte getrennt sind, werden sich im Gegenteil auch solche
Unterschiede in der Nachfrage, den Kosten oder den Wettbewerbsverhältnissen ausprägen, die
auf einem einheitlichen Markt vom Wettbewerb beseitigt würden. Schließlich kann es in einer
Marktwirtschaft auch keinen Erfahrungssatz geben, dass die Preise den Kosten entsprechen. Wer
einen Markt neu eröffnen oder in ihn eintreten will, mag den Nachfragern die Entscheidung
durch niedrige Einführungspreise erleichtern. Wer in der Vergangenheit Kosten versenkt hat,
mag auf den Markteintrittsversuch eines Konkurrenten mit einer Preissenkung reagieren. Je we-
niger ein Unternehmen vom Wettbewerb kontrolliert ist, desto eher wird es versuchen, durch
überhöhte Preise eine Monopolrente zu erzielen. Mit der Figur des Prima-Facie-Beweises lassen
sich diese Strategien der Kartellbehörden also nicht erklären¹³⁴.

Auch als Schätzhilfe lassen sich die drei Strategien nicht interpretieren¹³⁵. Jedes der drei Krite-
rien ist vielmehr offen normativ. Der Netzbetreiber soll seinen Konkurrenten auf dem nachgela-
gerten Markt kein höheres Netzentgelt berechnen als seiner eigenen Betriebsabteilung. Er soll
keine höheren Preise berechnen dürfen als andere Netzbetreiber auf vergleichbaren Märkten. Er
soll keine Preise in Rechnung stellen dürfen, die höher sind als die von der Rechtsordnung für
angemessen gehaltenen Kosten. Alle drei Hilfsmittel entpuppen sich also als Leitlinien zur Ein-
grenzungen des Gestaltungsermessens der Kartellbehörden und -gerichte bei der Festsetzung des
Zugangsentgelts.

Ein Zugangsanspruch kann nicht nur auf § 19 IV Nr.4 GWB, sondern auch auf § 19 IV
Nr. 2 GWB gestützt werden¹³⁶. Auf diese Weise kann in den Zugangsanspruch ein Diskriminie-
rungsverbot hineingelesen werden¹³⁷. Unmittelbar hilft das allerdings nur, wenn der Netzbetrei-
ber einzelnen Unternehmen bereits Zugang gewährt. Dann können ihn die Kartellbehörden dazu
verpflichten, weitere Interessenten zu gleichen Konditionen zu beliefern¹³⁸. Stellt man auf die
internen Verrechnungspreise ab, weitet man das Diskriminierungsverbot in doppelter Weise aus.
Zunächst bekommt es ein transitorisches Element. Die internen Verrechnungspreise dienen als

134 Näher oben 6. Im übrigen passt der prima facie Gedanke auf quantitative Fragen ohnehin nicht, s. näher ebd.

135 Zur Schätzung näher oben 6.

136 Zu den Eingriffsgrundlagen näher oben 1.

137 KLAUE ZNER 2000, 273.

138 Das war die Grundlage der Entscheidung des US Court of Appeals im Fall *Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc.*, 194 F.2d 484 (1st Cir.), cert. denied, 344 U.S. 817 (1952); eine Darstellung des Falls findet sich bei LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1201 f. Vorausgesetzt ist im übrigen natürlich ausreichende Kapazität, näher oben III 5.

Krücke für die Preisfestsetzung, solange der Markt für Netzzugang noch gar nicht eröffnet ist¹³⁹. Zum anderen wird die Organisationsfreiheit des vertikal integrierten Unternehmens beschränkt. Wenn es die internen Verrechnungspreise auch Dritten gewähren muss, wird es mittelbar gezwungen, die beiden Betriebsteile wie selbständige Unternehmen zu führen¹⁴⁰.

Die Praxis der Kartell- und Regulierungsbehörden hilft sich bei der Entgeltfestsetzung mit den Preisen, die auf Vergleichsmärkten gezahlt werden¹⁴¹. Am häufigsten ist der Vergleich mit den Entgelten für den Zugang zu ausländischen wesentlichen Einrichtungen gleicher Art¹⁴². Manchmal vergleicht die Praxis aber auch die Preise auf verschiedenen sachlichen¹⁴³ und zeitlichen Märkten¹⁴⁴. Sieht man sich diese Praxis näher an, wird offensichtlich, ein wie breites Ermessen die Kartellbehörden in Anspruch nehmen. Sie lassen sich nicht davon stören, dass auf dem Vergleichsmarkt ein Monopol besteht¹⁴⁵ oder dass der Vergleichsmarkt staatlich reguliert ist¹⁴⁶. Mangelnde Vergleichbarkeit soll durch Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden¹⁴⁷. Oder die Kartellbehörden nehmen gleich die Freiheit in Anspruch, sich ein Vergleichsobjekt auszusuchen. So sollen die inländischen Vergleichsmärkte bei § 19 IV Nr.4 GWB von vornherein außer Betracht bleiben, weil der Verdacht besteht, das Preisniveau im Inland sei allgemein überhöht¹⁴⁸. Unter den ausländischen Vergleichsmärkten sei der mit den niedrigsten Zugangsentgelten auszuwählen¹⁴⁹. Selbst wenn man bereit wäre, § 19 IV Nr.4 GWB bereits de lege lata als Ermessensnorm zu interpretieren, wären die Ermessensgrenzen durch solch forsches Vorgehen eindeutig überschritten. Rechtfertigen ließe es sich allenfalls dann, wenn der Netzzugangsanspruch als Instrument der asymmetrischen Regulierung gedacht wäre. Denn die Kartellbehörden streben

-
- 139 LAPUERTA und TYE Telecommunications Policy 1999, 142 f; BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2231; vgl. auch IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 204.
- 140 In der amerikanischen Diskussion ist deshalb auch plastisch vom „parity principle“ die Rede, LAPUERTA und TYE Telecommunications Policy 1999, 131; s. auch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2227-2229.
- 141 S. nur IMMENGA WuW 1999, 952; ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 72; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 12; RegTP 15.6.1998, WuW/E DE-V 63, 70-74 – Preselection II; s. auch Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999, Anl. 3 „Preisfindungsprinzipien“; Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000, Nr.6 (vor Nr. 6.1); Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 2001, 2 und Anlage 3.
- 142 BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2232; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 162-167.
- 143 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 166; skeptisch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2226.
- 144 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 167; skeptisch BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2226.
- 145 Ausführlich BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2229-2232; s. auch KLAUE ZNER 2000, 273 und IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 162.
- 146 Dass sich die anderen Mitgliedstaaten der EG in den Sektoren Strom und Gas für das Modell des regulierten, nicht des verhandelten Netzzugangs entschieden haben, steht der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts „nicht von vornherein entgegen“, ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 12 f.; s. auch RegTP 15.6.1998, WuW/E DE-V 63, 71 f. – Preselection II.
- 147 Ebd., 16-19; IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 163.
- 148 ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 11
- 149 Ebd., 11 f.; vorsichtiger BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2232.

hier augenscheinlich nicht optimalen, sondern maximalen Netzzugang an. Das verfehlt das normative Ziel¹⁵⁰.

Die Ähnlichkeit zwischen den Hilfsmitteln der Kartellbehörden bei der Bestimmung des Zugangsentgelts und den Instrumenten der Antidumping-Behörden bei der Festlegung der Dumpingspanne ist kein Zufall. Beide Male geht es darum, den Preis zu bestimmen, „als ob“ der Wettbewerb wirksam wäre. Wenn die Dumpingbehörden keine ausreichend ähnlichen Vergleichsmärkte finden, greifen sie zu einer Methode, die sie ganz offen „konstruierte“ Preise nennen¹⁵¹. Die Kartell- und Regulierungsbehörden sprechen lieber von Kostenorientierung¹⁵² oder von analytischen Kostenmodellen¹⁵³.

Erst recht brauchen die Kartellbehörden und -gerichte Ermessen, um die übrigen Elemente des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent festzulegen. Das wichtigste Hilfsmittel wäre der Vergleich mit dem Gerechtigkeitsprogramm des dispositiven Rechts¹⁵⁴. Denn der Netzzugang ist, wie schon mehrfach betont, ein ganz atypisches Produkt. Ja mehr noch, möglichen Zugangsfälle unterscheiden sich auch untereinander viel zu sehr. Damit bleibt auch hier allenfalls der Blick auf Vergleichsmärkte¹⁵⁵. Dort werden die Kartellbehörden und -gerichte bei ihrer Gestaltungsaufgabe aber wenig Halt finden.

10. Das normative Urteil

Juristische Dogmatik ist geronnene Erfahrung. Doch diejenigen, die ihre Erfahrungen in Dogmatik gießen, haben für gewöhnlich nur ein praktisches Interesse. Ihr eigener und künftige ähnliche Fällen sollen besser entschieden werden. Wer diese Erfahrungen in rechtspolitischer Absicht nutzen will, muss sie deshalb gleichsam erst dechiffrieren. Er muss explizit machen, welche Belange eine bestimmte dogmatische Entscheidung tragen. Erst dann kann er diese mit alternativen Lösungen vergleichen, die in anderen Zusammenhängen praktiziert oder von Theoretikern entwickelt worden sind. Das soll im Folgenden geschehen.

Die Liste der Kriterien ist lang. Der regulierende Eingriff soll ein Marktversagen korrigieren. Zunächst müssen wir deshalb die Mechanismen aufhellen, mit denen die subsidiäre einseitige

150 S. oben II.

151 Einzelheiten bei JACKSON World Trading System 1997, insbes. 261-265.

152 Art. 3 III EG Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, EG-Dokument 2000/0185 (COD); IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 204: „Es bleibt nur, sich sehenden Auges in den Sumpf von Kostenkontrollen zu begeben“.

153 IMMENGA WuW 1999, 954; ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 31-39, s. auch 29 f.; kritisch DOLL und WIECK Multimedia und Recht 1998; KNIIPS Multimedia und Recht 1998.

154 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 173; das ist allerdings nur so lange richtig, wie der Gesetzgeber dem Alternativkonzept kein Gehör schenkt, das vor allem Spieltheoretiker anregen. Sie schlagen vor, nicht die typische gerechte Lösung als dispositives Recht festzuschreiben. Vielmehr sollen die Regeln so gewählt werden, dass sie die Parteien dazu veranlassen, durch Änderungswünsche private Information zu offenbaren, näher BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 147-153 und passim.

155 IMMENGA und MESTMÄCKER GWB 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 173.

staatliche Entscheidung Anreize korrigiert (a). Sie tut das unter den Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung (b). Diese Funktionsbedingungen beschränken die Möglichkeiten zur Spezifikation der Entscheidung (c), zum Informationszugang (d), zur Schnelligkeit (e) und der Verlässlichkeit der Entscheidung (f), zu ihrer Anpassung an veränderte Umstände (g), zur Bewältigung multipolarer Konflikte (h) und zum Schutz offener Flanken (i). Der Intervention in den Formen des Rechts sind auch bestimmte Chancen und Schwierigkeiten der Implementation eigen (j). Schließlich hängt die Leistungsfähigkeit dieser Lösung davon ab, wie leicht sie Zugang zur Normativität eröffnet (k).

Leistungsfähigkeit ist nicht das einzige Kriterium zur Beurteilung eines Steuerungsinstruments. Sie wird regelmäßig vielmehr durch Nachteile und Kosten erkaufte. Diese Nachteile können in allokativen Verzerrungen bestehen (l), in einer Schwächung der Steuerungskraft des Wettbewerbs (m), in unerwünschten Verteilungseffekten (n), in den Kosten für Rechtsstaat, Demokratie und individuelle Freiheit (o) und in der Anfälligkeit für politökonomische Verzerrungen (p). Schließlich unterscheiden sich Steuerungsinstrumente danach, wie offen sie für eine Evolution der Regel selbst sind (q).

a) Wirkungspfade der Anreizkorrektur

§ 19 IV Nr.4 GWB und die spezialgesetzlichen Netzzugangsansprüche korrigieren den mangelnden Anreiz des Netzbetreibers durch einseitige staatliche Entscheidung. Der Staat greift also auf sein Gewaltmonopol zurück, um die Anreize zu ändern. Das hat einen großen Vorzug. Die Anreizkorrektur und das Finden der Lösung im Einzelfall fallen zusammen. Wenn es dem Staat gelingt, die richtige Entscheidung zu fällen, ist seine Intervention deshalb sehr treffsicher. Wir werden sehen, dass das bei alternativen Interventionen viel weniger gewiss ist. Das gilt insbesondere für regulierte Verhandlungen¹⁵⁶.

Das deutsche Recht hat sich allerdings bewusst für das System des verhandelten, nicht des regulierten Netzzugangs entschieden. Es erwartet die Anreizkorrektur also nicht davon, dass in jedem Einzelfall eine Behörde oder ein Gericht interveniert. Vielmehr setzt es vor allem auf die Vorwirkungen, die von der Möglichkeit einseitiger staatlicher Interventionen ausgehen. Es setzt mit anderen Worten auf Verhandlungen zwischen Netzbetreiber und Petent „im Schatten des Rechts“¹⁵⁷. Die Möglichkeit einer Anrufung der Staatsmacht verschiebt die Verhandlungsgewichte. Welche zusätzliche Verhandlungsmacht der Petent erhält, hängt von den Erwartungen des Netzbetreibers über eine mögliche staatliche Entscheidung ab. Dabei kommt es aber nicht bloß auf den Inhalt dieser Entscheidung an. Je weniger sicher dem Netzbetreiber ein belastendes Ergebnis erscheint, desto geringere Zugeständnisse wird er machen. Auch zieht es ein rationales Unternehmen vor, Gewinne heute zu machen und nicht erst morgen. Denn den Erlös hätte es in der Zwischenzeit ja im eigenen Unternehmen reinvestieren oder am Kapitalmarkt anlegen kön-

¹⁵⁶ S. unten VII.

¹⁵⁷ Der „Schatten des Rechts“ ist eine Spielart des „Schattens der Hierarchie“, s. dazu SCHARPF Games 1997, 197-200.

nen. Schließlich wird der Netzbetreiber abschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass die künftige staatliche Entscheidung auch vollstreckt wird¹⁵⁸.

Schließlich gibt es noch einen dritten Wirkungspfad. Die Kartellbehörden können gegen Zusagen des Netzbetreibers einstweilen von einem Eingriff absehen. Die Kartellgerichte können Netzbetreiber und Petent zu einem Vergleich bewegen. An dieser Stelle geht es jedoch allein um solche Wirkungen, die sich in rationaltheoretischen Kategorien formulieren lassen. In diesem verengten Blickwinkel unterscheiden sich staatlich moderierte Verhandlungen kaum von den Verhandlungen der Parteien im Schatten des Rechts. Es bleibt vor allem ein Unterschied: Die Kartellbehörden und -gerichte haben Macht, einseitig zu entscheiden. Sie können deshalb glaubwürdig ankündigen, welchen Inhalt ihre Entscheidung voraussichtlich haben wird, wie lang sich das Entscheidungsverfahren hinziehen wird und wie leicht es sein wird, die Entscheidung zu vollstrecken. Die Unsicherheit wird also deutlich kleiner, unter der der Netzbetreiber seine Erwartung bildet. Kündigt das Gericht eine dem Netzbetreiber nachteilige Entscheidung an, erhält der Petent deshalb mehr Verhandlungsmacht. Ein Verhandlungsergebnis, mit dem der Petent leben kann, wird wahrscheinlicher¹⁵⁹.

b) Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung

Am ökonomischen Stammtisch werden Haftungs- und Ordnungsrecht zu bloßen zentralen Interventionen verkürzt. Es wird so getan, als sei der Staat ein Diktator. Dann geraten die Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung aus dem Blick. Die einseitige Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent verträgt sich schlecht mit diesen Funktionsbedingungen¹⁶⁰. Vor allem das Gerichtsverfahren ist nicht auf Gestaltungsaufgaben zugeschnitten. Auch die Verwaltung tut sich mit Entscheidungen nicht leicht, die eine Fülle miteinander verknüpfter Einzelfragen zum Gegenstand haben. Die Transaktionskosten der Regulierung sind also sehr hoch, wenn es tatsächlich zur staatlichen Entscheidung kommt. Je spezifischer das einzelne Netz ist, desto weniger wirken einzelne Entscheidung auch für Parallelfälle klärend. Das hat vor allem für Strom und Gas Bedeutung, weil es dort jeweils Hunderte von Netzbetreibern gibt¹⁶¹.

Das eigentliche Problem ist jedoch nicht bloß finanzieller Natur. Dem Gericht fehlt die direkte sachliche demokratische Legitimation. Seine Entscheidungen sind nur mittelbar über den Text der angewandten Normen an den Wählerwillen rückgebunden. Auch bei den Kartellbehörden ist das zumindest praktisch nicht anders. Ob der Bundeswirtschaftsminister oder die Landeswirt-

158 All das lässt sich auch mathematisch präzise in spieltheoretischen Kategorien sagen. Aus den gerade zusammengestellten Elementen gewinnt der Netzbetreiber eine Erwartung über die Auszahlung, falls er den (gewünschten) Vertragschluss verweigert, näher Ebd., 197-205; zu den spieltheoretischen Kategorien s. auch BAIRD, GERTNER und PICKER *Game theory* 1994.

Um der Klarheit der Darstellung willen argumentieren wir an dieser Stelle ausschließlich in rationaltheoretischen Kategorien. Sie bedürfen der Korrektur durch konstruktivistische Überlegungen, dazu unten k). Diese Korrektur ist für das Verhältnis von Netzbetreiber und Petent allerdings von relativ geringem Gewicht.

159 Zu den in rationaltheoretischen Kategorien nicht zu verstehenden Wirkungen richterlicher Vergleichsverhandlungen s. unten k).

160 Vgl. DREHER *Der Betrieb* 1999, 839.

161 KLAUE ZNER 2000, 273.

schaftsminister Weisungen zur Entscheidung von kartellrechtlichen Einzelfällen geben dürften, haben alle Beteiligten wohlweislich seit Jahrzehnten in der Schwebe gehalten. Praktisch kommen solche Weisungen jedenfalls nicht vor. Nun reicht es zur demokratischen Legitimation sicher aus, wenn unabhängige Behörden oder Gerichte gesetzliche Generalklauseln anwenden. Wir hatten ja aber gesehen, dass sich die Einzelheiten des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent gerade nicht aus § 19 IV Nr.4 GWB oder den spezialgesetzlichen Eingriffsgrundlagen ableiten lassen. Erforderlich ist vielmehr eine gestaltende Entscheidung. Ein demokratisch nicht kontrolliertes Ermessen ist aber verfassungsrechtlich prekär. Zu halten ist es nur, wenn der demokratisch nicht kontrollierte Entscheidungsfreiraum in der Verfassung selbst angelegt ist. Im Parallellfall der europäischen Zentralbank ist das mittlerweile in Art. 88, 2 GG ausdrücklich geschehen. Für den Zugang zu Telekommunikationsnetzen mag man auf Art. 87 f GG verweisen, für den Zugang zu den Schienennetzen der Bahn auf Art. 87 e GG. Für eine allgemeine Gestaltungsfreiheit, wie sie § 19 IV Nr.4 GWB voraussetzt, ist die verfassungsrechtliche Begründungslast aber hoch.

Ein verwandtes Problem ist nicht verfassungsrechtlicher, sondern pragmatischer Natur. Das Gerichtsverfahren ist auf Streitbeilegung ausgerichtet, nicht auf Gestaltung. Dort, wo Gerichte Gestaltungsaufgaben zu bewältigen haben, gibt ihnen der Gesetzgeber typischerweise eine andere, dafür besser geeignete Verfahrensordnung. Sie findet sich in dem Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit. Besonders wenig ist das Gerichtsverfahren für die Festlegung des Zusammenschaltungsentgelts geeignet¹⁶². Dem wäre auch durch eine Änderung der Verfahrensordnung kaum abzuhelfen. Denn die Festlegung eines Entgelts ist kein mechanischer Vorgang. Vielmehr ergibt sich das Ergebnis aus einer Vielzahl wertender Vorentscheidungen¹⁶³. Konkurrierende Belange müssen also gegeneinander abgewogen werden.

Auch der juristische Alltag besteht aus Abwägungsurteilen. Die beiden Kulturen der Abwägung sind aber grundverschieden. Für Juristen ist Abwägung ein hermeneutisches Verfahren, für Betriebswirte besteht es in der Kunst der Bilanzierung. Den Juristen fehlt nicht nur die Erfahrung in diesem Abwägungsverfahren. Es fehlen auch erprobte Verfahren der Übersetzung aus einem Abwägungssystem in das andere. Die Gerichte können sich auch kaum durch die Einschaltung von Sachverständigen fremde professionelle Autorität borgen. Denn die Festlegung des Zusammenschaltungsentgelts ist nicht bloß eine Vor- oder Nebenfrage des Zugangsanspruchs. Wenn sie sich auf Sachverständige verlassen, würden die Gerichte deshalb die eigentliche Sachentscheidung an demokratisch in keiner Weise legitimierte und rechtsstaatlich nicht kontrollierte Personen abgeben¹⁶⁴. In Grenzen kann die Aufnahme betriebswirtschaftlichen Sachverständs in den Spruchkörper Abhilfe schaffen, sei es durch eine Spezialisierung der Richter oder durch die

162 Die Gerichte werden dadurch „in die unangemessene Rolle von Preiskommissaren gedrängt und damit zugleich überfordert“, DREHER Der Betrieb 1999, 839, s. auch LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1232.

163 Eindringlich MACNEAL Truth in Accounting 1939; diesen Hinweis verdanke ich GÜNTER KNEIPS.

164 Vgl. zu den Grenzen einer Delegation richterlicher Entscheidungen an Sachverständige ENGEL Assessing Outcomes 2001a, 10 f. und 15.

Erweiterung des Spruchkörpers um Laienrichter. Auch dann bleibt aber das Übersetzungsproblem.

c) *Spezifikation*

Wie leistungsfähig die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung ist, hängt vor allem von den Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung ab. Sie sind zunächst einmal der Grund, warum der Gestaltungsbedarf für das Innenverhältnis in diesem Verfahren so schwer zu decken ist. Wir haben das Hindernis als Bestimmtheitsanforderungen an den Antrag und den Tenor der Entscheidung kennengelernt ¹⁶⁵. Wenn sie überhaupt zu bewältigen sind, dann jedenfalls nur mit sehr hohen Regulierungskosten.

d) *Informationszugang*

Seinen wettbewerbspolitischen Zweck erreicht der Zugangsanspruch nur dann, wenn die staatliche Entscheidung das Entgelt, die Qualität und die Konditionen richtig festlegt. Zu diesem Zweck braucht sie eine Fülle von Informationen. Sie setzen sich aus generischem und spezifischem Wissen zusammen. Generisches Wissen ist abstrakt und explizit. Es kann Faktenwissen sein. Vor allem gehört aber Zusammenhangswissen hierher. So müssen die Kartellbehörden und -gerichte etwa verstehen, auf welche technische Weise der Zugang zu dem fraglichen Netz möglich ist. Oder sie müssen über Modelle verfügen, um die Folgen ihrer Entscheidung für die Netzentwicklung zu prognostizieren. Solches Wissen bringen die Parteien manchmal schon im Eigeninteresse bei. Stattdessen kann das Gericht auch Sachverständige benennen. Es kann sich selbst die nötige Sachkunde aneignen. Der Gesetzgeber kann auch den Spruchkörper um sachkundige Laienrichter erweitern.

Generisches Wissen allein genügt aber nicht. Prozessrechtlich gesprochen: Viele entscheidungserhebliche Tatsachen sind nicht offenkundig. Das ist ein Problem, das aus der Informationsverteilung entsteht. Eine der Parteien hat privates Wissen. Ökonomisch gesprochen: Zwischen dem Gericht und dieser Partei besteht eine Informationsasymmetrie ¹⁶⁶. Hier ist der Staat in einer komfortablen Position als der private Verhandlungspartner. Wer als Privatmann an die private Information einer anderen Person heran will, muss dieser Person etwas bieten. Andernfalls gibt sie ihre Informationsrente nicht auf. Die Einzelheiten sind der Gegenstand eines ganzen Zweigs der Volkswirtschaftslehre, des Mechanism Design ¹⁶⁷. In diesen Kategorien kann man den Unterschied zwischen Staat und Privaten präzise beschreiben. Auch dem Staat wird der Inhaber die Information nur offenbaren, wenn er sich dadurch nicht noch mehr schadet als durch seine Weigerung. Die Anreizverträglichkeitsbedingung muss also auch der Staat beachten. Der Staat kann

¹⁶⁵ S. oben 3.

¹⁶⁶ VALLETTI und ESTACHE Access Pricing 1998, 18-20.

¹⁶⁷ Grundlegend SCHWEIZER Vertragstheorie 1999.

sein Gewaltmonopol aber dazu nutzen, dem Inhaber der Information glaubwürdig Nachteile in Aussicht zu stellen. An die Teilnahmebedingung ist er mit anderen Worten nicht gebunden¹⁶⁸.

Juristen werden einwenden: Die Parteivernehmung ist doch nur eines von vielen Beweismitteln, und ein selten gebrauchtes dazu. Typischerweise entreißt die Rechtsordnung der Partei ihr privates Wissen auf indirekten Wegen. Sie nimmt Einblick in Urkunden, nimmt Gegenstände oder Personen in Augenschein, befragt Zeugen oder setzt Sachverständige ein. In der Sprache des Mechanism Design sind diese Beweismittel aber genau die Mittel, mit denen der Staat im Prozess die Teilnahmebedingung überspielt. Im Prozessrecht waltet also genau die gleiche Logik der Subsidiarität, die schon den Zugangsanspruch selbst kennzeichnet. Wenn es schon zum Prozess kommt, soll jede Seite ihre entscheidungserhebliche private Information nach Möglichkeit von selbst offenbaren. Die Beweismittel sind nur die ultima ratio. Wieder geht es dem Staat vor allem um die Vorwirkungen.

Man kann das Beweisrecht also in der Sprache des Mechanism Design reformulieren. Das hilft vor allem beim Vergleich der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung mit alternativen Institutionen. Insbesondere wird so der spezifische Charakter des staatlichen Drohpotentials deutlich. Die Modellwelt des Mechanism Design denkt in pekuniären Anreizen. Sie spielen auch im Beweisrecht eine Rolle. Denn nach deutschem Prozessrecht trägt der Verlierer ja die gesamten Prozesskosten. Dazu gehören auch die Kosten der Beweiserhebung. Sie können beträchtlich sein. Die eigentliche staatliche Drohung ist aber eine andere. Auf den beschriebenen indirekten Wegen gelingt es der Rechtsordnung nämlich oft genug wirklich, an die private Information einer Partei heranzukommen. Außerdem bleibt der Streit über die Tatsachen nur bis zur Berufungsinstanz möglich. Das Revisionsgericht entscheidet auf der Grundlage der Tatsachen, wie sie das Berufungsgericht in seinem Urteil niedergelegt hat. Die Tatsachengrundlage ist dann gleichsam eingefroren. Sozialwissenschaftlich gesprochen: Mit Hilfe des Beweisrechts wird Wirklichkeit konstruiert. Teil der staatlichen Drohung ist es, dass diese Konstruktion von dem abweicht, was der Gegner des Beweisführers subjektiv für die Wirklichkeit hält. Dieser Gefahr kann er am besten dadurch begegnen, dass er seine private Information offenlegt.

Auch ein drittes Problem des Informationszugangs lässt sich in ökonomischen Kategorien präzise formulieren. Wenn der Staat schließlich einseitig über Preis, Qualität und Konditionen entscheiden muss, entscheidet ein außenstehender Dritter. Allein deshalb ergeht die Entscheidung regelmäßig auf einer viel ärmeren Informationsgrundlage. Denn ein Außenstehender kann nur verifizierbare Information verwerten. Die Parteien könnten darüber hinaus auch bloß beobachtbare Information nutzen¹⁶⁹. Der typische Grund für die Unterscheidung zwischen beobachtbarer und verifizierbarer Information ergibt sich aus einer zweiten Unterscheidung, die wir bereits eingeführt haben. Wir haben nur das als generisches Wissen gelten lassen, was explizit ist. Nun können wir die fehlende andere Hälfte hinzufügen. Information ist dann bloß beobachtbar, wenn sie aus implizitem Wissen besteht, oder wenn man zu ihrer Beurteilung implizites Wissen benö-

168 Näher Ebd., 62-69.

169 Zu dieser Unterscheidung näher BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 89-112 und passim.

tigt¹⁷⁰. Denn implizites Wissen ist kontextgebunden. Es wird nicht durch abstraktes Lernen weitergegeben, sondern durch Imitation. Man muss Teil der professionellen oder sozialen Gruppe sein, um es zu besitzen. Weil der Staat einen erheblichen Teil der durchaus vorhandenen Information nicht verwerten kann, ist die Gefahr falscher Entscheidungen höher. Begünstigt das Informationsgefälle zwischen Staat und Parteien eine Partei, erhält sie zusätzliche Verhandlungsmacht. Das muss allerdings nicht so sein. Je mehr entscheidungsrelevantes Wissen nicht verifizierbar ist, desto größer wird nämlich die Gefahr staatlicher Entscheidungen, die beide Parteien für sachwidrig halten. Das erhöht den Einigungsdruck.

Außerdem ist die Grenze zwischen implizitem und explizitem Wissen beweglich. Nicht alles, aber doch sehr vieles implizite Wissen lässt sich explizieren, wenn man nur genügend Aufwand treibt¹⁷¹. Das hat Einfluss auf das Kalkül der Parteien vor dem Beginn eines kartellrechtlichen Verfahrens. Eine Partei kann vorbeugend Anstrengungen zur Explikation treiben, wenn das ihre Verhandlungsmacht erhöht. Außerdem können beide Parteien gerade das kartellrechtliche Verfahren als Gelegenheit zur Explikation nutzen. In Grenzen kann auch das Gericht die Explikation erzwingen. Aus normativer Perspektive ist das allerdings nicht unbedingt von Vorteil. Denn die Explikation ist regelmäßig sehr aufwendig. Man braucht sich nur vor Augen zu führen, wie mühsam es ist, die Grammatik einer Sprache zu formulieren. Das ist ein Fall der Explikation von implizitem Wissen. Wer die Sprache als Kind gelernt hat, braucht die Grammatik kaum. Für die große Mehrzahl der bisherigen Nutzer des impliziten Wissens stiftet die Explikation deshalb nur wenig Nutzen. Um ein letztes Mal die Parallele zu den Sprachen zu verwenden: Wer zum ersten Mal gezwungen wird, eine abstrakte Grammatik auf seine Muttersprache anzuwenden, empfindet das oft eher als Behinderung. Leicht verliert er seine intuitive Sicherheit. Für eine längere Übergangszeit verschlechtert sich die Qualität der Entscheidungen also sogar.

e) *Schnelligkeit*

Je länger die Entscheidung der Kartellbehörde oder des Kartellgerichts auf sich warten lässt, desto länger wird der wettbewerbsspolitisch gewollte Zustand verfehlt. Stellt sich der Netzbetreiber auf die Hinterbeine, dauert es sogar noch länger. Dann muss der Petent warten, bis die einseitige staatliche Entscheidung vollstreckbar ist¹⁷². Auch die Folgen für die Vorwirkungen kennen wir bereits. Der Netzbetreiber wird den zukünftigen Nachteil abdiskontieren. Außerdem ist die Dauer des Verfahrens ja keine Schikane oder Ausdruck richterlicher Faulheit, sondern sie ergibt sich aus der Schwierigkeit der Materie. Aus genau demselben Grund ist aber auch unsicher, welchen Inhalt die Entscheidung schließlich haben wird. Diese Unsicherheit ist ein weiterer Grund für einen rationalen Netzbetreiber, die staatliche Drohung für schwächer zu halten. Aus beiden Gründen verschafft der Zugangsanspruch dem Petenten also weniger Verhandlungsmacht. Anders herum formuliert: Je schneidiger der einstweilige Rechtsschutz ist, desto höher auch die Vorwirkungen. Rechtsspolitisch ist dabei allerdings Vorsicht geboten. Die Rechtsordnung kann

170 Grundlegend COWAN, DAVID und FORAY Industrial and Corporate Change 2000.

171 Das ist das zentrale Anliegen von Ebd..

172 Die Dauer der staatlichen Verfahren wird oft beklagt, s. etwa SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 468; UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 15; KLAUE ZNER 2000, 272.

die Petenten auch zu stark machen. Und sie muss die rechtsstaatlichen Grenzen beachten. Denn die Kartellbehörden und -gerichte üben ja staatliche Macht aus. Ihre Interventionen sind deshalb normativ nur erträglich, wenn sie rechtsstaatlich ausreichend eingebettet sind. Andernfalls würde die Rechtsordnung den Kredit verspielen, den sie bei den Bürgern hat. Das ist ein kostbares Gut. Nur so lange, wie die Vorwirkungen staatlicher Interventionen der Regelfall sind, kann das Recht seine Steuerungsleistung erbringen.

f) Verlässlichkeit

Man kann die Wirkung des Zugangsanspruchs auch noch in einer anderen ökonomischen Kategorie beschreiben. Die Rechtsordnung weist dadurch dem Petenten ein relatives Verfügungsrecht zu¹⁷³. Diese Einordnung erlaubt, eine weitere normative Dimension präzise zu formulieren. Verfügungsrechte können nämlich unterschiedlich gut oder schlecht sein. Schlechte Verfügungsrechte bezeichnet diese Konzeption als verdünnt¹⁷⁴. Niemand weiß genau, wem das Verfügungsrecht zusteht oder welchen Inhalt es hat. Das führt im schlimmsten Fall zu Immobilismus. Jedenfalls werden Geschäfte über solche Verfügungsrechte riskant. Ein rationaler Vertragspartner bewertet das Verfügungsrecht mit einem Risikoabschlag. In unserem Zusammenhang treten diese Folgen bei den Vorwirkungen der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung ein. Je weniger im Vorhinein abzusehen ist, wie die Kartellbehörde oder das Kartellgericht schließlich entscheiden wird, desto weniger leicht werden sich Netzbetreiber und Petent vorab einigen. Auch während des laufenden Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens werden sich die Parteien dann nur schwer oder nur zu Bedingungen einigen, die das normative Ziel verfehlen. Es kommt also nicht nur darauf an, wie schnell die staatliche Entscheidung ergeht. Genauso wichtig ist, wie verlässlich sie ist. Wieder wirkt sich dabei die rechtsstaatliche Einbettung der Entscheidung aus. Je schneller die Entscheidung kommt, desto weniger verlässlich muss sie sein, und umgekehrt.

g) Anpassung an veränderte Umstände

Der Wunsch nach einer möglichst verlässlichen Entscheidung steht noch zu einem zweiten normativen Anliegen in einem Spannungsverhältnis. Ob ein Zugangsanspruch erforderlich ist, hängt von den Produktionskosten im relevanten Bereich der Nachfrage ab. Sie können sich durch technische oder organisatorische Innovation ändern. Ändern kann sich auch die Nachfrage. Schließlich ist nicht auszuschließen, dass sich der Staat bei seiner einseitigen Entscheidung geirrt hat. Es muss deshalb die Möglichkeit geben, diese Entscheidung nachträglich zu ändern. Dogmatisch ist die Rechtsordnung darauf vorbereitet. Belastende Verwaltungsakte können widerrufen werden¹⁷⁵. Ein Urteil kann nachträglich abgeändert werden¹⁷⁶. Je aufwendiger das ursprüngliche Verfahren war, desto zurückhaltender werden die Kartellbehörden und -gerichte gegenüber diesem Ansinnen aber sein. Sie müssen verhindern, dass der ganze prozessuale Aufwand alsbald ein

173 Grundlegend zur Theorie der Verfügungsrechte EGGERTSSON Institutions 1990.

174 Eingänglich TIETZEL Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1981, 211.

175 Für Zugangsansprüche HOHMANN Essential facilities 2001, 325 f.

176 Weil das Urteil Dauerwirkung hat, dürfte dafür nicht die Wiederaufnahme der richtige Rechtsbehelf sein, sondern die Abänderungsklage nach § 323 ZPO.

zweites Mal getrieben werden muss. Je zögerlicher der Staat seine Entscheidung aber an veränderte Umstände anpasst, desto schneller verfehlt sie das normative Ziel.

h) Bewältigung multipolarer Konflikte

Wenn die Zugangswünsche die Netzkapazität übersteigen, muss entschieden werden, wer den Zuschlag erhält. Abstimmungsbedarf über das Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und einem einzelnen Petenten hinaus besteht aber auch dann, wenn die Netzgestalt an spezifische Wünsche einzelner Abnehmer angepasst werden soll. Denn regelmäßig kann diese Entscheidung nur einheitlich getroffen werden, sie betrifft also auch andere und künftige Netznutzer. Das zivilprozessuale Verfahren ist auf die Bewältigung solcher multipolarer Konflikte nur schlecht vorbereitet. Die Institute der Streitverkündung und der Nebenintervention sind voraussetzungs- und schwerfällig. Mit dem Verwaltungsverfahren steht es an sich besser. Im Baurecht und im Recht der Zulassung industrieller Anlagen ist der begünstigende Verwaltungsakt mit teils begünstigender, teils belastender Drittwirkung der Normalfall. Um solche multipolaren Wirkungen einseitiger staatlicher Entscheidungen rankt sich eine reiche prozessrechtliche, verwaltungsverfahrensrechtliche und materiellrechtliche Dogmatik¹⁷⁷. Der Fall Puttgarden zeigt aber, dass den Kartellbehörden einstweilen eine Kultur des Umgangs mit solchen spezifischen Drittkonflikten fehlt. Sonst wäre das Kartellamt kaum auf die verwunderliche Idee gekommen, dem Netzbetreiber die Auswahl zwischen den zwei konkurrierenden Petenten anheim zu stellen¹⁷⁸. Offensichtlich nimmt das Kartellamt Drittinteressen vor allem als diffuse Interessen wahr, nicht als spezifische¹⁷⁹. Es denkt also von der jeweiligen Marktgegenseite her, die das Amt gleichsam treuhändlerisch schützt. Den Inhabern spezifischer Interessen muss die Rechtsordnung dagegen eigene Partizipationsrechte und Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen. Andererseits muss sich die Bindungskraft der staatlichen Entscheidung auch auf diese Dritten erstrecken.

i) Flankenschutz

Der Netzbetreiber kann den Zugangsanspruch auch dadurch hintertreiben, dass er auf die potentiellen Kunden seines Konkurrenten einwirkt, etwa ein Wechselentgelt von ihnen fordert¹⁸⁰. Im konkreten zivilprozessualen Verfahren kann sich der Petent nur dadurch gegen solche flankierenden Behinderungen schützen, dass er den Verfahrensgegenstand ausweitet. Er muss dann nicht nur auf und aus dem Netzzugangsvertrag klagen, sondern zugleich auch auf Unterlassung solcher Behinderungen. Das Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden ist weniger förmlich. Wird diese zusätzliche Strategie des Netzbetreibers im Laufe des Verfahrens sichtbar, kann die Kartellbehörde das Verfahren auch hierauf erstrecken. Auch materiellrechtlich ist das Kar-

177 S. nur ENGEL Verwaltungsakt 1992, 31-37.

178 BKartA 24.12.1999, WuW/E DE-V 253.

179 Diese Unterscheidung stammt von OLSON Collective Action 1965.

180 Näher oben III 6.

tellrecht vorbereitet. Solche Strategien können als Behinderungsmissbrauch im Sinne von § 20 I GWB erfasst werden¹⁸¹.

j) *Implementation*

Der Vollzug ist die Achillesferse des Ordnungsrechts¹⁸². Im zivilen Haftungsrecht ist das Vollzugsproblem zwar viel weniger diskutiert. Wird das Haftungsrecht aber als Steuerungsinstrument eingesetzt, drückt das Vollzugsproblem hier genauso schwer¹⁸³. Das ist nicht verwunderlich. Denn der Interessenkonflikt zwischen Staat und Bürger verschwindet durch die einseitige staatliche Entscheidung ja nicht. Interveniert der Staat, wie hier, zugunsten eines bestimmten anderen Bürgers, bleibt auch dieser Interessenkonflikt bestehen. Das Problem lässt sich in spieltheoretischer Sprache präzise formulieren. Auch nach der staatlichen Intervention besteht zwischen den Parteien kein Nash-Gleichgewicht. Ein Nash-Gleichgewicht ist ein Zustand, in dem jeder Spieler, gegeben den Zug des anderen Spielers, keinen besseren Zug tun könnte¹⁸⁴. An sich entlastet das Probleme der sozialen Koordination. Denn man kann die Aussage auch so formulieren: Ex post kann ein Zustand auch dann stabil sein, wenn eine Partei ihn ex ante nicht gewünscht hätte¹⁸⁵.

Hier muss die staatliche Drohung dagegen über die gesamte Dauer des Nutzungsverhältnisses aufrecht erhalten werden. Denn der Netzbetreiber steht sich auch nach dem Erlass der verbindlichen staatlichen Entscheidung besser, wenn er den Zugangsanspruch nicht erfüllt. Er braucht sich zu diesem Zweck nicht einmal offen zu weigern. Es genügt, wenn er die Erfüllung verzögert und dem Petenten einen Stein nach dem nächsten in den Weg legt. Das ist vor allem deshalb für den Netzbetreiber die elegantere Strategie, weil er dann eine Informationsasymmetrie ausnutzt. Für den Staat ist es viel schwerer, in rechtsstaatliche akzeptabler Weise zu beweisen, dass der Netzbetreiber wirklich Buchstaben oder Geist des Netzzugangsanspruchs gebrochen hat. Berichte aus der Regulierungspraxis zeigen, dass die Netzbetreiber diese Möglichkeit auch tatsächlich nicht selten ausnutzen¹⁸⁶.

An sich ist relativ wirksame Abhilfe möglich. Wir hatten das Vollzugsproblem ja bereits unter einer anderen Perspektive eingeführt: dem Bedarf nach einem Schutz vor opportunistischem Verhalten. Wenn er einseitig interveniert, muss der Staat dem Netzbetreiber und dem Petenten ohnehin die Bedingungen ihres Innenverhältnisses diktieren. In diesen diktierten Vertrag könnte er auch Sicherungen gegen opportunistisches Verhalten aufnehmen. Er könnte insbesondere also

181 Näher ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 49-52; ob die Strategie tatsächlich missbräuchlich ist, muss natürlich im Einzelfall erst festgestellt werden.

182 Die wissenschaftliche Diskussion über das Vollzugsdefizit ist vor allem im Umweltrecht geführt worden, s. insbes. WINTER Vollzugsdefizit 1975; MAYNTZ Implementation 1980; LÜBBE-WOLFF Umweltordnungsrecht 1996.

183 Zur Steuerungsfunktion des Haftungsrechts s. nur CALABRESI Cost of Accidents 1970.

184 Näher zum Konzept von Nash-Gleichgewichten BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 19-23.

185 Zu den weitreichenden Implikationen dieser Einsicht näher KNIGHT Institutions and Social Conflict 1992.

186 Näher oben III 3.

den Netzbetreiber zu spezifischen Investitionen verpflichten, die ihn nicht weniger verletzlich machen¹⁸⁷. Da wäre gerade ein Mittel, doch zu einem Nash-Gleichgewicht zu kommen.

Verfassungsrechtlich ist das allerdings eine riskante Strategie. Denn mit dem Vertragsdiktat greift der Staat in eine Vielzahl von Grundrechten des Netzbetreibers ein¹⁸⁸. Das darf er nur, wenn sein Eingriff verhältnismäßig ist. Ob er außer Verhältnis steht, hängt von dem Ziel ab, das der Staat verfolgt. Ist der Schutz vor opportunistischem Verhalten des Netzbetreibers in diesem Sinne legitim? Immerhin erlegt der Staat dem Netzbetreiber dann erhebliche zusätzliche Lasten auf. Zur Rechtfertigung kann er aber nicht mehr als die bloße Möglichkeit vorbringen, dass der Netzbetreiber den bestandskräftigen Verwaltungsakt der Kartellbehörde oder das rechtskräftige Urteil eines Zivilgerichts missachtet. Genauer noch: Er kann den zusätzlichen Eingriff nur damit begründen, dass der Nachweis des Rechtsbruchs an unüberwindliche rechtsstaatliche Grenzen stoßen würde. Begründet er seinen Eingriff dann nicht gerade damit, dass er rechtsstaatliche Sicherungen aushebeln will?

k) Normativität

Die bisherigen Überlegungen waren zwar nicht in der strengen Sprache des ökonomischen Modells formuliert. Manch ein Einwand war sogar ganz anderen, etwa rechtsstaatlichen oder demokratischen Kategorien entnommen. Aber der Ausgangspunkt war doch der der Ökonomen. Das Regelungsproblem ist ein Anreizproblem. Zu seiner Bewältigung bedarf es der Anreizkorrektur. Viele Juristen revoltiert schon dieser Ausgangspunkt. Ihre berufliche Erfahrung hat sie gelehrt, dass die Menschen keineswegs nur ihrem Interesse folgen und noch viel weniger mechanisch eine Nutzenfunktion maximieren. Wer rechtspolitische Urteile abgibt, muss das in Rechnung stellen. Oft wird seine Arbeit dadurch nicht einfacher, sondern schwieriger. Wer seinem Interesse folgt, dessen Verhalten ist nämlich relativ gut vorherzusehen und dadurch relativ einfach zu steuern¹⁸⁹. Diese Hindernisse brauchen uns an dieser Stelle jedoch nicht zu kümmern. Die Netzbetreiber mögen als aktuelle Monopolisten vom Produktwettbewerb nicht sonderlich kontrolliert sein. Jedenfalls sind sie als Unternehmen aber auf Gewinnerzielung ausgerichtet. Regelmäßig stehen sie auch zumindest unter einer begrenzten Kontrolle der Kapitalmärkte. Diese institutionellen Rahmenbedingungen sorgen dafür, dass die Unternehmen ihre Interessen relativ genau kennen und in ihrem Verhalten jedenfalls nicht grob gegen ihre Interessen verstoßen. Wir können uns deshalb auf die Frage konzentrieren, ob der rationaltheoretische Blick die Leistungsfähigkeit eines Netzzugangsanspruchs unterschätzt, der subsidiär von der Staatsgewalt durchgesetzt wird.

Das Rationalmodell modelliert individuelle Entscheidungen. Wer entscheiden will, muss aber zunächst einmal das entscheidungsbedürftige Problem verstehen. Bei so vergleichsweise kom-

187 Nachweise ebd.

188 Näher unten n).

189 Einen Einblick in die Vielzahl der Abweichungen vom Rationalmodell bei natürlichen Personen geben KAHNEMAN und TVERSKY *Choices, Values, and Frames* 2000; SUNSTEIN *Behavioral Law and Economics* 2000.

plexen Sachverhalten wie der essential facilities Situation geht das nicht ohne kognitive Modelle¹⁹⁰. Hier kann der Staat in Steuerungsabsicht ansetzen. Er kann versuchen, einen Lernprozess in Gang zu setzen, der das bisherige durch ein sozial adäquateres kognitives Modell ersetzt¹⁹¹. Auch auf die motivationale Seite kann der Staat versuchen einzuwirken. In nahezu reiner Form geschieht das, wenn er an die sozial definierte Identität eines Steuerungsadressaten appelliert¹⁹². Kognition und Motivation stehen außerdem nicht unverbunden nebeneinander. Das Spannungsverhältnis zwischen Interessen und Ideen betont dieses Wechselspiel¹⁹³. Man kann stattdessen auch auf die soziale Einbettung der individuellen Entscheidung verweisen¹⁹⁴. Hier ist nicht der Ort, diese verschiedenen Konzeptionen voneinander abzugrenzen und präzise zueinander in Beziehung zu setzen. Es genügt, wenn die Facetten deutlich werden, auf denen sich das Eigengewicht von Normativität zusammensetzt.

Wenn es dem Staat gelingt, sich dieses Eigengewicht zu Nutze zu machen, könnte sich das Problem des Zugangs zu dem nicht angreifbaren Kern natürlicher Monopole erheblich erleichtern. Denn Normativität setzt ja, ökonomisch gesprochen, nicht bei den Restriktionen an, sondern bei den Präferenzen. Das könnte vor allem an zwei Stellen helfen: Wenn der Staat schließlich einseitig interveniert, könnten sich die Informationsasymmetrien weniger stark auswirken. Vor allem könnte aber im Vorfeld der staatlichen Intervention die Bereitschaft zu konstruktiven Verhandlungen zwischen Netzbetreiber und Petent wachsen.

An sich scheinen die Chancen für wirksame Normativität in unserem Fall gar nicht so schlecht zu stehen. Denn die Netzbetreiber sind im Monopolbereich ja gerade nicht vom Wettbewerb kontrolliert. Sie handeln deshalb nicht gleichsam selbstmörderisch, wenn sie von der strikten Gewinnmaximierung abgehen¹⁹⁵. Trotzdem sollte man in unserem Fall keine übertriebenen Hoffnungen auf Normativität setzen. Denn die Rechtsordnung verlangt dem Netzbetreiber ja nicht bloß einen Beitrag zum gemeinen Wohl ab. Vielmehr will sie ihn zwingen, gerade seine eigenen Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt zu begünstigen. Die Netzbetreiber werden den Zugangsanspruch deshalb als redistributiven Konflikt erleben¹⁹⁶. In solchen Situationen ist die Interessenorientierung dominant. Sie wird zusätzlich durch den transitorischen Charakter der Intervention verstärkt. Dem Netzbetreiber wird ein Verhalten abverlangt, das ihn eindeutig schlechter stellt als vor der staatlichen Intervention. Damit bleibt als Vorzug im Grunde nur der diskursive Charakter der Rechtsanwendung. Der Netzbetreiber ist nicht bloß mit einer staatlichen Restriktion für sein Verhalten konfrontiert. Vielmehr begründen die Kartellbehörden und -gerichte, warum diese Intervention erforderlich ist. Sie setzen sich mit den Einwänden des Netzbetreibers auseinander. Idealerweise ringen sie mit ihm zusammen um eine möglichst schonende

190 Grundlegend ALBERT Kritische Praxis 1978.

191 Anregend SIEGENTHALER Regelvertrauen 1993.

192 Aus rechtstheoretischer Perspektive grundlegend JAKOBS Norm, Person, Gesellschaft 1999.

193 Es ist unabhängig voneinander formuliert worden von VANBERG und BUCHANAN Journal of Theoretical Politics 1989 und von YEE International Organization 1996.

194 Grundlegend GRANOVETTER American Journal of Sociology 1985.

195 Auf diese Wirksamkeitsbedingung von Normativität hat VERWEIJ Rhine and Great Lakes 2000 aufmerksam gemacht.

196 Zu redistributiven Konflikten näher LOWI World Politics 1964.

Lösung¹⁹⁷. Dieses diskursive Element erhöht vor allem die Chance, dass von Behörde oder Gericht moderierte Verhandlungen zwischen Netzbetreiber und Petent zu einem Erfolg führen.

l) Allokative Verzerrungen

Das Regelungsproblem, auf das § 19 IV Nr.4 GWB reagiert, ist im Kern ein Allokationsproblem. Ohne staatliche Intervention wäre zu erwarten, dass die Inhaber des nicht angreifbaren Monopols ihre Macht auch auf die vor- und nachgelagerten Märkte erstrecken. Um für sich selbst einen Verteilungsgewinn zu erzielen, würden sie den Nachfragern zu hohe Preise oder, gleichbedeutend, eine zu kleine Produktionsmenge aufzwingen. Der Netzzugangsanspruch ist deshalb nur sinnvoll, wenn es ihm gelingt, dieses Marktversagen möglichst präzise zu korrigieren. Insoweit deckt sich der Maßstab der Allokation mit dem der Anreizkorrektur¹⁹⁸. Der Maßstab der Allokation denkt aber nicht so punktuell. Er nimmt vielmehr zugleich in den Blick, zu welchen Anreizverzerrungen die Korrektur des einen Anreizmangels an anderer Stelle führt. Dadurch wird man vor allem auf die Transaktionskosten aufmerksam, die die staatliche Intervention nach sich zieht. Sie sind normativ erheblich, weil Transaktionskosten unproduktiver Aufwand sind. Wegen des hohen Gestaltungsbedarfs im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent sind die Transaktionskosten einer einseitigen staatlichen Intervention erheblich¹⁹⁹. Regulierungskosten fallen auch nicht bloß auf Seiten des Staats an. Je weniger vorhersehbar die staatliche Entscheidung ist, desto mehr lohnt es für die beiden streitenden Parteien nämlich, in die Einwirkung auf die staatliche Entscheidung zu investieren. Weil der Staat notfalls das Innenverhältnis in allen Einzelheiten ausgestalten muss, sind diese Regulierungskosten bei der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung hoch.

m) Wettbewerbskosten

Staatliche Interventionen verzerren häufig den Wettbewerb. Auch das ist ein Grund, warum der Regulierungseingriff allokativen Nachteile mit sich bringt. Das ist auch dann denkbar, wenn der Eingriff gerade der Korrektur eines Wettbewerbsversagens dient. In unserem Fall ist an zwei nachteilige Effekte zu denken. Die kurzfristige Belebung des Wettbewerbs kann langfristig den Wettbewerb auf demselben Markt schwächen. Damit ist auch durchaus zu rechnen. Denn wenn ihnen die Rechtsordnung Zugang zum Netz des Monopolisten verschafft, verlieren seine Konkurrenten den Anreiz, alternative oder substitutive Netze zu bauen²⁰⁰. Es wird also sehr viel wahrscheinlicher, dass das Netzmonopol auf Dauer erhalten bleibt. Das ist aber ein Problem des Zugangsanspruchs an sich, nicht seiner Ausgestaltung.

Verzerrende Wirkungen können außerdem im Verhältnis zwischen verschiedenen aktuellen oder potentiellen Petenten eintreten. Ein Teil dieser verzerrenden Wirkungen ist wieder unvermeidlich mit jedem Zugangsanspruch verbunden. Wenn die Kapazität des Netzes begrenzt ist, muss der

197 Näher ENGEL in Rengeling 2001d.

198 S. oben a.

199 Vgl. zu einem Aspekt LAFFONT und TIROLE Journal of Regulatory Economics 1996, 231.

200 Näher ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998, 78 f.

Staat entweder einzelne Betreiber auswählen oder die Zugangsmenge rationieren. Je weniger gut das Verfahren mit multipolaren Konflikten fertig wird, desto eher hat es Nachteile für den Wettbewerb der Petenten²⁰¹. Genau aus dem gleichen Grunde hat das Verfahren aber auch einen wettbewerbspolitischen Vorzug. Weil die Zuteilungsentscheidung im Einzelfall getroffen wird, kommt es nicht zu einer Standardisierung der Zugangsbedingungen. Dadurch behalten potentielle Petenten die Freiheit zur Ausgestaltung ihres Produkts. Substitutiver Wettbewerb auf dem voroder nachgelagerten Markt des Netzes wird wahrscheinlicher.

n) Verteilung

Ökonomen interessieren sich vor allem für die Allokation. In der rechtspolitischen Wirklichkeit spielen Verteilungskonflikte aber eine genauso wichtige Rolle. Es ist den Adressaten und der Öffentlichkeit nicht gleichgültig, welche Verteilungseffekte eine Lösung zur Bewältigung eines Regelungsproblems hat. Ja die Rechtsordnung ist oft sogar bereit, um erträglicherer Verteilungsergebnisse willen eine allokativ schlechtere Lösung hinzunehmen. Die Verteilungseffekte einer subsidiären einseitigen staatlichen Intervention sind an sich nicht ausgeprägt. Die regulierende Intervention trifft ja gerade den, von dem das Problem ausgeht. Die Korrektur ist zwar nicht kostenlos, die Kosten fallen aber der Staatskasse zur Last. Es wird also gerade keine spezifische Gruppe benachteiligt. Wenn er mit den Mitteln des Rechts interveniert, ist der Staat aber an rechtsstaatliche, demokratische und grundrechtliche Grenzen gebunden. Davon war schon immer wieder die Rede. Sie alle machen die staatliche Intervention weniger streng, als sie im Ausgangspunkt sein könnte. Deutlicher: dem Netzbetreiber gelingt es aus diesen Gründen immer wieder einmal, seine Machtposition zu behalten. Dann behält er auch seine Monopolrente. Rechtsstaat, Demokratie und Grundrechte werden also mit einem Verteilungseffekt bezahlt.

o) Kosten für Rechtsstaat, Demokratie und Freiheit

Genau in diesem schonenden Umgang mit Rechtsstaat, Demokratie und Freiheit liegt auf einer anderen Ebene aber auch einer der größten Vorzüge dieser Lösung. Der Staat handelt in den Formen des Rechts. Dann ist er nicht nur zweifelsfrei an die Verfassung gebunden. Vielmehr hat das Verfassungsrecht in den vergangenen fünf Jahrzehnten das Verwaltungsrecht, das Prozessrecht und auch das materielle Zivilrecht immer stärker durchtränkt. Verfassungsmäßigkeit ist bei dieser Lösung also nicht bloß eine normative Forderung, sondern die Regulierungswirklichkeit²⁰².

201 S. oben h.

202 Auf die Prüfung des Netzzugangsanspruchs als solchem und der alternativen Instrumente zu seiner Durchsetzung an den Grundrechten soll hier verzichtet werden. Wollte man den dogmatischen Verästelungen im einzelnen nachgehen, wäre das eine eigene Untersuchung. Im Ergebnis käme es jeweils zentral auf das an, was auch hier im Zentrum steht: ob der Staat ein legitimes Ziel hat; wie das Ziel zu operationalisieren ist; welche Instrumente dem Staat alternativ zur Verfügung stünden. Hinzu träte zum Schluss nur jeweils die Frage nach dem Schutzniveau: ist das Regelungsanliegen wichtiger als die Beeinträchtigungen der Grundrechte des Netzbetreibers, zu denen die mildeste Lösung führt? Muss der Adressat sogar weniger milde Lösungen hinnehmen, ist die Kontrolldichte der Grundrechte also abgesenkt? Weil der Netzbetreiber ein

p) Anfälligkeit für politökonomische Verzerrungen

Staatsversagen kann schlimmer sein als Marktversagen, betonen liberale Ökonomen oft. Der Staat ist kein wohlwollender Diktator. Für den Staat handeln Amtswalter, die nicht unbedingt das gemeine Wohl verfolgen²⁰³. Der einschlägige Zweig der Ökonomie geht noch weiter. Er wendet auch auf die Analyse politischer und administrativer Entscheidungen das Rationalmodell an. In der einfachsten Version maximiert ein Politiker dann Stimmen, ein Verwaltungsbeamter sein Budget. Das ist schon für die Einschätzung des regulierenden Gesetzgebers eine problematische Vorstellung²⁰⁴. Er recht wird man damit dem Bundeskartellamt und den Kartellgerichten nicht gerecht²⁰⁵. Aber man wird umgekehrt auch schlecht behaupten können, dass die Kartellbehörden und -gerichte von jeder Versuchung frei wären, ihren eigenen Bestand zu sichern, ihren Einfluss auszuweiten oder nach persönlichen Neigungen zu entscheiden. Deshalb macht es Sinn, die in Betracht kommenden Regelungsinstrumente auch danach zu vergleichen, wie anfällig sie für solche Verzerrungen sind. Entscheidet sich der Gesetzgeber für subsidiäre einseitige staatliche Entscheidungen, muss im Notfall das gesamte Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent vom Staat einseitig festgelegt werden. Dabei sind so viele Einzelfragen zu entscheiden, dass vom Wortlaut des Gesetzes nur eine geringe Steuerungswirkung ausgeht. Im Grunde geht es, wie wir gesehen haben, nicht ohne eine echte Ermessensentscheidung²⁰⁶. Der Entscheidungsspielraum der Kartellbehörden und -gerichte ist also groß. Sollten sie für politökonomische Verzerrungen anfällig sein, wäre das schwer zu verhindern. Für die streitenden Parteien lohnt es sich, in den Versuch einer Beeinflussung zu investieren²⁰⁷.

q) Offenheit für die Evolution der Regeln

Der Gesetzgeber kann den Regelungsbedarf von Anfang an falsch eingeschätzt haben. Vielleicht hat ihm auch bei der Auswahl des Regelungsinstruments die glückliche Hand gefehlt. Erst durch die Anwendungserfahrung wird deutlich, dass die ursprünglich überzeugend scheinende Lösung nicht greift oder unerwartete Nachteile hat²⁰⁸. Im Zeitablauf können sich die Verhältnisse so ändern, dass die Regel angepasst werden sollte. Aus all diesen Gründen gehört ins Pflichtenheft einer regulierenden Intervention auch die Offenheit für ihre eigene Fortentwicklung. Andererseits darf eine Änderung der Regeln auch nicht zu leicht sein. Sonst kommt es nämlich gerade zu der Verdünnung von Verfügungsrechten, von der bereits die Rede war²⁰⁹. Das Ordnungsrecht und das zivile Haftungsrecht bewältigen dieses Spannungsverhältnis zwischen Flexibilität und Festigkeit an sich sehr gut. Das liegt an dem hermeneutischen Charakter der Regelanwendung.

nicht angreifbares natürliches Monopol innehat, stehen seine Interessen in einem ausgeprägten sozialen Zusammenhang. Deshalb ist das Schutzniveau der Grundrechte jedenfalls nicht sehr hoch.

203 S. aus der reichen Literatur nur BERNHOLZ und BREYER Politische Ökonomie 2 1994.

204 Nuancierend ENGEL in Engel und Morlok 1998b.

205 Zur Motivationslage von Gerichten vgl. ENGEL Journal of Institutional and Theoretical Economics 2001c.

206 S. oben 9.

207 Vgl. LAFFONT und TIROLE Journal of Regulatory Economics 1996, 243: „the discretion involved in the determination of these elasticities creates vast opportunities for capture“; vgl. auch IMMENGA WuW 1999, 954.

208 So zeichnen SCHULZ, DRILLISCH und HALLASCHKA Essential Facilities 2002, ***4.4 die Entwicklung in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft.

209 S. oben f).

Was die allgemeine Regel im Einzelfall bedeutet, ergibt sich letztlich erst aus dem Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm und Sachverhalt. Außerdem organisiert die allgemeine Regel einen sozialen Prozess, in dem systematisch Erfahrungen mit dem Regelungsinstrument gesammelt werden. Die immer stärkere Ausdifferenzierung der Dogmatik ist nämlich zugleich das Instrument, um die Norm schrittweise fortzuentwickeln²¹⁰.

All diese Leistungen können Ordnungs- und Haftungsrecht allerdings nur dann erbringen, wenn die Kartellbehörden und -gerichte auch die richtigen Erfahrungen machen. Das ist zwar möglich, aber nicht sicher. Das Modell der bloß subsidiären staatlichen Entscheidung kann nämlich dazu führen, dass die staatlichen Stellen nur pathologische Fälle zu Gesicht bekommen. Dann wirkt sich die alte Einsicht des englischen Rechts aus: „Bad cases make bad law“. Je besser die Adressaten einer Regel organisiert sind, desto eher können sie auch strategisch dafür sorgen, dass die staatlichen Stellen die kritischen Fälle gerade nicht zu Gesicht bekommen. Dann versuchen die Adressaten, dem Staat die Erfahrungen vorzuenthalten, die er für eine Verbesserung der Regel bräuchte. Weil der jeweilige Netzbetreiber ein Monopol hat, ist diese Strategie jedenfalls nicht unwahrscheinlich. Auch wenn Erfahrungen von einer Netzindustrie auf eine andere übertragen werden können, könnte es doch zu einem „Schweigekartell der Oberingenieure“ kommen.

VI. Regulierte Streitbeilegung durch Dritte

Wer in rechtspolitischer Absicht schreibt, ist nicht damit zufrieden, das geltende Recht zu verstehen. Er will auch wissen, ob man es besser machen kann. Denkbar ist das auf zwei Ebenen: Man bleibt beim verhandelten Netzzugang, gibt ihm aber einen anderen institutionellen Rahmen²¹¹; oder man nimmt die Entscheidung den Parteien ganz aus der Hand²¹². Das deutsche Recht hat sich auf den verhandelten Netzzugang festgelegt. Schon aus diesem Grund gilt die Aufmerksamkeit im Folgenden vor allem dem ersten Weg²¹³. Idealtypisch gibt es dafür drei Möglichkeiten: Die Rechtsordnung kann die subsidiäre einseitige Intervention nicht mehr selbst vornehmen, sondern einem privaten Dritten übertragen; sie kann im vorhinein die Verhandlungsmacht der Parteien so verändern, dass mit einem sozial besseren Verhandlungsergebnis zu rechnen ist; sie kann schließlich Regelbildung und Regelanwendung einem korporatistischen Arrangement anvertrauen.

Wir beginnen mit der Lösung, die am nächsten am geltenden Recht bleibt. Es bleibt bei der subsidiären einseitigen Entscheidung durch einen Dritten. Dieser Dritte ist nur nicht mehr der Staat selbst, sondern ein Privater (1). Diese Lösung wird in der Praxis bereits erprobt (2). Das normative Urteil lässt sich in denselben Kategorien formulieren, die wir bereits für die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung benutzt haben (3).

210 Näher ENGEL in Rengeling 2001d, 31 f.

211 Dazu sogleich VI – VIII.

212 Dazu unten IX.

213 Wir werden unten IX im übrigen sehen, dass radikalere Lösungen nicht unbedingt besser sind.

1. Modell

Der Grundgedanke ist einfach: Die zentrale Intervention bleibt subsidiär. Die Rechtsordnung setzt also weiterhin vor allem auf die Vorwirkungen, auf den Schatten des Rechts. Dieser Schatten besteht auch weiterhin aus einer vollständigen Entscheidung in der Sache. Wenn die Verhandlungen der Parteien scheitern, gestaltet ein Dritter das Innenverhältnis aus. Dieser Dritte ist nur nicht mehr der Staat selbst.

Dieses Modell lässt sich in vielfacher Weise variieren. Der private Dritte kann ad hoc eingesetzt werden oder auf Dauer institutionalisiert sein. Er kann vom Staat selbst mit Entscheidungsmacht versehen sein oder seine Zuständigkeit einer Unterwerfungserklärung der Parteien verdanken. Die Rechtsordnung kann die Parteien durch Ordnungsrecht zwingen, sich der Dienste des Dritten zu bedienen. Sie kann sich aber auch darauf beschränken, die Anreize so zu ändern, dass den Parteien die Einschaltung des Dritten ratsam erscheint. Das kann durch eine doppelte Subsidiarität geschehen. Dann hofft der Staat vor allem auf die Verhandlungen der Parteien, hilfsweise auf das Wirken des privaten Dritten, höchst hilfsweise auf die autoritative staatliche Entscheidung. Zu dieser Rangfolge wird es aber nur kommen, wenn der Staat den Zugang zur autoritativen staatlichen Entscheidung erschwert oder unattraktiv macht. Er kann etwa die erfolglose Durchführung eines Güteverfahrens zur Zulässigkeitsvoraussetzung der staatlichen Entscheidung machen. Er kann das staatliche Verfahren so ausgestalten, dass es den Parteien unattraktiv erscheint. Vielleicht genügt es auch, wenn der Staat die Gefahr sachwidriger staatlicher Entscheidungen deutlich genug herausstellt. Schließlich könnte er die Durchführung des privaten Entscheidungsverfahrens zu einer Art Obliegenheit machen. Dann hat der Gegner zwar keinen Anspruch auf dieses Verfahren. Wer sich dem privaten Entscheidungsverfahren verweigert, muss in der anschließenden staatlichen Entscheidung aber materiellrechtliche Nachteile in Kauf nehmen.

Schließlich sind hybride Formen denkbar²¹⁴. Die Entscheidungsinstanz selbst wird vom Staat und Privaten gemeinsam getragen²¹⁵. Staatliche Vertreter haben in privaten Entscheidungsgremien Sitz, vielleicht auch Stimme²¹⁶. Oder umgekehrt: Privatpersonen bekommen institutionalisierten Einfluss auf die staatliche Entscheidung. Vor allem eine Lösung ließe sich fortentwickeln, die im geltenden Zivilprozess bereits angelegt ist. Die Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten bestehen aus einem Berufsrichter und zwei Laienrichtern²¹⁷. Meist sind einer Kammer dabei viel mehr als zwei Laienrichter zugeordnet. Dann kann die Geschäftsverteilung zur Spezialisierung genutzt werden. Man könnte rechtspolitisch sogar noch weiter gehen und Netzbetreiber und Patentrechtler ermächtigen, je einen Laienrichter ad hoc zu benennen²¹⁸.

214 Hybride Mischungen aus staatlichen und privaten Beiträgen werden literarisch vor allem für die Regelbildung diskutiert, s. dazu ENGEL *European Business Organisation Law Review* 2001e. Sie sind aber genauso für die Anwendung vollständig staatlicher Regeln denkbar.

215 Für das parallele Phänomen in der Verwaltung hat sich der Begriff „public-private-partnership“ eingebürgert, zu den – beträchtlichen – Rechtsproblemen näher ENGEL *Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung* 1995.

216 Wieder gibt es im Bereich der Verwaltung mehr Beispiele. Das bekannteste ist vermutlich das Deutsche Institut für Normung DIN, Einzelheiten bei VOELZKOW *Techniksteuerung* 1996.

217 Einzelheiten §§ 93-114 GVG.

218 Diese Anregung verdanke ich JÜRGEN BASEDOW.

Eine andere hybride Form ist aus der Schiedsgerichtsbarkeit vertraut. Der Staat nimmt auf die Errichtung, das Verfahren und die Entscheidung von Schiedsgerichten nicht unmittelbar Einfluss. Jede Partei kann jedoch vor den staatlichen Gerichten die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragen, wenn das Schiedsgericht fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzt oder wenn der Schiedsspruch gegen den *ordre public* verstößt. Diese Prüfung findet automatisch statt, wenn der Schiedsspruch mit staatlicher Hilfe vollstreckt werden soll²¹⁹. Die staatliche Einwirkung wird noch schwächer, wenn der private Dritte bloß verpflichtet ist, dem Staat die Entscheidung, vielleicht auch die Akten zugänglich zu machen. Solch eine Verpflichtung macht dann Sinn, wenn sich der Staat parallel dazu die Befugnis vorbehält, das materielle Recht im Lichte dieser Erfahrungen fortzuentwickeln. Wegen der Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsverfahrens wird das allerdings nur funktionieren, wenn das zugrunde liegende Gesetz eine Verordnungsermächtigung enthält²²⁰.

2. Praxis

Von manchen dieser Möglichkeiten hat die Praxis beim Netzzugangsanspruch oder nahe verwandten Fragen auch bereits Gebrauch gemacht. Der amerikanische Telecommunications Act 1996 hat einen Zwang zur Durchführung von Schiedsverfahren eingeführt, wenn zwischen Netzbetreiber und Patent Streit besteht²²¹. Ebenso geht das australische Recht ganz allgemein bei Ansprüchen auf Zugang zu *essential facilities* vor²²². Die EG-Kommission hat das Gemeinschaftsunternehmen von BSkyB und Kirch nur gegen die Zusage passieren lassen, dass Dritte ihren Zugang zu der digitalen Plattform vor einem Schiedsgericht durchsetzen können²²³. Auch der neue europäische Rahmen der Telekommunikationspolitik will die staatliche zugunsten privater Streitbeilegung verdrängen²²⁴. Schließlich ist diese Lösung auch aus der Kautelar-Praxis von Neuverhandlungsklauseln vertraut²²⁵.

3. Normatives Urteil

Die ausführliche Präsentation der Kategorien zur Beurteilung einer subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung sollte nicht nur das isolierte Urteil über diese Lösung fundieren. Vielmehr

219 Einzelheiten §§ 1059 f. ZPO.

220 Diese Lösung nimmt Elemente dessen auf, was im amerikanischen Recht mittlerweile meist unter dem Stichwort „*democratic experimentalism*“ diskutiert wird, näher DORF und SABEL *Columbia Law Review* 1998.

221 § 256 (b) Telecommunications Act 1996, dazu näher SIDAK und SPULBER Ebd.1997, 1082 f; LAPUERTA und TYE Telecommunications Policy 1999, 141; LIPSKY und SIDAK *Stanford Law Review* 1999, 1232 und FN 181.

222 Nr. 6 (4) (g) Competition Principles Agreement vom 11.4.1995, <http://www.pc.gov.au/inquiry/access> (30.9.2001).

223 KOM 21.3.2000, COMP/JV.37, WuW/E EU-V 455 – BSkyB/Kirch Pay TV; dem veröffentlichten Text der Entscheidung sind die Einzelheiten der Zusage allerdings nicht zu entnehmen.

224 Einzelheiten Art. 4 IV Entwurf der Rahmenrichtlinie, KOM 2000/0184 (COD); Art. 3 II Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, KOM 2000/0185 (COD).

225 HORN *Archiv für civilistische Praxis* 1981, 264; MARTINEK *Archiv für civilistische Praxis* 1998, 348.

sollten die verschiedenen Lösungen dadurch vergleichbar werden. Deshalb werden wir im Folgenden die dort entwickelten Kategorien durchmustern.

Die Anreizkorrektur beruht auch hier letztlich auf dem staatlichen Gewaltmonopol. Es wird aber indirekter eingesetzt. Im Fall der reinen Entscheidung durch einen privaten Dritten zieht sich der Staat darauf zurück, Netzbetreiber und Petent zur Unterwerfung unter die Zuständigkeit des Privaten zu veranlassen. Gelingt das und gelingt es auch dem Dritten, seine Entscheidung gegenüber den Parteien durchzusetzen, ist die Anreizkorrektur jedenfalls nicht weniger wirksam. Auch der private Dritte soll ja aber nur subsidiär entscheiden. Der Staat geht also auch bei dieser Lösung nicht zum regulierten Netzzugang über. Deshalb hängt die Wirksamkeit der Anreizkorrektur auch hier vor allem an den Vorwirkungen. Wenn sich Netzbetreiber und Petent im Schatten der privaten Entscheidung einigen, ist das genauso wirksam wie eine Einigung im Schatten einer staatlichen Entscheidung. Der Schatten der privaten Entscheidung wird tendenziell aber länger sein. Ein spezialisiertes privates Gremium wird tendenziell schneller entscheiden. Es kann mehr Sachverstand einbinden. Dadurch werden seine Entscheidungen oft auch verlässlicher sein. Die Drohung mit der Einschaltung der privaten Stelle wird durch beides wirksam.

Auch hier gibt es drittens die Möglichkeit moderierter Verhandlungen. Je stärker sich die private Entscheidung einem Schiedsgutachten annähert, desto mehr oszilliert sie zwischen einseitiger Entscheidung und moderierten Verhandlungen. Dass sich die Parteien schließlich unter Mithilfe des Dritten einigen, wird dadurch tendenziell wahrscheinlicher als vor Gericht. Außerdem wirkt sich die größere Sachnähe des Entscheidungsgremiums günstig aus. Sie lässt die bessere Akzeptanz eines Entscheidungsvorschlags erwarten. Je näher das Entscheidungsgremium am Gegenstand ist, desto eher wird es auch Zugriff auf die kognitiven Modelle der Parteien haben. Das macht es leichter, um Zustimmung für einen Entscheidungsvorschlag zu werben. Das Oszillieren zwischen Moderation und Entscheidung kann auch einen motivationalen Vorzug haben. Den Parteien erscheint der Entscheidungsvorschlag nicht so sehr als octroi, sondern als vernünftige Lösung. Weil der Dritte schließlich auch Entscheidungsmacht hätte, fällt es ihm andererseits leichter, die Parteien aus Denkgewohnheiten zu lösen.

Die Treffsicherheit hängt auch hier letztlich am Inhalt der einseitigen Entscheidung. Notfalls muss ja auch der private Dritte den Parteien das Innenverhältnis in allen Einzelheiten diktieren. Aus staatlicher Perspektive kommt es aber vor allem auf die Treffsicherheit der staatlichen Intervention an. Sie wird zumindest unsicherer. Denn bei der reinen Lösung hat der Staat auf die Sachentscheidung gar keinen Einfluss mehr. Seine Intervention beschränkt sich darauf, die Parteien zur Nutzung des privaten Entscheidungsmechanismus zu veranlassen. Auch bei hybriden Lösungen ist der staatliche Einfluss auf das Entscheidungsergebnis jedenfalls sehr viel indirekter als bei der einseitigen staatlichen Entscheidung.

Die Notwendigkeit, notfalls das Innenverhältnis in allen Einzelheiten einseitig auszugestalten, ändert sich nicht. Das Bestimmtheitsproblem bleibt also. Soll die private Entscheidung notfalls schließlich mit staatlicher Hilfe vollstreckt werden, greifen auch die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit des Tenors der Entscheidung im gleichen Umfang durch.

Die Informationsverteilung ist bei dieser Lösung nicht günstiger. Wenn eine Partei private Informationen hat, muss ihr auch die private Entscheidungsstelle diese Information mit Zwang oder List entlocken. Wohl verbessert sich aber die Fähigkeit zur Nutzung bloß beobachtbarer Informationen. Denn zu dem privaten Entscheidungsgremium können Personen gehören, die mit den Parteien zumindest den größten Teil ihres impliziten Wissens teilen.

Ein privater Dritter kann tendenziell schneller entscheiden als die Kartellbehörden oder -gerichte. Dafür gibt es mehrere Gründe, die normativ unterschiedlich erwünscht sind. Größere Sachnähe, also mehr generisches Wissen und die Teilhabe am impliziten Wissen der Parteien sind ausschließlich positiv zu bewerten. Die größere Schnelligkeit ist aber auch eine Folge geringerer Sicherungen im Verfahren und insbesondere fehlender Rechtsbehelfe. Dann wird die größere Schnelligkeit mit weniger Rechtsstaatlichkeit erkaufte.

Ähnlich liegt es mit der Verlässlichkeit. Wenn die Entscheidung des privaten Dritten gar nicht oder nur auf einen Verstoß gegen den *ordre public* überprüft werden kann, steht die Rechtslage mit der Entscheidung sehr sicher fest. Dafür sind der unterliegenden Partei aber auch Rechtsschutzmöglichkeiten genommen. Das gilt gerade auch im Vergleich zu einer Kartellbehörde, der offenes Ermessen eingeräumt würde. Dann wäre die gerichtliche Kontrolldichte zwar abgesenkt. Eine Prüfung auf Überschreitung der Ermessensgrenzen ist aber immer noch viel mehr als eine bloße Prüfung auf Verletzung des *ordre public*.

Wie leicht die Anpassung der einmal getroffenen Entscheidung an veränderte Umstände ist, hängt von der Ausgestaltung des Verfahrensrechts der privaten Stelle ab. Ein institutionalisiertes Schiedsgericht kann in dieser Hinsicht weitgehend dem staatlichen Vorbild angenähert werden. Die Anpassung wird aber insbesondere dann schwierig, wenn die private Instanz nur *ad hoc* zur Entscheidung berufen ist. Dazu kann es vor allem dann kommen, wenn der Staat keine Vorgaben für Organisation und Verfahren der privaten Stelle macht, sondern ganz auf einen Anreiz zur Unterwerfung vertraut.

Auch die Eignung des privaten Dritten zur Bewältigung multipolarer Konflikte hängt von der Ausgestaltung seiner Organisation und seines Verfahrens ab. Besteht seine Zuständigkeit nur *ad hoc*, wird er den multipolaren Charakter eines Konflikts systematisch ignorieren. Ohne Unterwerfung hat er ja gar keine Zuständigkeit. Dass sich Petenten gemeinsam unterwerfen, obwohl sie untereinander konkurrieren, ist wenig wahrscheinlich. Anders kann es bei institutionalisierten Entscheidungsgremien aussehen, besonders dann, wenn sie von einem Verband für eine ganze Branche organisiert werden. Dann ist man im Grunde aber schon bei einer korporatistischen Lösung.

Aus rationaltheoretischer Perspektive ist auch bei Entscheidungen privater Dritter die Implementation die schwächste Stelle. Auch hier bleibt der konstitutive Interessengegensatz der Parteien auf Dauer bestehen. Die private Entscheidung ist sogar noch etwas schwächer als eine staatliche. Denn der Dritte hat selbst ja kein Vollstreckungsmittel. Der Gewinner muss deshalb zunächst die staatlichen Stellen für die Vollstreckung der privaten Entscheidung gewinnen. Genügt die private

Entscheidung den Anforderungen der Zivilprozessordnung an einen Schiedsspruch nicht, gibt es dafür nicht einmal ein institutionalisiertes Verfahren. Andererseits verbietet das staatliche Gewaltmonopol dem Gewinner, die Vollstreckung der Entscheidung in die eigene Hand zu nehmen. Der Staat setzt ja aber auch nur subsidiär auf die einseitige Entscheidung des Dritten. Vor allem geht es ihm auch bei dieser Lösung um die Vorwirkungen. Aus dieser Perspektive schneidet ein privater Dritter besser ab. Er hat größere Chancen, dass ihm beide Parteien Sachkompetenz zugestehen. Auch fällt es ihm leichter, zwischen einseitiger Entscheidung und moderierten Handlungen zu oszillieren. Das kann er nutzen, um eine Atmosphäre der Gütlichkeit zu schaffen, in der alle Beteiligten redlich nach gemeinsamen Lösungen suchen. Auch dann kann der zugrunde liegende Interessenkonflikt natürlich nachträglich wieder aufbrechen. Psychologisch ist das aber zumindest etwas weniger wahrscheinlich.

Zum Schutz offener Flanken ist der Dritte nicht in der Lage. Er ist bei dieser Lösung ja nur zur Entscheidung von Einzelfällen berufen, nicht zur Entwicklung oder Fortbildung der zugrunde liegenden materiellen Regeln. Diese Aufgabe kann und muss weiterhin die Rechtsordnung übernehmen. Sie ist auch allein zu einer Regulierung zur Erleichterung der Regulierung im Stande. Nachteilig ist für beides allerdings, dass der Staat selbst nun möglicherweise nicht mehr an der Entscheidung im Einzelfall beteiligt ist. Dann lernt er auch weniger über den Bedarf nach solcher ergänzenden Regulierung. Schon ein Gebot zur Veröffentlichung der privaten Entscheidungen verbessert die Lage allerdings.

Die allokativen Effekte unterscheiden sich etwas von einer subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung. An der Qualität der normativen Vorgaben ändert sich nichts. Sie sind ja auch bei dieser Lösung im staatlichen Recht niedergelegt. Ändern kann sich dagegen die Qualität der Implementation. Wir haben gerade gesehen, warum ein Vollzugsdefizit etwas weniger wahrscheinlich ist. Günstig wirkt sich aber vor allem aus, dass die Entscheidung tendenziell viel schneller ergeht. Vorausgesetzt, die Entscheidung ist in der Sache richtig, wird das Wettbewerbsversagen dann viel schneller korrigiert. Nachteilig wirkt sich dagegen aus, dass private Dritte mit multipolaren Konflikten schlechter zurecht kommen. Ein allokativer Vorzug ergibt sich dann wieder aus den typischerweise deutlich niedrigeren Regulierungskosten. Die Verfahren sind kürzer, oft auch weniger aufwendig. Vor allem sind die Chancen aber größer, dass moderierte Verhandlungen zum Erfolg werden.

An sich ist die Gefahr einer Einigung auf Kosten Dritter im Schiedsverfahren größer als vor staatlichen Gerichten. Ein Schiedsverfahren ist nämlich noch stärker auf die Beilegung des Streits zwischen den Parteien ausgerichtet. Wegen des konstitutiven Interessengegensatzes zwischen Netzbetreiber und Petent sind die Wettbewerbskosten gleichwohl nicht signifikant höher als bei einer subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung. Zu besorgen ist nur, dass der Netzbetreiber auf einen glaubwürdigen Markteintrittsversuch mit einem Angebot der Marktaufteilung reagiert.

Je freier die subsidiäre Zuständigkeit von staatlichem Einfluss ist, desto problematischer wird die Lösung aus rechtsstaatlicher Perspektive. Denn anders als bei einem klassischen Schiedsgericht

unterwerfen sich die Parteien der Zuständigkeit des Dritten ja nicht freiwillig. Sie tun das, weil der Staat sie dazu direkt oder indirekt durch die Androhung von Nachteilen veranlasst. Aus dem gleichen Grunde ist die Lösung auch vor dem Demokratieprinzip problematisch. Auch ein staatliches Gericht ist zwar nicht direkt demokratisch kontrolliert. Es fehlt die ununterbrochene Kette sachlicher demokratischer Legitimation. Denn den unabhängigen Gerichten kann die Regierung gerade keine Weisung zur Entscheidung in der Sache erteilen. An Stelle der fehlenden sachlichen tritt aber wenigstens die persönliche demokratische Legitimation. Denn die Richter erhalten ihr Amt in einem Verfahren, das das Parlament verantwortet²²⁶.

Wie anfällig der Dritte für politökonomische Versuchungen ist, hängt von seiner Auswahl und der Organisation dieser Entscheidungsinstanz ab. Bei einem ad hoc zusammengestellten Schiedsgericht ist die vorbeugende Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens ziemlich schwierig. Die klassische Besetzungsregel wirkt als Sicherung: Jede Seite benennt einen Schiedsrichter. Die beiden Schiedsrichter einigen sich auf den Obmann. Bei institutionalisierten Entscheidungsinstanzen ist capture dagegen jedenfalls nicht weniger wahrscheinlicher als bei staatlichen Behörden oder Gerichten. Ein Amtsethos der Unparteilichkeit ist bei Beamten und Richtern gottlob nach wie vor nicht ganz unwahrscheinlich. Bei den Mitgliedern einer privaten Entscheidungsinstanz kann allenfalls die Einbindung in eine professionelle peer group ähnliche Wirkungen haben.

Wird subsidiär ein Privater zur Entscheidung gerufen, sind Regelbildung und Regelanwendung voneinander abgekoppelt. Die für staatliche Entscheidungen charakteristische Fortentwicklung der Regel im Prozess ihrer Anwendung findet dann nicht statt. Nur dann, wenn er wenigstens die Veröffentlichung der privaten Entscheidungen erzwingt, erfährt der Staat überhaupt etwas vom Bedarf nach Regelfortbildung. Auch dann ist die Lösung aus evolutorischer Sicht aber im Nachteil gegenüber der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung. Denn dem Staat bleibt dann nur die offene Regeländerung, nicht die Regelfortbildung im Prozess der schrittweisen Konkretisierung. Er wird erst dann eingreifen, wenn der Änderungsbedarf offensichtlich ist. Auch dafür braucht er dann ein geeignetes „political window of opportunity“.

VII. Einwirkung auf Verhandlungsmacht, Organisation und Verfahren

Die Übertragung der subsidiären einseitigen Entscheidung auf private Dritte ist, wie wir gesehen haben, durchaus praktisch. Die nächste Lösung speist sich dagegen vor allem aus theoretischen Überlegungen. In der Praxis finden sich einstweilen bestenfalls vorsichtige Andeutungen. Wieder wollen wir zunächst das Modell und seine Varianten charakterisieren (1), sodann ein vergleichendes normatives Urteil formulieren (2).

226 Näher zu diesen beiden Legitimationssträngen MAUNZ/DÜRIG-HERZOG Art. 20 II GG, R 46 ff.

1. Modell

Alle bislang betrachteten Lösungen sehen die subsidiäre Entscheidung eines Dritten in der Sache vor. Die hier untersuchte Lösung verzichtet darauf. Die Parteien sollen den Streit unter sich ausmachen. Anders als bei den eingangs untersuchten unregulierten Verhandlungen lässt der Staat die Parteien dabei allerdings nicht allein. Er zieht sich nur darauf zurück, für diese Verhandlungen einen Rahmen zu stecken²²⁷. Er weist einer Partei Verhandlungsmacht zu, die sie vorher nicht hatte (a). Er beschränkt den Lösungsraum (b). Er macht Vorgaben für die Organisation und das Verfahren der Verhandlungen (c). Oder er hilft einer Partei bei der Überwindung von Informationsasymmetrien (d).

a) Zuweisung von Verhandlungsmacht

Die beiden bislang betrachteten Lösungen halten einseitige Entscheidungen durch außenstehende Dritte nur subsidiär bereit. Vor allem setzen sie auf die Vorwirkungen. Aus rationaltheoretischer Perspektive kann man deshalb auch formulieren: Den eigentlichen Steuerungseffekt erwarten sie aus der Drohwirkung der einseitigen Entscheidung²²⁸, vielleicht auch der Verfahrenslast, bis es zu dieser Entscheidung kommt. Bei der hier untersuchten Lösung korrigiert der Staat den Anreizmangel dagegen direkt. Er weist den Petenten zusätzliche Verhandlungsmacht zu.

In der Praxis finden sich gelegentlich Andeutungen in diese Richtung. So hat das Landgericht Potsdam erwogen, dass der Petent seinen Schaden wegen zu später Erfüllung des Netzzugangsanspruchs pauschalieren könne²²⁹. Im funktionell verwandten Recht gesetzlicher Neuverhandlungspflichten stellt der Staat die Interessenharmonie manchmal durch Obliegenheiten her²³⁰. Auch Verfahrenslasten könnte die Rechtsordnung als Druckmittel nutzen. So könnte sie dem Petenten etwa einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf die Veröffentlichung eines allgemeinen Netzzugangsangebots verschaffen. Für einen Petenten könnte das auf zweierlei Art zum Druckmittel werden: Zunächst einmal mag die Ausarbeitung eines solchen allgemeinen Angebots aufwendiger sein als der Vertragsschluss mit einem konkreten Petenten. Vor allem könnte der Netzbetreiber aber fürchten, durch das veröffentlichte Angebot noch viel mehr Konkurrenten anzulocken. Der Nachteil kann auch öffentlich-rechtlicher Natur sein. So geht das australische Recht vor. Wenn sich die Netzbetreiber mit den Petenten nicht einigen, ist der zuständige Minister ermächtigt, die Netzbetreiber einem öffentlich-rechtlichen Regime zu unterstellen. Dann

227 In der juristischen Diskussion ist deshalb manchmal von Kontextsteuerung die Rede. Das ist aber zumindest missverständlich. Denn der Begriff stammt aus der systemtheoretischen Diskussion. Er bezeichnet dort eine ganz andere Position: man hält die rechtliche (oder politische) Steuerung anderer gesellschaftlicher Subsysteme für möglich, obwohl man ihre Autopoiesis anerkennt, programmatisch TEUBNER *Recht als autopoietisches System* 1989; s. auch ENGEL in Immenga, Möschel und Reuter 1996.

228 Besonders deutlich Präambel 10. Erwägung Erwägung EG Verordnung über den Zugang zur letzten Meile, EG-Dokument 2000/0185 (COD), „Although commercial negotiation is the preferred method for reaching agreement on technical and pricing issues for local loop access, experience shows that in most cases regulatory intervention is necessary due to imbalance in negotiating power between the new entrant and the notified operator“.

229 LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 204 f.

230 MARTINEK Archiv für civilistische Praxis 1998, 356-360.

würden sie einen erheblichen Teil ihrer unternehmerischen Bewegungsfreiheit verlieren²³¹. In einem weiteren Sinne mag man schließlich auch die Entscheidung des Bundeskartellamts im Fall Puttgarden hierher rechnen. Das Kartellamt hat der Deutschen Bahn in der Entscheidung eine Frist von zwei Monaten für die Auswahl eines der beiden Petenten und den Abschluss einer Nutzungsvereinbarung für den Hafen gesetzt²³².

b) Beschränkung des Lösungsraums

Wenn die Rechtsordnung allein die Verhandlungsmacht der Parteien verändert, lässt sie den Lösungsraum vollständig frei. Das muss nicht so sein. Vielmehr kann die Rechtsordnung den Parteien auch vorab einen materiellen Rahmen abstecken, in den sich die verhandelte Lösung einfügen muss²³³. Die praktischen Beispiele führen allerdings in die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung zurück. Insbesondere setzt das Bundeskartellamt bei der Steuerung des Netzzugangs in der Elektrizitätswirtschaft auf Musterverfahren. Auf diese Weise hofft das Amt, trotz geringer personeller Ausstattung die Regulierung des Netzzugangs in der Energiewirtschaft bewältigen zu können²³⁴.

c) Vorgaben für Organisation und Verfahren

Wenn der Staat den Parteien Vorschriften für die Organisation und das Verfahren ihrer Verhandlungen macht, kann er damit natürlich ausschließlich prozedurale Zwecke verfolgen. Insbesondere kann ihm daran gelegen sein, für ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit zu sorgen. Prinzipiell eignen sich Organisations- und Verfahrensvorschriften jedoch auch, um materielle Ziele zu erreichen²³⁵. Die materiellen Wirkungen können auf unterschiedlichen Pfaden eintreten. Verfahrenslast kann Verhandlungsmacht bedeuten; davon war bereits die Rede. Organisations- und Verfahrensregeln können auch den Zugang zu Informationen erleichtern. So liegt es etwa, wenn der Staat dem Netzbetreiber Vorgaben für die Kostenrechnung und Bilanzierung macht. Von solchen Vorgaben war unter der Perspektive einer Regulierung zur Erleichterung von Regulierung bereits die Rede²³⁶. Schließlich können Organisations- und Verfahrensregeln auch die Steuerbarkeit des Verhaltens einer Partei erhöhen. Dann wird es leichter, vertragliche Abreden auch durchzusetzen.

231 The National Access Regime, Issues Paper, <http://www.pc.gov.au/inquiry/access> (30.9.2001), 15.

232 BKartA 21.12.1999, WuW/E DE-V 253, 253 und 264 – Puttgarden; was bei Überschreitung der Frist geschieht, sagt die Entscheidung allerdings nicht. Zu denken wäre in Anlehnung an Verfahren nach dem UWG vor allem an Ordnungsgelder.

233 Vgl. die Kritik von SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 453 an den „regulativ unzureichend vorstrukturierten bipolaren Aushandlungen“ in der Elektrizitätswirtschaft.

234 ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 70 und 72.

235 Zusammenfassend ENGEL in Immenga, Möschel und Reuter 1996.

236 S. oben V 7.

d) *Hilfe bei der Überwindung von Informationsasymmetrien*

Eine weitere Option zur zentralen Intervention in private Verhandlungen beschäftigt einen ganzen Zweig der Ökonomie. Das Mechanism Design versucht, Informationsasymmetrien durch Anreizkorrektur zu überwinden²³⁷. Wir hatten schon gesehen, warum der Staat dabei in einer günstigeren Position ist als Private, die versuchen, eine spätere Informationsasymmetrie zu antizipieren. Vom Staat oktroyierte Mechanismen sind nämlich nur an die Bedingung der Anreizverträglichkeit gebunden, nicht außerdem an die Teilnahmebedingung²³⁸. Der Grundgedanke ist einfach: Der Staat muss vorbeugend die Anreize so verändern, dass es für den Inhaber privater Information irrational wird, sie nicht zu offenbaren.

Einen Mechanismus zu finden, der genau dies leistet, ist im Einzelfall allerdings eine höchst anspruchsvolle Aufgabe. Die von Ökonomen vorgeschlagenen Mechanismen sind regelmäßig ausgesprochen kompliziert. In einem nicht allzu entfernten Sinne gehört jedoch auch eine vergleichsweise einfache Überlegung hierher. Der Staat kann dispositive Regeln für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Netzbetreiber und Petent schaffen. Wenn er in diesen Regeln versucht, möglichst nah an eine effiziente oder gerechte Lösung heranzukommen, hat das mit Mechanism Design natürlich nichts zu tun. Stattdessen könnte er das dispositive Recht aber auch so ausgestalten, dass es für den erwarteten Inhaber vertragsrelevanter privater Informationen besonders interessewidrig ist. Dann hätte diese Person ein hohes Interesse, eine abweichende Lösung zu verhandeln. Durch ihr Insistieren auf der Abweichung vom dispositiven Recht würde sie ihre private Information offenbaren²³⁹.

2. Normatives Urteil

Vorgaben für die Organisation und das Verfahren der Verhandlungen und eine Beschränkung des Lösungsraum können private Verhandlungen gewiss erleichtern. Dass sie allein zur Korrektur des Marktversagens genügen, ist allerdings wenig wahrscheinlich. Die eigentliche Aufgabe der Korrektur müssten in diesem Modell offene Anreizänderungen übernehmen. Damit halst sich die Rechtsordnung eine herkulische Aufgabe auf. Sie hat bei dieser Lösung ja nur eine einzige Gelegenheit zur Intervention: Sie verändert vorbeugend die relativen Preise. Bei dieser Gelegenheit darf sie zunächst einmal weder zu wenig noch zu viel intervenieren. Denn würde Netzzugang auf diese Weise zu leicht, träten genauso viel alloкатive Nachteile ein wie beim Gegenteil. Aber mehr noch. Die eine einzige Korrektur muss zugleich auch mit den zu erwartenden Informationsasymmetrien fertig werden. Auch sie sind aus rationaltheoretischer Perspektive ja nichts anderes als ein Anreizproblem. Und auch sie können symmetrisch sein. Es kann also sehr wohl sein, dass die normativ richtige Ausgestaltung des Innenverhältnisses von privaten Informationen eines Petenten abhängt. Schließlich muss die Rechtsordnung regelmäßig sogar noch ein drittes

237 Im Zentrum dieses Ansatzes steht allerdings nicht die staatliche Intervention, sondern ein Vertragsdesign, das die spätere Informationsasymmetrie antizipiert.

238 S. erneut SCHWEIZER Vertragstheorie 1999, 62-69 und oben V 10 d.

239 BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 147-153.

Anreizproblem bewältigen. Sie muss opportunistischem Verhalten nach Abschluss des Vertrages vorbeugen. Diese Sorge ist, wie wir gesehen haben, ernst zu nehmen, wenn die vertragsspezifischen Investitionen an sich asymmetrisch verteilt wären.

Überdies macht die unmittelbare Regulierung der Verhandlungen nur Sinn, wenn dadurch staatliche Entscheidungen im Einzelfall entbehrlich werden. Sonst könnte der Staat ja auch gleich die subsidiäre nachträgliche Entscheidung in der Sache androhen. Das heißt dann aber, dass die Anreizkorrektur in allgemeinen, einfach justiziablen Regeln niedergelegt sein muss. Das geht nur, wenn die Regel typisiert. Das bedeutet aber unvermeidlich auch, dass die Anreizkorrektur in atypischen Fällen allein aus diesem Grunde ihr Ziel verfehlt. Wir hatten gesehen, dass dies ein erhebliches Bedenken ist, weil Netzzugang als Produkt kaum zu standardisieren ist. Verlässt sich der Staat allein darauf, den privaten Verhandlungen einen Rahmen zu setzen, kann es auch keine von einem außenstehenden Dritten moderierten Verhandlungen mehr geben. Daraus folgt zugleich, dass dem Staat die wichtigste Chance verloren geht, mehr über die Besonderheiten des Einzelfalls zu erfahren.

Andererseits löst dieser Ansatz viele Probleme sehr elegant, mit denen subsidiäre Interventionen Dritter zu kämpfen haben. Die Spezifikation der vielen Einzelheiten des Innenverhältnisses geschieht an der dafür am besten geeigneten Stelle, nämlich durch die Parteien selbst. Das Ergebnis braucht keinen verfahrensrechtlichen Anforderungen an Antrag oder Tenor zu genügen. Denn ein von Dritten durchgeführtes Verfahren gibt es nicht. Niemand kann beobachtbare Informationen so weitgehend nutzen wie die Parteien selbst. Wenn ihnen generisches Wissen fehlen sollte, steht es ihnen frei, externen Sachverstand beizuziehen. Wenn die Annäherung an den Grundgedanken des Mechanism Design wirklich gelingt, können in Grenzen selbst Informationsasymmetrien überwunden werden. Ist der mangelnde Anreiz des Betreibers zur Öffnung seines Netzes wirksam korrigiert, hat er auch keinen Grund mehr, die Verhandlungen herauszuzögern. Die Anreizkorrektur bewirkt ja gerade, dass er sich ohne Vertrag schlechter steht als mit. Deshalb ist auch mit einer schnellen Entscheidung zu rechnen. Die Parteien können das Ergebnis ihrer Verhandlungen in einem rechtlich bindenden Vertrag niederlegen. Dann ist auch die Verlässlichkeit des Netzzugangs gesichert. Der Anspruch bleibt nicht auf längere Zeit in der Schwebe. Schließlich können die Parteien vorbeugende Sicherungen gegen opportunistisches Verhalten aufnehmen. Dann ist auch der Vollzug des Vertrages sehr wirksam gesichert.

Rechtlich ist es für die Parteien auch einfach, den Zugangsanspruch an veränderte Verhältnisse anzupassen. Sie sind ja die Herren des Vertrages. Tatsächlich liegt hier aber ein Pferdefuß der Lösung. Denn die meisten Vertragskorrekturen haben einen Verteilungseffekt. Eine Partei steht sich hinterher schlechter. Diese Partei hat keinen Anreiz, der Vertragsänderung zuzustimmen. Hier müsste der Staat also erneut durch Zuweisung von Verhandlungsmacht intervenieren. Ähnlich liegt es mit der Bewältigung multipolarer Konflikte. Rechtlich ist es dem Netzbetreiber und allen Petenten selbstverständlich unbenommen, in einem multilateralen Vertrag eine angemessene Lösung zu finden. Wieder werden sie das aber nur dann tun, wenn der Staat die Verhandlungsmacht zuvor in geeigneter Weise zugewiesen hat. Dann müsste der Staat nicht nur jeden einzelnen Petenten im Verhältnis zum Netzbetreiber stark machen, vielmehr müsste er auch noch

dafür sorgen, dass aktuelle und potentielle Netzbetreiber im Verhältnis untereinander das richtige Maß an Verhandlungsmacht besitzen. Auch hier ist im übrigen mit den beiden Komplikationen zu rechnen. Auch im Verhältnis der Petenten untereinander wird es Informationsasymmetrien geben. Und zum Konflikt zwischen mehreren Petenten kommt es nur dann, wenn die Kapazität des Netzes erschöpft ist. Gerade dann werden regelmäßig aber auch vertragsspezifische Investitionen erforderlich sein, es wird also Erpressungspotential entstehen.

Wenn sich der Staat darauf beschränkt, den privaten Verhandlungen einen Rahmen zu setzen, spielt Normativität nur eine ganz untergeordnete Rolle. Sie findet sich noch am deutlichsten in den materiellrechtlichen Beschränkungen des Lösungsraums. Bei den Vorgaben für Organisation und Verfahren der Verhandlungen wird sie schon sehr viel weniger sichtbar. Bei der Zuweisung von Verhandlungsmacht und der Korrektur von Informationsasymmetrien ist sie ganz verschwunden. Der Staat nähert sich seinen Bürgern nur noch auf der Ebene der Interessen. Ideen spielen keine Rolle mehr. Dadurch verschenkt der Staat die Wirkungsmöglichkeiten der Normativität.

In der Logik einer vorbeugenden Anreizkorrektur liegt es, dass der Staat die Korrektur so genau wie möglich dosiert. Dazu bräuchte er aber eine ungeheuere Menge an Informationen. Denn der Staat steuert dann ja nicht qualitativ, sondern quantitativ. Er müsste also das Steuerungsziel zunächst einmal quantitativ genau bestimmen. Sodann müsste er die Wirkung einer Änderung der relativen Preise auf das Entscheidungsverhalten der Parteien in ihren Verhandlungen richtig prognostizieren. Daran wäre jede Planbehörde eines sozialistischen Staats verzweifelt. Sollen die Regulierungskosten nicht explodieren, muss sich der Staat deshalb mit relativ groben Näherungen zufrieden geben.

Die staatliche Anreizkorrektur ist ausschließlich allokativ gedacht. Das einzige Ziel ist eine Steigerung des Bruttosozialprodukts. Selbst wenn es dem Staat gelänge, die Anreizkorrektur richtig zu bemessen, müsste er doch erhebliche Verteilungseffekte in Kauf nehmen. Dass der belastet wird, der seine Monopolrente verteidigt, mag verteilungspolitisch noch unanstößig erscheinen. Genauso müsste aber auch belastet werden, wer über private Information verfügt und wer in das Vertragsverhältnis weniger Kosten versenken muss. Beides ist verteilungspolitisch viel weniger einleuchtend.

Eine staatliche Anreizkorrektur lässt von Rechtsstaat und Demokratie kaum etwas übrig. Vor Gericht könnte nur über das Gesetz gestritten werden, das abstrakt die Verhandlungsgewichte verschiebt. Wenn das Verfassungsgericht diese Form der Intervention einmal abstrakt akzeptiert hat, könnte es im konkreten Fall kaum noch Rechtsschutz gewähren. Denn es könnte ja stets nur über quantitative Größen gestritten werden. Sie werden nahezu immer zur Einschätzungsprärogative und zum Prognosefreiraum des Gesetzgebers gehören²⁴⁰. Hinzu tritt ein justizpolitischer Grund. Dem Bundesverfassungsgericht bliebe nur eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung. Es kann dem Parlament das Gesetz nur ganz aus der Hand schlagen, nicht aber im Wege der ver-

240 Näher SPIECKER GEN. DÖHMANN in Lege 2001.

fassungskonformen Interpretation Feinkorrekturen vornehmen. Davor wird es im Normalfall zurückscheuen. Aus demokratischer Perspektive liegt es ähnlich. Der Gesetzgeber interveniert so weit im Vorfeld, dass die praktische Bedeutung seiner Entscheidung kaum abzusehen ist. Auch eignet sich der Streit um die Richtigkeit eines so komplexen Modells, wie es hier benötigt würde, kaum für den parlamentarischen Diskurs. Aus dem gleichen Grunde ist auch die Anfälligkeit für politökonomische Verzerrungen beträchtlich. Weil das parlamentarische Verfahren nicht darauf ausgelegt ist, solch modellhafte Überlegungen nachzuvollziehen, könnten geschickte Ministerialbeamte die Entscheidung relativ leicht manipulieren.

Die Fortentwicklung des Rechts muss bei dieser Lösung vor allem aus einer Anpassung der quantitativen Korrektur an neue Informationen oder veränderte Umstände bestehen. Im Gesetzgebungsverfahren ist das nicht zu bewältigen. Rechtstechnisch wäre die Ermächtigung an einen Verordnungsgeber oder an einen anderen Normgeber denkbar. Dann verlagert der Staat die eigentliche Sachentscheidung aber aus dem Parlament heraus. Dieser Vorwurf ist auch der Grenzwertfestsetzung im Umweltrecht immer wieder zu Recht gemacht worden.

Als Zwischenergebnis können wir festhalten: Reine Anreizkorrekturen haben zu große Nachteile. Auch der vollständige Verzicht auf Interventionen im Einzelfall wäre eine wagemutige Strategie. Andererseits sind die Vorzüge erheblich, wenn die Parteien so oft als möglich das Innenverhältnis wirklich in Verhandlungen selbst ausgestalten. Das legt eine Kombinationslösung nahe. Der Staat sollte zwar die Möglichkeit einer einseitigen Entscheidung vorhalten. Er sollte andererseits aber dafür sorgen, dass solche Entscheidungen wirklich nur die ultima ratio bleiben. Auch wenn ihm die vollständige vorbeugende Anreizkorrektur nicht gelingt, macht es doch Sinn, die Anreize korrigierenden Elemente im geltenden Recht zu stärken. Je mehr solche Elemente die Rechtsordnung von vornherein vorhält, desto eher kann sie es auch verantworten, flankierend den Zugang zu der zentralen Entscheidungsinstanz zu erschweren.

VIII. Korporatismus

Dies ist aber nur ein Zwischenergebnis. Beim Zugang zu Energieversorgungsnetzen beschreitet der Staat einen kategorial anderen Weg. Er hat sich für eine korporatistische Lösung entschieden. Wieder wollen wir den Grundgedanken zunächst modellhaft entwickeln (1), einen Einblick in die Anwendungspraxis geben (2) und die Lösung vergleichend beurteilen (3). Auf dieser Grundlage können wir abschließend auch eine verwandte Lösung vorführen: individuelle Verhandlungen zwischen dem Staat und einzelnen Netzbetreibern (4).

1. Modell

Der korporatistische Ansatz unterscheidet sich vor allem in einem Punkt von den bislang vorgestellten Lösungen: Der Staat gibt die Regelbildung aus der Hand. Genauer: Er wendet auf die Regelbildung die gleiche Logik an, die wir gerade für die Regelanwendung herausgearbeitet haben. Der Staat trifft die Sachentscheidung nicht mehr selbst. Er beschränkt sich vielmehr darauf, dem privaten Prozess der Regelbildung einen Rahmen zu stecken. Das kann er prinzipiell auf die gleiche Art tun, die ihm auch zur Einwirkung auf die Verhandlungen zwischen Netzbetreiber und Petent zu Gebote steht. Er kann Vorgaben für die Organisation und das Verfahren der Regelbildung machen. Er kann den Lösungsraum beschränken. Praktisch wie theoretisch steht aber die Anreizkorrektur im Zentrum des Interesses. Korporatistische Regelbildung findet dann im Schatten des Rechts statt. Der Staat droht der regelbildenden Instanz so empfindliche Nachteile an, dass sie in seinem Sinne tätig wird²⁴¹.

Theoretisch könnte die Regelbildung einer beliebigen privaten Instanz überlassen werden. Das könnte ein Unternehmen sein, das als Regelbildungsintermediär tätig wird²⁴². Die künftigen Adressaten der Regel könnten sich ad hoc auf deren Inhalt verständigen²⁴³. Für korporatistische Lösungen ist dagegen charakteristisch, dass die Regel von einem Verband gebildet wird. Für den Staat ist das attraktiv, wenn der Verband organisatorisch verfestigt ist und einen hohen Organisationsgrad hat. Gegebenenfalls können auch mehrere Verbände gemeinsam tätig werden, um so möglichst alle Adressaten zu erreichen.

Wenn ein Verband die Regeln schafft, übernimmt er normalerweise auch den Vollzug. An die Stelle des staatlichen Gewaltmonopols tritt dann die Verbandsmacht. Gar nicht so selten stärkt der Staat flankierend den Verband. Das ist dann eine Form der Regulierung zur Erleichterung der (Verbands-)Regulierung²⁴⁴. Insbesondere kann er den Verzicht auf die einseitige staatliche Regulierung vom Nachweis der Mitgliedschaft in dem Verband abhängig machen²⁴⁵. Die Regelbildung im Verband ist viel einfacher als im Parlament oder durch Rechtsverordnung. Das Verfahren ist einfacher. Die Sachkunde ist höher. Die Regel braucht auf Drittinteressen keine Rücksicht zu nehmen. Die Regelbildungsinstanz hat nur diese eine Zuständigkeit. Der Abgleich zu anderen Regelwerken spielt deshalb eine viel geringere Rolle. Auch Stimmentausch über Regelungsgegenstände hinweg kommt normalerweise nicht vor. Aus all diesen Gründen können korporatistische Regeln viel detaillierter sein als staatliches Recht. Im Extremfall beschränkt sich die

241 Grundlegend SCHARPF Games 1997, 195-205. Es kommt dann zu einer Art „politischem Vertrag“ zwischen Staat und Verband, näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, 538-555.

242 Das gibt es etwa im Bereich der technischen Standardisierung. Ein Unternehmen kann den Standard ausarbeiten und am Markt durchsetzen. Die Regelungsmacht folgt dann aus seiner marktbeherrschenden Stellung. Für ein Anwendungsbeispiel siehe ENGEL Journal of Institutional and Theoretical Economics 2002b.

243 Auch dafür gibt es vor allem im Recht technischer Standards Anwendungsbeispiele. Die Adressaten bilden dann ein Standardisierungskartell, s. § 2 I GWB.

244 Vgl. oben V 7.

245 Wie erfinderisch der Staat dabei ist, zeigt das Duale System Deutschland, der Träger des Grünen Punkt. Funktionell ist das eine privatisierte Regulierungsinstanz für die Lenkung der Abfallströme. Der Druck auf die Warenhersteller ergibt sich aus der Einkaufsmacht des Handels. Der Staat droht den Handelsunternehmen mit der Pflicht, Verkaufsverpackungen in der Verkaufsstätte zurückzunehmen. Die Händler reagieren, indem sie Produkte ohne den Grünen Punkt nicht mehr bestellen, näher ENGEL Abfallrecht 2002a, B XV 3.

Regelanwendung auf die Prüfung, ob ein atypischer Einzelfall vorliegt. Diese Akzentverschiebung von der Regelanwendung auf die Regelbildung liegt typischerweise auch im Interesse des Staats. Denn ein direktes Drohpotential hat er bei dieser Lösung ja nur gegenüber der verbandlichen Regelbildung. Auf den Einzelakt der Regelanwendung kann er auch nicht mittelbar durch Drohungen oder Versprechungen einwirken.

2. Praxis

Für den Zugang zu den Elektrizitäts- und Gasnetzen gibt es Verbändevereinbarungen²⁴⁶. Die staatliche Drohung ergibt sich aus der Ermächtigung an den Bundeswirtschaftsminister, die Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten einseitig durch Rechtsverordnung festzusetzen. Für Elektrizitätsnetze ist sie in § 6 II EnWG enthalten. Für Gasnetze sollen noch weitergehende Ermächtigungen mit der nächsten Novelle in das Gesetz aufgenommen werden²⁴⁷. Der Minister hat nie einen Hehl daraus gemacht, dass er von diesen Ermächtigungen eigentlich gar keinen Gebrauch machen will²⁴⁸. Die Verbändevereinbarung Gas stellt sogar ausdrücklich fest, dass sie im Beisein des Wirtschaftsministers unterschrieben ist. Das Dokument trägt die Unterschrift des Ministers. Dass die Verbändevereinbarung Strom bereits nach kurzer Zeit grundlegend verändert wurde, beruht auf dem Druck des Ministers²⁴⁹. Er ist auch dafür verantwortlich, dass die Verbändevereinbarung Gas in kurzer Zeit um zwei Nachträge ergänzt worden ist²⁵⁰.

Die Verbändevereinbarungen verlassen sich für die Durchsetzung nicht ausschließlich auf die Verbandsmacht. Die Verbändevereinbarung Strom hat vielmehr eine Clearingstelle geschaffen. Sie kann sowohl vom Netzbetreiber wie vom Petenten angerufen werden. Zuständig ist sie allerdings nur, wenn dem beide Seiten zustimmen. Im Einvernehmen mit den streitenden Parteien kann sie „neutrale“ Sachkenner beiziehen. Diese Sachkenner schlagen den Parteien eine angemessene Regelung vor²⁵¹. Der Verband schafft also zusätzlich eine Instanz für moderierte Ver-

246 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999; Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000; Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 2001; die Dokumente sind abrufbar unter <http://www.vik-online.de> (19.1.2002); zur Entwicklungsgeschichte SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 459-468; BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2226 f.; der Minister hat außerdem damit gedroht, eine sektorspezifische Regulierungsbehörde einzurichten, sollten die Verbändevereinbarungen nicht den gewünschten Erfolg haben, SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 4; der gleiche Ansatz soll nun auch auf europäischer Ebene erprobt werden, SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 6 f.

247 S. im einzelnen § 4 a III und § 6 a VIII EnWG-Entwurf; ähnlich geht das australische Recht vor, The National Access Regime, Issues Paper, <http://www.pc.gov.au/inquiry/access> (30.9.2001), 9 und passim.

248 SCHWINTOWSKI ZNER 1998, 15; SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 459 f; BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2227.

249 SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 7, unter Hinweis auf die Pressemitteilungen des Bundeswirtschaftsministeriums vom 2.9.1999 und vom 29.9.1999.

250 Ebd., 5, unter Hinweis auf eine Notiz in der Zeitschrift für kommunale Wirtschaft 04/2001, 2; für den 2. Nachtrag ergibt sich das bereits aus der Präambel.

251 Nr. 5.1 – 5.8 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999; insoweit unverändert übernommen in Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 2001.

handlungen²⁵². Sie ist im Streit zwischen den Stadtwerken Münster und den Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerken auch schon tätig geworden²⁵³. Die Verbändevereinbarung Gas richtet dagegen eine Schlichtungsstelle beim Bundeswirtschaftsminister ein²⁵⁴.

3. Normatives Urteil

Der wichtigste Vorzug einer korporatistischen Lösung für den Staat liegt in der Vergrößerung seines Drohpotentials. Er kann nicht mehr bloß mit der Intervention gegenüber einzelnen Netzbetreibern drohen. Vielmehr kann er auch seine Macht zur Ausgestaltung des Rechts als Drohpotential einsetzen. Insbesondere kann er alternative Lösungen als Folterwerkzeuge einsetzen. Wäre er nicht an verfassungsrechtliche Grenzen gebunden, könnte er der Branche beliebige Nachteile androhen²⁵⁵. In unserem konkreten Fall wäre zunächst an die staatliche Übernahme und an die rechtliche und wirtschaftliche Verselbständigung des nicht angreifbaren natürlichen Monopols, also an strukturelle Separierung zu denken. Der Übergang zum regulierten Netzzugang ist verfassungsrechtlich aber viel weniger riskant²⁵⁶. Daran dürfte es liegen, dass das Energiewirtschaftsgesetz gerade hier ansetzt. Gegenüber einzelnen Netzbetreibern wäre diese Drohung wirkungslos. Denn der Staat erreicht sein eigentliches Ziel ja nur dann, wenn er sich die Drohung schließlich abhandeln lässt. Wenn sich der Staat einmal mit einem Netzbetreiber geeinigt hat, ist die Drohung für alle übrigen Netzbetreiber verpufft.

Rechtlich kann der Staat im Rahmen des Verfassungs- und Gemeinschaftsrechts einseitig jede beliebige Regelung schaffen. Das wird einen Verband von Netzbetreibern aber nur wenig beeindrucken. Zur glaubhaften Drohung wird die Rechtssetzungsmacht erst dann, wenn auch politisch mit ihrem Gebrauch zu rechnen ist. Ein Gesetzgebungsverfahren dauert lang. Im vorhinein lässt sich kaum sagen, welches Ergebnis es schließlich haben wird. Die Problemlösungskapazität auch eines so fleißigen Parlaments wie des deutschen ist beschränkt. Viele denkbare und wünschenswerte Gegenstände müssen deshalb lange auf ihr „political window of opportunity“ warten. Hieraus erklärt sich, warum der Staat korporatistische Arrangements regelmäßig mit Verordnungsermächtigungen begleitet. Eine Verordnung kann viel schneller ergehen. Notfalls kann ein Minister die angedrohte Verordnung sogar in Kraft setzen und nur auf ihre Anwendung verzichten, solange das korporatistische Arrangement wirksam ist²⁵⁷.

252 Vgl. oben VI 1.

253 THEOBALD und ZENKE WuW 2001, 35 FN 74; gleichwohl skeptisch gegenüber der Wirksamkeit UNGEMACH und WEBER Recht der Energiewirtschaft 1999, 138; KLAUE ZNER 2000, 272 und 274.

254 Nr. 7 Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas 2000; s. auch § 6 a II 5 EnWG-E.

255 Das in FN 245 geschilderte Vorgehen gegenüber den Händlern ist als nicht konnexe Drohung aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausgesprochen problematisch, ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, 561 f.

256 Zu den verfassungsrechtlichen Risiken dieser Lösungen s. unten IX.

257 Auch dafür ist das Duale System Deutschland ein Beispiel. Die Drohung gegenüber dem Handel ergibt sich aus § 6 VerpackV. Sie wird nur dann und solange zurückgenommen, wie die zuständige Landesbehörde nach § 6 III VerpackV eine Freistellungserklärung abgegeben hat.

Die Treffsicherheit der Anreizkorrektur durch ein korporatistisches Arrangement hängt nicht allein an der Qualität der Regeln, sondern auch an ihrer Durchsetzung. Prinzipiell stehen dem Verband dafür die gleichen Mittel zu Gebote wie dem Staat. Er kann allgemeine Regeln niedersetzen und ihre Anwendung ex post kontrollieren. Er kann die Moderation von Verhandlungen anbieten. Oder er kann ex ante Verhandlungsmacht korrigieren. Die Trennung zwischen Regelbildung und Regelanwendung ist im Innern eines Verbands aber nicht so säuberlich wie beim Staat. Verbände kennen nicht unbedingt eine Trennung der Gewalten. Die Verbandsführung verhandelt die Regeln mit dem Staat und setzt sie häufig anschließend auch selbst durch. Formelle, gar rechtlich verfasste Entscheidungsmacht der Verbandsspitze gegenüber den Mitgliedern ist selten. Die Verbandsspitze muss vor allem an die Solidarität der Verbandsmitglieder appellieren. Denn wenn sich das korporatistische Arrangement als unwirksam erweist, kann der Staat seine Drohung gegenüber dem Verband ja doch wahr machen.

Ein Vorteil korporatistischer Lösungen ist die Chance zu sehr detaillierten Regeln. Grundsätzlich könnte das gesamte Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent in solchen Regeln niedergelegt werden. Dann wäre das Bestimmtheitsproblem elegant gelöst, das die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung so erschwert. Das geht allerdings nur, wenn sich der Netzzugang zumindest für die eine Branche weitgehend typisieren lässt. Die differenzierten Regeln der Verbändevereinbarungen Strom und Gas zeigen, dass dies nicht vollständig, aber doch zu einem beachtlichen Teil denkbar ist.

Ein weiterer, damit zusammenhängender Vorzug der korporatistischen Lösung ist die relativ große Sachnähe des Verbands. Daran liegt es zunächst, dass zu vertretbaren Regulierungskosten detaillierte Regelwerke erarbeitet werden können. Zugleich verfügt die Verbandsspitze typischerweise aber auch über den Großteil des einschlägigen generischen Wissens. Wichtiger noch: Verbandsfunktionäre können auch einen erheblichen Teil des impliziten Wissens der Parteien verwerten. Das Informationsproblem reduziert sich deshalb im wesentlichen auf eine Frage der Informationsverteilung. Auch der Verband muss Mittel und Wege finden, den Parteien ihre private Information zu entlocken. Setzt die Verbandsspitze die Verbandsregeln durch, geht das regelmäßig viel schneller, als wenn der Staat handelt. Dafür gibt es mehrere Gründe. Größere Sachnähe der Entscheider macht das Verfahren weniger aufwendig. Die größere Detailliertheit der Regeln vermindert den Entscheidungsbedarf im Einzelfall. Schließlich fehlen rechtsstaatliche Sicherungen weitgehend. Auch das beschleunigt das Verfahren.

Heikel ist dagegen die Verlässlichkeit der Entscheidungen. Gerichte und Schrifttum insistieren darauf, dass die Verbändevereinbarungen rechtlich ebenso unwirksam sind wie die auf ihrer Grundlage getroffenen Entscheidungen der Clearing- oder Schlichtungsstelle²⁵⁸. Im Ergebnis befriedigt das nicht. Gewiss darf es keinen Freibrief für die Absenkung rechtsstaatlicher, grundrechtlicher und demokratischer Standards durch den Übergang zu korporatistischen Arrange-

258 OLG Dresden 8.2.2001, RdE 2001, 145, 146; LG Potsdam 2.2.2000, RdE 2000, 203, 205; LG Berlin 27.6.2000, WuW/E DE-R 533, 536 – Fortum; BÜDENBENDER Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000a, 2227; ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER Netznutzung Strom 2001, 6; SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 18.

ments geben²⁵⁹. Die subsidiäre staatliche Entscheidung in jedem Einzelfall ist aber kein angemessenes Mittel zur Konstitutionalisierung von regulierter Selbstregulierung. Vielmehr muss die verfassungsrechtliche Ausgangsfrage lauten, ob es überhaupt ausreichend gewichtige Gründe gibt, von der Regulierung durch Recht abzusehen²⁶⁰. Man muss also die verfassungsrechtliche Leerstelle für effektive Steuerung füllen. Je nach dem, wer die Regelungsaufgabe übernimmt, tritt der verfassungsrechtliche Schutz dieser Regelungsautonomie hinzu²⁶¹. Ist danach ein korporatistisches Arrangement überhaupt zulässig, muss es durch Verfahrens- und Sachregeln umhegt werden. Als Modell eignet sich dafür die bereits vorgestellte Lösung für private Schiedssprüche. Die Kontrolle der Organisations- und Verfahrensregeln sollte streng sein. Die Inhaltskontrolle sollte sich dagegen auf die Überschreitung äußerster Grenzen beschränken. Die aus der Schiedsgerichtsbarkeit und dem internationalen Privatrecht vertraute Figur des *ordre public* eignet sich dafür gut. Sie enthält keinen starren Maßstab. Vielmehr hängt das Ausmaß der Kontrolle von zwei Parametern ab: Vom Ausmaß der Abweichung von nationalen Wertvorstellungen und von der Nähe des Sachverhalts zum Inland²⁶². An die Stelle der Inlandsberührung könnte in unserem Zusammenhang die Intensität des verfassungsrechtlichen Regelungswunschs treten.

Die Anpassung des Innenverhältnisses zwischen einem bestimmten Netzbetreiber und einem Petenten hängt bei einem korporatistischen Arrangement von dem Mechanismus zur Durchsetzung der allgemeinen Regeln ab. Bei den Verbändevereinbarungen Strom und Gas können auch hiermit die Clearing- bzw. Schlichtungsstellen befasst werden. Macht man den subsidiären Weg zu den staatlichen Gerichten so leicht, wie das Rechtsprechung und Literatur wollen, kann auch dieser Weg dafür genutzt werden. Vor allem ist bei einer korporatistischen Lösung aber der Unterschied zwischen Regelbildung und Regelanwendung weniger ausgeprägt. Der Verband kann auf den Änderungsbedarf im Einzelfall nicht nur mit einer Anpassung der konkreten Schlichtungsentscheidung reagieren, sondern auch mit einer Anpassung der allgemeinen Regeln. Deutlicher noch: Der Durchgriff auf die allgemeinen Regeln ist nicht an die Grenzen der Interpretation gebunden. Vielmehr können die Regeln bei dieser Gelegenheit auch offen geädert werden.

Es liegt an dem Verband, wie formal er die Durchsetzung seiner Regeln ausgestaltet. Deshalb fällt es dem Verband sehr leicht, mit multipolaren Konflikten zurecht zu kommen. Nichts hindert ihn daran, den Netzbetreiber und alle Petenten zugleich an den Verhandlungstisch zu holen. Weil der Verband dem Staat für den Steuerungserfolg gerade stehen muss, ist zu erwarten, dass er das auch tatsächlich tut.

Ebenso leicht fällt dem Verband flankierende Regulierung zur Erleichterung von Regulierung. Es hat ja keinen Katalog von Normsetzungszuständigkeiten zu beachten. Wenn auf einem indirekten Weg der Steuerungserfolg leichter zu sichern ist, wird der Verband davon auch Gebrauch machen. So verpflichtet die Verbändevereinbarung Strom alle Netzbetreiber, „die zur Ermittlung

259 Zur langen Liste der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen korporatistische Arrangements ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, 558-565; ENGEL Die Verwaltung 2001f.

260 Näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, 565-578.

261 Näher ENGEL Private Governance 2001b.

262 S. nur KROPHOLLER Internationales Privatrecht 1997, § 36.

der Netznutzungsentgelte erforderlichen Bestimmungen, Größen und Preise“ öffentlich bekannt zu machen²⁶³.

Theoretisch ist die Implementation des ausgehandelten oder oktroyierten Zugangsanspruchs gegenüber dem Netzbetreiber die größte Schwachstelle korporatistischer Arrangements. Denn der Verband kann ja nicht auf das staatliche Gewaltmonopol zurückgreifen. Zum einen kann er aber vorbeugend darauf achten, dass Netznutzungsarrangements als selbstdurchsetzende Verträge ausgestaltet werden. Er kann also darauf dringen, dass vorbeugend Sicherungen gegen opportunistisches Verhalten aufgenommen werden. Zum anderen lässt sich der Staat auf ein korporatistisches Arrangement nur dann ein, wenn er mit einem starken Verband verhandelt. Denn auch im Verhältnis zwischen Staat und Verband gibt es ein Implementationsproblem. Es hat genau die gleiche Struktur wie das Vollzugsproblem zwischen Netzbetreiber und Petent. Der Staat wird auf sein Drohpotential deshalb nur dann verzichten, wenn der implizite, politische Vertrag zwischen der handelnden staatlichen Stelle und der Verbandsspitze zureichende Sicherungen gegen opportunistisches Verhalten des Verbands enthält²⁶⁴. Reicht die Macht der Verbandsspitze über die Verbandsmitglieder dazu vermutlich nicht aus, wird der Staat diese Macht flankierend stärken. Notfalls kann er sogar einen gesetzlichen Verbandszwang vorsehen. Bei näherem Zusehen ist deshalb nicht die Implementation der Netzzugangsansprüche das Problem, sondern die Folgen wirksamer Durchsetzungsmechanismen im Innern des Verbandes für Rechtsstaat, Grundrechte und Demokratie.

Wer Normativität auf die Dignität des Rechts verengt, der wird sie in korporatistischen Arrangements normalerweise nicht finden. Anders könnte es allenfalls sein, wenn sich Staat und Verband darauf verständigen, die Regeln gerade als verbandsinternes Recht auszugestalten. Das ist aber weder wahrscheinlich noch sinnvoll. Denn im Verbandsinnern macht die Verabschiedung von Rechtsregeln nur dann Sinn, wenn die Möglichkeit einer Durchsetzung vor den staatlichen Gerichten eröffnet werden soll. Zu dem korporatistischen Arrangement greift der Staat aber überhaupt nur dann, wenn die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung zu große Nachteile hat. Oben hatten wir Normativität ja aber auch weiter verstanden. In diesem weiter gefassten Sinne steht sie dem Verband sehr wohl zu Gebote. Auf kognitiver Ebene ähnelt die Durchsetzung von Netzzugangsansprüchen im korporatistischen Rahmen den moderierten Verhandlungen, von denen die Rede war. Auch hier kommt es zu einem Gespräch zwischen Personen, die über viele gemeinsame mentale Modelle verfügen. Der eigentliche Vorzug eines korporatistischen Arrangements liegt aber auf motivationaler Ebene. Der Verband kann und wird an die Solidarität der Branche appellieren. Denn die Drohung mit der einseitigen staatlichen Intervention

263 Nr. 1.7 Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie 1999; insoweit unverändert in Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 2001; s. auch KLAUE ZNER 2000, 272.

264 Näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c, 545-551.

in die ausgehandelten Regeln bleibt im Hintergrund ja bestehen. Die Verbandsspitze muss deshalb erreichen, dass die Regeln nicht offen und politisch sichtbar gebrochen werden²⁶⁵.

Ob die Regulierungskosten korporatistischer Arrangements niedriger sind als bei den alternativen Lösungen, ist abstrakt schwer abzuschätzen. Weil er näher an der Sache ist, fällt es dem Verband leichter, sehr detaillierte allgemeine Regeln zu formulieren. Der Staat treibt diesen Aufwand aber ja auch gar nicht. Vielmehr setzt er vor allem auf die Vorwirkungen seiner Entscheidungen. Wenn das gelingt, bleiben die Regulierungskosten gering. Je ähnlicher die Netzzugangsprobleme in einer Branche sind, desto eher sparen detaillierte allgemeine Regeln eines Verbands den Parteien aber ihrerseits Transaktionskosten der Verhandlungen. Wenn der Verband erfolgreich mit seiner Verbandsmacht für die Durchsetzung von Netzzugangsansprüchen sorgen kann, sind auch die Regulierungskosten des Vollzugs niedriger.

Die juristische Literatur hält die Wettbewerbsfolgen korporatistischer Arrangements für den eigentlichen Pferdefuß. Regelmäßig wird darauf verwiesen, die Vereinbarkeit der Verbändevereinbarung Strom und Gas mit dem Kartellverbot sei ungesichert²⁶⁶. Das Bundeskartellamt hat sich nur zu einer Art Duldungserklärung verstehen können²⁶⁷. Weil die Verbände das kartellrechtliche Verdikt fürchteten, haben sie die Vereinbarung nur als Empfehlungen an Netzbetreiber und Petenten formuliert. Sie enthalten ausdrücklich keine Aussagen zur Preishöhe, sondern nur ein Verfahren für die Berechnung von Entgelten²⁶⁸.

Das ist im Ergebnis ebenso problematisch wie die These, jedermann müsse stets die staatlichen Gerichte anrufen können. Natürlich beschränkt jedes korporatistische Arrangement den Wettbewerb. Die allgemeinen Regeln standardisieren Qualität, Konditionen und vielleicht auch den Preis. Zunächst ist die wettbewerbspolitische Lage in unserem Fall aber besonders entspannt. Denn es soll ja gerade das Verhalten solcher Unternehmen beeinflusst werden, die über nicht angreifbare natürliche Monopole verfügen. Deshalb kann es weder um aktuellen noch um potentiellen Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern gehen. Beschränkt wird allenfalls das, was im wettbewerbspolitischen Jargon *yardstick competition* genannt wird. Es wird für einen Petenten schwieriger, einen inländischen Vergleichsmarkt mit günstigeren Konditionen zu finden. Vor allem muss man das korporatistische Arrangement aber vergleichend bewerten. Es ersetzt staatliche Regulierung. Das ist natürlich, ebenso wie beim Ausschluß von Rechtsschutz, kein Freibrief für Abweichungen von den Anforderungen des Kartellrechts. Die (in unserem Fall geringe) Beschränkung des horizontalen Wettbewerbs muss aber abgewogen werden gegen die Sicherung des Wettbewerbs auf den vor- und nachgelagerten Märkten. In den Beschränkungen des Wett-

265 Man kann es in Anlehnung an WHITE Identity and control 1992 auch so formulieren: Was eine Branche ausmacht, ist keine ontologische Frage, sondern das Ergebnis sozialer Konstruktion. Verbände sind institutionalisierte Agenten für diese Aufgabe. Sie können die gemeinsame Vermeidung der staatlichen Intervention, oder die gemeinsame Bewältigung der Wettbewerbsprobleme beim Netzzugang, deshalb zu identitätsstiftenden Elementen ihrer Branche machen.

266 SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 462 f; KLAUE ZNER 2000, 272 und 274; SCHNEIDER Energy Conflicts 2001, 12.

267 Der damalige Vorsitzende der zuständigen Beschlussabteilung hat einen „comfort letter“ formuliert, SCHNEIDER Stromwirtschaft 1999, 462 f.

268 Der Zusammenhang wird hergestellt von Ebd., 460.

bewerbs zwischen den Netzbetreibern liegt deshalb sicher nicht das wichtigste normative Bedenken gegen ein korporatistisches Arrangement.

Welche Verteilungseffekte ein korporatistisches Arrangement hat, hängt von seiner Ausgestaltung ab. Hier ist also besondere Aufmerksamkeit des Staats bei seinen Verhandlungen mit dem Verband gefragt. Je exklusiver das Arrangement, desto größer die Gefahr einer Einigung auf Kosten Dritter. Vor allem ist aber die Gefahr einer Einigung auf Kosten schwächerer Verbandsmitglieder ernst zu nehmen. Denn kein Verband ist wirklich homogen. Die mit dem Staat ausgehandelten Regeln begünstigen die eine Gruppe von Verbandsmitgliedern zu Lasten anderer Gruppen. Schließlich kommt es auch zur Umverteilung zwischen Staat und Verband. Denn das korporatistische Arrangement verlagert die Regulierungskosten fast vollständig auf den Verband.

Das zentrale Problem korporatistischer Arrangements ist schon mehrfach angeklungen. Sie durchbrechen in fundamentaler Weise grundrechtliche, rechtsstaatliche und demokratische Sicherungen. Rechtsschutz gegen die Anwendung der Verbandsregeln auf Verbandsmitgliedern würde den eigentlichen Vorzug des Instruments verspielen. Auch gegen die staatliche Intervention können sich die einzelnen Verbandsmitglieder kaum wirksam vor Gericht wehren. Man kann sich schon fragen, ob die Androhung von Gesetzgebung überhaupt ein Grundrechtseingriff ist. Auch wenn man über dieses dogmatische Hindernis hinwegkäme, wäre doch aus einem justizpolitischen Grund kaum etwas gewonnen. Denn solch eine Klage würde das Bundesverfassungsgericht vor eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung stellen. Die Verbandsregeln selbst sind dem Staat ja nicht zuzurechnen. Dem Verfassungsgericht bliebe deshalb nur, dem Staat sein Drohpotential ganz aus der Hand zu schlagen. Das ist wenig wahrscheinlich.

Aus demokratischer Perspektive sieht es nicht besser aus. Funktionell wird der Verband als private Regulierungsinstanz tätig. Sein Verhalten ist aber demokratisch in keiner Weise kontrolliert. An die Stelle des Prinzips allgemeiner Repräsentation im Parlament tritt die bloße Partizipation im Innern des Verbands²⁶⁹. Auch politökonomisch sind korporatistische Arrangements riskant. Denn auf staatlicher Seite überspielen sie die Zuständigkeitsordnung. So sind die Verbändevereinbarungen Strom und Gas mit dem Bundeswirtschaftsminister ausgehandelt worden. Die übrigen Bundesminister, das Parlament und die Länder waren daran nicht beteiligt. In solchen Verhandlungen kann der Staat nur etwas erreichen, wenn er selbst hohe Sachkompetenz demonstriert. Die liegt typischerweise aber nicht bei den politisch unmittelbar kontrollierten Personen, sondern bei den Ministerialräten. Solche Arrangements machen es der Ministerialverwaltung also relativ einfach, sich der politischen Kontrolle zu entziehen. Staatliche Macht ohne Kontrolle ist unvermeidlich missbrauchsanfällig.

Aus evulutorischer Perspektive schneiden korporatistische Arrangements dagegen wieder gut ab. Denn die Grenze zwischen Regelbildung und Regelanwendung ist hier ohnedies durchlässig. Nicht nur die Konkretisierung durch Interpretation, sondern auch die offene Änderung ist ver-

269 Zu diesen Fragen gibt es mittlerweile eine breite juristische Literatur. S. nur DI FABIO VVDStRL 1997; SCHMIDT-PREuß VVDStRL 1997; ENGEL Private Governance 2001b; ENGEL Die Verwaltung 2001f; ENGEL European Business Organisation Law Review 2001e.

gleichsweise einfach. Setzt die Verbandsspitze die Regeln auch im Einzelfall selbst durch, kann sie unmittelbar von den Anwendungserfahrungen profitieren. Das ist bei den Verbändevereinbarungen Gas und Strom aber nicht der Fall. Dann muss der Transfer der Erfahrungen aus den Clearing- und Schlichtungsstellen zur Regelfortbildung organisiert werden. Die schnellen Novellen bzw. Ergänzungen der Vebändevereinbarung zeigen aber, dass auch dies kein ernsthaftes Problem zu sein scheint.

In der Summe steht die Rechtsordnung also vor einer schwierigen Entscheidung. Korporatistische Arrangements sind sehr leistungsfähig, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Der Verband muss stark sein. Außerdem muss die Rechtsordnung auf Störfeuer verzichten. Sie muss den subsidiären Weg zu den staatlichen Gerichten also zumindest stark erschweren und das Arrangement von der Drohung des Kartellverbots freistellen. Die hohe Leistungsfähigkeit hat allerdings ihren Preis. Hohes Gewicht haben vor allem die Einschränkungen für Rechtsstaat, Grundrechte, Demokratie und die Anfälligkeit für politökonomische Verzerrungen. Mit geringerem Gewicht liegen auch die saldierten Wettbewerbskosten und die Verteilungseffekte auf der Waagschale.

Ob die Rechtsordnung bereit ist, diese hohen Kosten in Kauf zu nehmen, hängt zunächst einmal von dem Vergleich zu alternativen Lösungen ab. Ernsthaft kommt, wie wir gesehen haben, alternativ nur eine kombinierte Lösung in Betracht. Die Rechtsordnung schafft selbst die materiellen Regeln. Sie sorgt aber dafür, dass sie diese Regeln nur so selten wie möglich auch selbst durchsetzen muss. Vor allem setzt sie auf Vorwirkungen und moderierte Verhandlungen. Ein korporatistisches Arrangement ist in mehrfacher Hinsicht leistungsfähiger. Der Zugang zu den Informationen ist bei der Regelanwendung, vor allem aber bei der Regelbildung besser. Dadurch erhöht sich die Treffsicherheit. Die allgemeinen Regeln können viel detaillierter sein. Das erleichtert die Bewältigung des Bestimmtheitsproblems. Der Staat hat ein viel größeres Drohpotential. Er kann gegenüber einem Verband nämlich nicht nur die Macht zur Regelanwendung als Drohmittel einsetzen, sondern auch seine Macht zur Regelbildung. Diese Macht kann er auch bei massenhaften Netzzugangswünschen ausspielen, ohne dass die staatlichen Regulierungskosten prohibitiv würden. Letztlich bleibt deshalb nichts als die offene Abwägung zwischen effektiverer Steuerung und den rechtsstaatlichen, demokratischen und wettbewerblichen Sicherungen. Ist das Regelungsanliegen wirklich wichtig genug, um den verfassungsrechtlichen Rahmen für eine staatliche Intervention in die Freiheit der Bürger weitgehend beiseite zu schieben?

Wer so entscheiden wollte, wird jedenfalls nicht umhin kommen, im nächsten Schritt nach kompensierenden Sicherungen für das Einwirken des Staats auf den Verband und für das Einwirken der Verbandsspitze auf die Verbandsmitglieder zu suchen. Hier ist nicht der Ort, solche Sicherungen zu entwerfen. Allenfalls lässt sich die Richtung beschreiben, in der man suchen sollte. Die Sicherungen machen keinen Sinn, wenn sie die Funktionsbedingungen korporatistischer Arrangements missachten oder zerstören. Dann könnte der Staat nämlich auch gleich zur subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung zurückkehren. Das setzt insbesondere der Verrechtlichung korporatistischer Arrangements enge Grenzen. Drei noch ganz rudimentäre Elemente einer solchen Sicherung haben wir bereits erwähnt. Dem Staat könnte die Drohung mit dem Erlass

nicht konnexer Regeln verboten werden. Das Recht könnte Vorgaben für die Organisation und das Verfahren privater Regelbildung und Regeldurchsetzung machen. (Nur) bei grobem Verstoß dieser privaten Regeln oder ihrer Anwendung gegen Wertvorstellungen des staatlichen Rechts könnte ausnahmsweise der Weg zu den staatlichen Gerichten geöffnet werden.

4. Individuelle Verhandlungen zwischen Staat und Netzbetreiber

Korporatistische Arrangements beruhen auf Verhandlungen zwischen dem Staat und einem Branchenverband. Deshalb ist es kein Zufall, dass sich diese Lösung in der Praxis gerade für die Energiewirtschaft findet. Das heißt aber nicht, dass eine funktionell äquivalente Lösung gegenüber einem einzigen oder ganz wenigen Netzbetreibern ausgeschlossen wäre. Auch in der Telekommunikation und für die Bahn wäre diese Lösung also denkbar. Der Staat würde die Drohung mit dem Gebrauch seiner Regelbildungsmacht dann nur unmittelbar an die Netzbetreiber richten. Er würde auf die angedrohten staatlichen Regeln nur dann verzichten, wenn ein ausreichend wirksames privates Regelwerk an deren Stelle tritt. Es könnte zwischen dem Netzbetreiber und einem Verband der Nutzer ausgehandelt sein. Stattdessen könnte der Staat auch darauf dringen, dass der Netzbetreiber einseitig ein verbindliches Regelwerk erarbeitet. In diesem Falle könnte sich die Regelbildung rechtstechnisch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Netzbetreibers niederschlagen. Damit auch die Implementation und die Regelfortbildung gesichert sind, müssten diese Geschäftsbedingungen allerdings zumindest die Entscheidung einer außenstehenden Stelle über Streitigkeiten bei der Vertragserfüllung vorsehen.

Korporatistische Lösungen setzen allerdings voraus, dass der Staat nicht bloß Drohmacht hat, sondern dass er sie auch einsetzt. Das ist gerade dann oft zweifelhaft, wenn es nur einen einzigen Netzbetreiber gibt. Denn in der Vergangenheit hatte sich das deutsche Recht dann ja regelmäßig für die Verbindung der hoheitlichen und der unternehmerischen Funktionen in einer Hand entschieden²⁷⁰. Der Staat war also auch Eigentümer des Netzes. Die hoheitlichen Funktionen sind mittlerweile zwar durchgehend von den unternehmerischen getrennt. Das staatliche Eigentum besteht einstweilen aber zumindest teilweise weiter. Staatliche Regulierungsdrohungen treffen deshalb nicht nur den rechtlich selbstständigen Netzbetreiber, sondern mittelbar auch die Staatskasse. Dann sind wirksame Drohungen nicht sehr wahrscheinlich²⁷¹.

Sieht man genauer hin, ist das aber nicht so sehr ein Einwand gegen eine korporatistische Lösung, sondern ein Einwand gegen die sektorspezifische Regulierung dieser Unternehmen. Denn jedem anderen, spezifisch diesen Sektor treffenden Instrument würde sich der Finanzminister als Sachwalter des Budgets mit gleicher Wahrscheinlichkeit entgegensetzen. Korporatistische Lösungen sind allerdings beinahe notwendig auch sektorspezifische. Ein allgemeiner Industrieverband könnte nämlich nicht glaubwürdig versprechen, quer über alle essential facilities für den wirksamen Zugang Dritter zu sorgen. Bei anderen Regulierungsoptionen, insbesondere bei der

270 Dazu näher unten IX 1.

271 Diese Einsicht verdanke ich einem Gespräch mit GERD ABERLE.

subsidiären ordnungsrechtlichen Intervention, hat der Staat dagegen auch praktisch die Wahl zwischen sektorübergreifenden und sektorspezifischen Regeln. Oder noch einmal anders formuliert: sektorübergreifende Regeln mildern die politökonomischen Verzerrungen ab, die sich aus dem verbleibenden Staatseigentum an Netzen ergeben. Das Budgetinteresse hat es dann nicht nur in der politischen Auseinandersetzung schwerer, sich gegen das andere öffentliche Interesse an mehr Wettbewerb durchzusetzen. Allgemeine Regeln, die ohne Not den Zugang zu Netzen erschweren, sind vielmehr auch aus der isolierten Perspektive des Budgets problematisch. Denn dem Staat entgehen dann ja auch die Steuern aus den zusätzlichen Einnahmen der Privaten, die diese Chancen nutzen würden.

IX. Verhandelter Netzzugang als der falsche Weg?

Verhandelter Netzzugang kann funktionieren, lautet unser Ergebnis. Zumindest muss sich der Staat aber stark auf die Vorwirkungen einseitiger Interventionen und auf moderierte Verhandlungen verlassen. Unter Umständen kann er die nötige Wirksamkeit sogar nur in korporatistischen Arrangements erreichen. Ist die deutsche Rechtspolitik also auf dem Irrweg, wenn sie sich auf den verhandelten Netzzugang versteift? Ganz ohne Regulierung geht es jedenfalls nicht²⁷². Aber es gibt drei alternative Regulierungsstrategien: Die Verbindung von hoheitlicher und unternehmerischer Funktion in einer Hand (1), die strukturelle Separierung (2) sowie den regulierten Netzzugang (3).

1. Verbindung von hoheitlicher und unternehmerischer Funktion

Traditionell hat das deutsche Recht das Problem der essential facilities in vielen Branchen gelöst, indem es die unternehmerische Aufgabe dem Staat selbst anvertraut hat. Die klassischen Beispiele sind die Telekommunikation und die Bahn. Die Lösung hat zwei Elemente, die sich voneinander trennen lassen. Zunächst waren sowohl die Deutsche Bundespost wie die Deutsche Bundesbahn vertikal integrierte Unternehmen. Sie haben nicht nur den unternehmerischen Aufwand für die essential facilities getrieben, sondern auch für die davon abhängigen nachgelagerten Märkte. Davon wird im Anschluss näher zu sprechen sein. Das zweite Element besteht bei flüchtigem Blick im öffentlichen Eigentum an dem Netz²⁷³. Sieht man näher hin, ergibt sich zunächst einmal, dass es nicht auf das Eigentum am Netz, sondern auf die Unternehmensträgerschaft ankommen muss. Auch das ist aber noch verkürzt. Denn ginge es allein darum, wäre diese Lösung zumindest für die Bahn nach wie vor verfassungsrechtlich zulässig. Art. 87 e III Satz 2 GG sieht nämlich ausdrücklich das Eigentum des Bundes an dem Unternehmen vor, dessen Zweck im Bau, dem Unterhalt und dem Betrieb von Schienenwegen besteht. Art. 87 e III 3 Hs 2 GG schließt sogar ausdrücklich aus, dass der Bund die Mehrheit der Anteile an diesem Unternehmen

272 LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1220: „Given the existence of the essential facility, antitrust intervention must confront the fact that any solution to the problems of economic inefficiency is inherently regulatory“; s. auch oben IV.

273 Vgl. Ebd.: öffentliches Eigentum ist eine der “unappetising alternatives”.

aufgibt. Für die Deutsche Telekom als den Eigentümer der meisten Telekommunikationsnetze ist das zwar anders. Auch hier erschwert Art. 143 b II 2-3 GG aber die Aufgabe der Mehrheit des Bundes.

Das privatrechtliche Eigentum ist für sich allein jedoch noch kein Regulierungsinstrument. Dazu wird es erst, wenn der Eigentümer die Erreichung eines Regulierungsziels zum Unternehmenszweck macht. Der Unternehmenszweck ist dann gerade nicht mehr die Gewinnerzielung. Aus der Perspektive der Regulierungstheorie kann diese Entscheidung durchaus Sinn machen. Denn im Inneren eines Unternehmens stehen ganz andere, viel weitergehende Interventionen zur Verfügung als im Außenverhältnis zwischen dem Staat und einem privaten Unternehmen. Auch der Zugriff auf Informationen aus dem Unternehmen wird dann viel einfacher²⁷⁴. Die Rückkehr zu dieser Lösung wird von Art. 87 e und Art. 87 f GG jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Denn beide Vorschriften schreiben explizit vor, dass die unternehmerische Tätigkeit privatwirtschaftlichen Unternehmen übertragen werden soll²⁷⁵. Der Unternehmenszweck muss also in der Gewinnerzielung bestehen. Die unternehmerischen und die hoheitlichen Aufgaben müssen organisatorisch getrennt werden²⁷⁶.

Für andere essential facilities gibt es keine ausdrücklichen Verfassungsvorschriften mit dem gleichen Inhalt. Man kann sich fragen, ob sich hinter den beiden gerade genannten Vorschriften gleichwohl ein allgemeines Prinzip des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts verbirgt. Letztlich spielt diese Frage für die praktische Politik aber keine Rolle. Denn zu einer Vereinigung der hoheitlichen und der unternehmerischen Funktionen in einer Hand könnte es in anderen Branchen ja nur kommen, wenn sie zuvor verstaatlicht würden. Das lässt Art. 15 GG zwar ausdrücklich zu. Möglich ist das aber nur gegen Entschädigung. Dass die öffentlichen Haushalte dazu auf absehbare Zeit imstande wären, ist auszuschließen.

2. Strukturelle Separierung

In der rechtspolitischen Diskussion wird der essential facilities doctrine regelmäßig die strukturelle Separierung gegenüber gestellt²⁷⁷. Der nicht angreifbare Kern des natürlichen Monopols soll einem Unternehmen anvertraut werden, das auf diesen Zweck beschränkt ist. Die vertikale Integration zwischen essential facility und vor- bzw. nachgelagerten Märkten soll also gelöst werden. Ein funktionelles Äquivalent sind Poolssysteme²⁷⁸. Im Schrifttum ist dann gelegentlich auch von einer Property Rights-Lösung die Rede²⁷⁹. Denn auch in diesem Fall wird dem Eigen-

274 Grundlegend LAFFONT und TIROLE Procurement and Regulation 1993, 637-655; s. auch ENGEL in Henneke 1998a.

275 Art. 87 e II 1 GG, Art. 87 f II 1 GG.

276 Art. 87 e I GG, Art. 87 f II 2 GG; grundlegend MESTMÄCKER in Mestmäcker 1995, 88-140.

277 I Nr. 19 Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung zur dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.9.2001; LAFFONT und TIROLE Journal of Regulatory Economics 1996, 228; LIPSKY und SIDAK Stanford Law Review 1999, 1195 f; KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 104.

278 III Nr. 13 Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung zur dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.9.2001.

279 JOSKOW und TIROLE Rand Journal of Economics 2000, 450 ff.

tümer des Netzes die Verfügungsgewalt über sein Eigentum entzogen. Auch er darf das Netz nur nutzen, wenn er zuvor in dem dafür geschaffenen Mechanismus ein Nutzungsrecht erworben hat.

Rechtspolitisch ist auch diese Lösung keineswegs unproblematisch. Zunächst einmal gibt es zwischen dem monopolistischen Kern und den vor- oder nachgelagerten Aktivitäten häufig Verbundvorteile. Sie können bei struktureller Separierung nicht mehr ausgenutzt werden²⁸⁰. Außerdem steht weder das natürliche Monopol noch seine Angreifbarkeit ein für alle Mal fest. Je schneller der technische Fortschritt ist und je schneller sich die Nachfrage ändert, desto schneller würde die ursprüngliche strukturelle Separierung also funktionswidrig²⁸¹. Wenn der Netzbetreiber auf den vor- und nachgelagerten Märkten selbst nicht tätig ist, wird es sehr schwierig, ausreichende Anreize für die Fortentwicklung des Netzes zu setzen. Schließlich sind die vielen Gestaltungsaufgaben im Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent dann für den gesamten Markt zu lösen, nicht nur für Marktneulinge.

Tatsächlich hat der Gesetzgeber diese Lösung für die Bahn ja andeutungsweise gewählt. Das Beispiel zeigt zugleich aber, dass diese Lösung praktisch nur vor der Privatisierung eines vertikal integrierten staatlichen Unternehmens in Betracht kommt. So hätte man auch der Telekom die Ortsnetze, das gesamte Telefonnetz oder die Kabelnetze nehmen können, bevor man das Unternehmen (teil-)privatisiert. Nachträglich ist der Übergang zur strukturellen Separierung dagegen gleichbedeutend mit einer Entflechtung. Es sprechen zwar gute Gründe dafür, dass die Entflechtung von Unternehmen verfassungsrechtlich zulässig ist²⁸². Auch hier fragt sich jedoch, ob das nur gegen Entschädigung möglich wäre²⁸³. Vor allem hat sich das deutsche Kartellrecht aber mit gutem Grund gegen die im amerikanischen Recht eröffnete Möglichkeit der Entflechtung entschieden. Dafür ist nicht nur der Wertungsunterschied zwischen internem und externem Wachstum verantwortlich. Vielmehr glaubt das deutsche Recht auch, dass die praktischen Schwierigkeiten einer Entflechtung den Nutzen regelmäßig übersteigen. Das dürfte auch bei einer essential facility nicht anders sein.

3. Regulierter Netzzugang

Praktikabel ist deshalb nur eine einzige Alternative zum verhandelten Netzzugang: der regulierte Netzzugang. Im Telekommunikationsrecht ist diese Lösung beinahe idealtypisch verwirklicht. Die einschlägigen Richtlinien der EG stellen den Mitgliedstaaten für Strom und Gas die Entscheidung zwischen verhandeltem und reguliertem Netzzugang zur Wahl²⁸⁴. Nach den vorliegenden Entwürfen soll der regulierte Netzzugang künftig europarechtlich sogar zwingend vorge-

280 LAFFONT und TIROLE *Journal of Regulatory Economics* 1996, 228; LIPSKY und SIDAK *Stanford Law Review* 1999, 1195 f.

281 LAFFONT und TIROLE *Journal of Regulatory Economics* 1996, 228.

282 Grundlegend SCHOLZ *Entflechtung* 1981.

283 Ebd., 155-181 will insoweit zwischen „entziehender“ und „umgestaltender“ Entflechtung unterscheiden.

284 Art. 17 I und 19 IV Richtlinie 96/92 des Europäischen Parlaments und des Rates betreffende gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 L 27/20.

schrieben werden²⁸⁵. Das Energiewirtschaftsgesetz ermächtigt den Bundeswirtschaftsminister, durch Verordnung zu dieser Lösung überzugehen²⁸⁶. Sechs Bundesländer haben sogar bereits den Entwurf einer Netznutzungsverordnung vorgelegt²⁸⁷. § 19 IV Nr.4 GWB ist gerade deshalb in das Gesetz aufgenommen worden, weil man sektorspezifische Regeln für die Energie vermeiden wollte²⁸⁸. Diese Entscheidung ließe sich auch nachträglich wieder ändern.

Der regulierte Netzzugang unterscheidet sich vor allem in einer Hinsicht vom verhandelten Netzzugang: Die Rechtsordnung interveniert nicht *ex post*, sondern *ex ante*²⁸⁹. Verhandlungen zwischen Netzbetreiber und Petent sind zwar auch bei diesem Modell möglich. Die Parteien müssen das Verhandlungsergebnis dann aber vom Staat ratifizieren lassen. Mischlösungen wären rechtstechnisch zwar denkbar, rechtspolitisch aber nicht sinnvoll. Dann würde der Staat *ex ante* nur einzelne Fragen des Innenverhältnisses regeln. Die Entscheidung über die übrigen Fragen bleibe den Parteien überlassen. So könnte er sich theoretisch auf die Regulierung des Zugangs-entgelts beschränken. Wir haben ja aber gesehen, dass Preis, Qualität und Konditionen Substitute sind. Wird bloß ein Parameter reguliert, so können sich die Parteien über die übrigen nicht einig. Im Ergebnis bleibt dem Staat deshalb nur eine Alles-Oder-Nichts-Entscheidung. Fängt er einmal mit der *ex ante* Regulierung an, muss er das gesamte Innenverhältnis vorschreiben.

Hierher gehören beim näheren Zusehen auch Lösungen, die scheinbar an anderer Stelle ansetzen. So kann der Staat versuchen, das Zusammenschaltungsentgelt indirekt dadurch zu beeinflussen, dass er die Abgabepreise des fertigen Produkts an die Endkunden reguliert²⁹⁰. Er kann auch versuchen, isoliert für das Zugangsentgelt²⁹¹ oder gemeinsam für Zugangs- und Endkundenentgelt einen *price cap* einzuführen²⁹².

Rechtspolitisch empfiehlt sich der Wechsel zum regulierten Netzzugang aber nicht. Aus der Perspektive von Rechtsstaat, Demokratie und Wettbewerb gewinnt man nichts gegenüber dem verhandelten Netzzugang. Aus grundrechtlicher Sicht verliert man sogar etwas. Denn die privaten Verhandlungen sinken zu einem bloß subsidiären Mittel der Ausgestaltung des Innenverhältnisses herab. Auch die Regulierungskosten steigen. Denn nun muss der Staat ja in jedem Einzelfall das Innenverhältnis von hoher Hand ausgestalten. Der rechtspolitische Vorzug dieser Lösung könnte also nur in ihrer größeren Leistungsfähigkeit begründet sein. Dem ist aber nicht so. Das

285 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/39/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt, KOM (2001) 125.

286 Einzelheiten oben VIII 2, dort unter der Perspektive des staatlichen Drohpotentials gegenüber den einschlägigen Verbänden.

287 Einzelheiten bei KLAUFKA, HINZ, ZANDER, RITZAU und HELD *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 1998.

288 IMMENGA und MESTMÄCKER *GWB* 3. Aufl. 2001, MÖSCHEL § 19 GWB, R 188.

289 III Nr. 24 Fragenkatalog zur Öffentlichen Anhörung zur dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 24.9.2001; Berichterstatter der CDU/CSU SCHAUERTE in der Anhörung vom selben Tage; SCHNEIDER *Stromwirtschaft* 1999, 467; KLAUE *ZNER* 2000, 274.

290 LAFFONT und TIROLE *Journal of Regulatory Economics* 1996, 243 und 253.

291 Vgl. ARBEITSGRUPPE NETZNUTZUNG STROM DER KARTELLBEHÖRDEN DES BUNDES UND DER LÄNDER *Netznutzung Strom* 2001, 41.

292 LAFFONT und TIROLE *Journal of Regulatory Economics* 1996, 231 und 242-247; VALLETTI und ESTACHE *Access Pricing* 1998, 30. Allgemein zu *price cap* regulation KNEIPS *Wettbewerbsökonomie* 2001, 106-111.

Instrument ist bei näherem Zusehen sogar etwas weniger leistungsfähig als die bloß subsidiäre einseitige staatliche Intervention.

Auf den ersten Blick erstaunt das. Denn für gewöhnlich gewinnt der Staat sehr wohl etwas, wenn er von der Intervention ex post zur Intervention ex ante übergeht. Das Standardbeispiel ist die Unterscheidung des Bundesimmissionsschutzgesetzes zwischen genehmigungsbedürftigen und nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen. Drohen gravierende Umweltbeeinträchtigungen, weist das Gesetz die Anlage der ersten Gruppe zu. Das gilt als der bei weitem wichtigste Schritt zur Verminderung des Vollzugsdefizits²⁹³. Zwischen einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und der ex ante Bestimmung von Netzzugangsbedingungen besteht aber ein zentraler Unterschied. Wer eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung beantragt, will selbst etwas. Denn solange die Genehmigung nicht erteilt ist, kann er die Anlage nicht errichten und betreiben. Er hat deshalb jedes Interesse daran, die Immissionsschutzbehörde von der Genehmigungsfähigkeit seines Vorhabens zu überzeugen. Er wird von sich aus private Informationen offenbaren und glaubwürdige Zusagen zur Überwindung normativer Hindernisse machen. Das Vollzugsproblem beschränkt sich im wesentlichen auf die Zeit nach der Genehmigung. Auch dafür kann die Genehmigungsbehörde vorsorgen. Die Techniken sind dieselben, mit denen sich der Petent gegen opportunistisches Verhalten des Netzbetreibers sichern kann²⁹⁴. Denn aus rationaltheoretischer Perspektive führt das Genehmigungsverfahren zu einem impliziten Vertrag zwischen der Behörde und dem Unternehmen. Die Behörde tauscht die Aufhebung des präventiven Verbots gegen glaubwürdige Zusicherungen für normgemäßes Verhalten nach Erteilung der Genehmigung. Ganz anders hier: Der Netzbetreiber will selbst gar nichts. Seinen Interessen ist am besten gedient, wenn es überhaupt nicht zum Netzzugang kommt. Funktional bringt der regulierte Netzzugang den Staat also in die Rolle eines Treuhänders der Petenten. Sie nehmen ihre Interessen nicht mehr selbst wahr, sondern der Staat tut das gleichsam stellvertretend für sie.

Beim regulierten Netzzugang bleiben alle Schwierigkeiten erhalten, vor denen der Staat auch bei der nachträglichen Intervention steht. Sie sind nur nicht mehr bloß subsidiär, sondern treten in jedem Einzelfall auf. Es bleibt also bei dem hohen Gestaltungsbedarf und dem damit einhergehenden Problem eines hinreichend bestimmten Tenors. Die Informationsverteilung verbessert sich ebenso wenig wie die Informationsqualität. Das einzelne Verfahren braucht genauso viel Zeit. Weil der Staat nun in jedem Fall intervenieren muss, ist die Überlastung der Regulierungsbehörde wahrscheinlich. Dann dauern die einzelnen Verfahren sogar noch länger. Die Anpassung an veränderte Umstände und die Lösung multipolarer Konflikte sind genauso schwierig. Vor allem bleibt aber auch hier das Problem der Implementation bestehen. Die Gefahr ist also ernst zu nehmen, dass der Netzbetreiber den oktroyierten Vertrag hintertreibt. Der Zugriff auf Normativität wird sogar noch schwieriger. Denn beim regulierten Netzzugang diktiert der Staat ja auch gutwilligen Parteien den Vertrag.

293 LÜBBE-WOLFF Umweltordnungsrecht 1996, 158-181.

294 S. oben III 3.

X. Ergebnisse

1. Die Netzindustrien waren traditionell wettbewerbsrechtliche Ausnahmereiche. Manche von ihnen waren einem einzigen vertikal integrierten Unternehmen anvertraut. Die unternehmerischen waren von den hoheitlichen Funktionen nicht sauber getrennt. So lag es insbesondere bei Telekommunikation, Post und Bahn. In anderen Sektoren gab es rechtlich geschützte Gebietsmonopole. So lag es vor allem in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. In den 90er Jahren sind all diese Sektoren dereguliert worden. Nirgends beruhte die Deregulierung aber auf der Auffassung, der Wettbewerb in diesen Märkten sei vollständig funktionsfähig. Wohl war man aber überzeugt, das Wettbewerbsversagen erfasse nicht den gesamten Sektor. Holzschnittartig: es beschränke sich bei der Telekommunikation auf die festverlegten Ortsnetze, bei der Bahn auf die Trassen, bei Elektrizität und Gas auf die Leitungsnetze. Denn nur hier bestünden die Voraussetzungen eines nicht angreifbaren natürlichen Monopols. Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn im relevanten Bereich der Nachfrage ein Anbieter geringere Kosten hat als mehrere. Ob das Monopol angreifbar ist, hängt vom Ausmaß der versunkenen Kosten ab. Sind sie erheblich, hat das etablierte Unternehmen einen Anreiz, auf Markteintrittsversuche mit Preissenkungen zu reagieren. Wenn es rational handelt, wird es den Preis bis auf die kurzfristigen Grenzkosten senken. Das führt zu einem Marktzutrittshindernis.
2. Wer ein nicht angreifbares natürliches Monopol innehat, hat einen Anreiz, diese Marktmacht auf vor- und nachgelagerte Märkte zu übertragen. Möglich ist das unter den folgenden Voraussetzungen: Der Inhaber des Monopols ist ein vertikal integriertes Unternehmen. Die Endkunden sind nicht bereit, die verschiedenen Komponenten einer Leistung von unterschiedlichen Anbietern zu erwerben. Sie wollen etwa Telefongespräche aus einer Hand. Sie sind also nicht bereit, die Fernstrecke und die beiden Ortsstrecken am Anfang und Ende des Gesprächs von unterschiedlichen Unternehmen zu beziehen. Unter diesen Voraussetzungen sind Wettbewerber auf den vor- und nachgelagerten Märkten des Monopols darauf angewiesen, die Monopolleistung als Vorprodukt zu erwerben. Der Monopolist kann den Bezug dieses Vorprodukts so unattraktiv machen, dass auch Wettbewerb auf den vor- oder nachgelagerten Märkten unterbleibt.
3. Hier setzt die im amerikanischen Recht entwickelte essential facilities doctrine an. Sie verschafft den Wettbewerbern des Monopolisten auf vor- oder nachgelagerten Märkten einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Zugang zum Monopol. Diese Regelung hat mittlerweile auch Eingang ins deutsche Recht gefunden. Eine hiervon inspirierte Generalklausel steht in § 19 IV Nr.4 GWB. Hinzu treten spezialgesetzliche Konkretisierungen. Die wichtigsten finden sich in § 6 I und § 6 a EnWG. Die praktischen Erfahrungen mit der essential facilities doctrine sind bislang jedoch ernüchternd. Das gilt nicht nur für die jungen deutschen Vorschriften, sondern auch für das mehr als 100 Jahre alte amerikanische Vorbild.
4. Die zentrale Schwierigkeit besteht in der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen dem Inhaber des natürlichen Monopols und seinen Konkurrenten auf dem vor- oder nachge-

lagerten Markt. Der Gestaltungsbedarf ist sehr groß. Die Aufmerksamkeit der Praxis konzentriert sich bislang fast vollständig auf die Bestimmung des Zugangsentgelts. Das ist zwar schwierig genug, aber für sich allein beinahe wertlos. Setzt die Rechtsordnung das Entgelt angemessen (oder übertrieben) niedrig fest, wird ein Netzbetreiber nämlich auf die Verschlechterung der Qualität ausweichen. Auch die Konditionen müssen zentral bestimmt werden, also die Vorsorge für das Risiko von Leistungsstörungen. Der Netzbetreiber handelt außerdem rational, wenn er den von Behörde oder Gericht festgelegten Zugangsanspruch nicht erfüllt. Zum Gestaltungsbedarf gehören deshalb auch Sicherungen vor opportunistischem Verhalten. Als langfristiges Vertragsverhältnis muss es außerdem auf seine Anpassung an veränderte Umstände vorbereitet sein. Oft begehrt nicht nur ein Wettbewerber Zugang zum Monopolbereich, sondern mehrere. Wird die Kapazität des Monopols erschöpft, müssen diese Zugangsansprüche koordiniert werden. Ebenso liegt es, wenn ein Zugangsanspruch erst erfüllt werden kann, nachdem die Qualität des Monopols angepasst worden ist. Schließlich kann der Monopolist den Zugangsanspruch oft auch dadurch hintertreiben, dass er auf die Endkunden seiner Konkurrenten einwirkt, etwa ein Wechselentgelt verlangt. Auch dafür muss das Innenverhältnis vorsorgen.

5. Eine vertikal mit dem Monopol integriertes Unternehmen hat kein Interesse daran, den Konkurrenten Zugang zum Monopolbereich zu gewähren. Das Unternehmen riskiert dadurch ja die Monopolrente auf dem vor- oder nachgelagerten Markt. Unregulierte Verhandlungen führen deshalb nicht zu wirksamen Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt. Aus dem gleichen Grunde darf der Staat das Zugangsentgelt auch nicht so festsetzen, dass der Monopolist Ersatz für das „Anschlußdefizit“ oder für seine „Opportunitätskosten“ erhält.
6. Das geltende Recht setzt auf „verhandelten Netzzugang“. Damit sind nicht etwa unregulierte Verhandlungen gemeint. Die Rechtsordnung diktiert den Parteien aber auch nicht in jedem Fall das Innenverhältnis. Vielmehr ist die einseitige staatliche Festlegung des Innenverhältnisses bloß subsidiär. Vorrangig setzt die Rechtsordnung auf die Verhandlungen der Parteien „im Schatten des Rechts“. Die einseitige Festlegung vermeidet die Rechtsordnung auch dann, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Es versucht dann zunächst, die Verhandlungen den Parteien zu moderieren. Dies geschieht in Vergleichsverhandlungen vor den Kartellbehörden oder -gerichten.
7. Wie lang der Schatten des Rechts ist, hängt vom Inhalt der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung ab, und von dem Verfahren, in dem sie ergeht. Das geltende Recht tut sich damit sehr schwer. Der Netzzugangsanspruch kann alternativ von den Kartellbehörden oder durch Zivilklage vor den Kartellgerichten durchgesetzt werden. In beiden Fällen muss der Tenor der Entscheidung das gesamte Innenverhältnis festlegen. Bei einer zivilgerichtlichen Klage muss der Kläger all dies bereits in seinen Antrag aufnehmen. Dieses Bestimmtheitserfordernis ist kaum zu erfüllen. Die Wirksamkeit der staatlichen Regulierungsdrohung hängt außerdem an der Schnelligkeit der Entscheidung. Weil der Gegenstand so komplex ist, dauert das einzelne Verfahren je für sich schon lang. Vor allem kann die Entscheidung

aber durch Rechtsmittel oder durch Rechtsbehelfe angegriffen werden. Einstweiliger Rechtsschutz kann an sich zwar zu mehr Schnelligkeit führen. Zu viel Zugang zum Monopolbereich ist rechtspolitisch aber nicht weniger schädlich als das Gegenteil. Die Beschleunigung darf deshalb möglichst nicht zu falschen Entscheidungen führen. Das dritte zentrale Problem liegt in der Informationsgrundlage der Entscheidung. Um sachgerecht entscheiden zu können, brauchen die Kartellbehörden und -gerichte private Informationen beider Parteien. Beweiserleichterungen nach Art des Prima-Facie-Beweises scheitern oft an der mangelnden Standardisierbarkeit des Gegenstands. Beweislastentscheidungen sind problematisch, weil sie materiell falsch sein können. Dann kommt es zur Fehlsteuerung. Überdies fehlt Kartellbehörden und -gerichten oft die spezifische Sachkunde. Sie sind deshalb auch außerstande, bloß beobachtbare Informationen zu verwerten. Dann muss die Entscheidung auf einer unnötig armen Tatsachengrundlage ergehen.

8. Im Rahmen des geltenden Rechts sind nur wenige Erleichterungen möglich. Behörde oder Gericht können sich auf eine bloße Teilentscheidung über den Anspruchsgrund beschränken. Das hilft im Normalfall aber nicht, weil der Monopolist einen Anreiz hat, den Zugang solange als möglich hinauszuzögern. Die Möglichkeiten de lege ferenda reichen weiter. Die Rechtsordnung kann flankierend regulieren, um die eigentliche Regelungsaufgabe zu erleichtern. Sie kann den Netzbetreiber etwa zur organisatorischen Trennung von Monopol- und Wettbewerbsbereich verpflichten. Sie kann ihm aufgeben, für beide Bereiche eine getrennte Kostenrechnung vorzulegen. Sie kann ihn sogar zwingen, ein standardisiertes Zugangsangebot zu veröffentlichen. Vor allem könnte die Rechtsordnung aber von einer gebundenen Entscheidung zu einer Ermessensentscheidung übergehen. Dafür spricht die Tatsache, dass durch den Zugangsanspruch ein Als-Ob-Wettbewerb geschaffen werden soll. Angemessene Zugangsbedingungen ergeben sich deshalb ohnehin nicht aus einer logischen Operation. Vielmehr konstruieren Behörde oder Gericht bei dieser Tätigkeit Wirklichkeit. Diese Einsicht hilft vor allem bei der Preisfestsetzung. Man kann die internen Verrechnungspreise des vertikal integrierten Unternehmens zum Anhaltshaltspunkt nehmen. Man kann auf Vergleichsmärkte abstellen oder man kann den Preis aus den (für angemessen gehaltenen) Kosten errechnen. Bei den übrigen Elementen des Gestaltungsbedarfs für das Innenverhältnis gerät allerdings auch diese Lösung an ihre Grenzen.
9. Der angemessene normative Maßstab zur Beurteilung dieser Lösung ist nicht die einseitige staatliche Bestimmung des Innenverhältnisses. Vielmehr sind die Vorwirkungen ebenso einzubeziehen wie die Wirkungsmöglichkeiten bei moderierten Verhandlungen. Auch dann ist aber nur mit einer unvollkommenen Korrektur der Anreize des Monopolisten zur Übertragung seiner Monopolmacht auf die vor- und nachgelagerten Märkte zu rechnen. Das Wirkungsdefizit ergibt sich aus den Funktionsbedingungen der Rechtsanwendung. Auch wenn die Rechtsanwendung bloß als Drohung auf die Verhandlungen der Parteien einwirkt, ist die Verhandlungsmacht der Zugangspetenten doch systematisch schwächer. Nicht mehr angemessene Bedingungen bleiben tendenziell länger bestehen als nötig. Multipolare Konflikte werden vor allem im Zivilprozess nur schwer bewältigt. Der Netzbetreiber hat einen

Anreiz, den vertraglich zugesicherten Zugang zu erschweren oder zu verhindern. Andererseits respektiert diese Lösung Rechtsstaat, Grundrechte und Demokratie. Sie hat Zugang zu den Steuerungsleistungen der Normativität. Für die Evolution der Regeln ist vorgesorgt.

10. Ein alternatives Modell verlagert die subsidiäre einseitige Entscheidung (jedenfalls im Normalfall) auf einen privaten Dritten. Das klassische Beispiel ist die vom Staat erzwungene Unterwerfung unter ein Schiedsgericht. Auch Mischlösungen sind denkbar, etwa in Anlehnung an die Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten. Jede Partei einer Netzzugangsstreitigkeit könnte die Befugnis erhalten, ad hoc einen Handelsrichter zu nominieren. Auch in diesem Fall hofft die Rechtsordnung vor allem auf die Vorwirkungen der Entscheidung. Kommt es nicht zum Vertragsschluss, ändern sich aber die Möglichkeiten zu moderierten Verhandlungen und zur einseitigen Entscheidung. Der wichtigste Vorzug ist die größere Sachnähe des Entscheidungsgremiums. Es verfügt nicht nur über mehr generisches Wissen. Vielmehr kann der Spruchkörper so zusammengesetzt sein, dass er den Großteil des impliziten Wissens der Parteien teilt. Dann kann er auch bloß beobachtbares Wissen verwenden. Wegen der größeren Sachnähe werden die Entscheidungen solcher Gremien regelmäßig schneller sein. Oft wird ihnen auch eine Atmosphäre der Gütlichkeit eher gelingen, in der die Parteien gemeinsam nach Lösungen suchen. Nachteilig ist vor allem die Verkürzung rechtsstaatlicher Sicherungen und die Verminderung demokratischer Kontrolle. Da der Staat die Unterwerfung unter das Gremium erzwingt, kann auch die Freiwilligkeit nicht zur Rechtfertigung dienen. Es besteht die Gefahr, dass Drittinteressen systematisch ausgeblendet werden.
11. Theoretisch könnte sich der Staat ganz darauf zurückziehen, vorbeugend die zu geringe Verhandlungsmacht der Konkurrenten des Monopolisten auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu korrigieren. Die Informationsanforderungen für diese Lösung sind jedoch sehr hoch. Je weniger typisch die Netzzugangswünsche sind, desto schwieriger wird die Aufgabe. Außerdem müsste der Staat zugleich noch zwei weitere Anreizkorrekturen vornehmen. Er müsste die Inhaber privater Informationen zur Offenlegung veranlassen. Wenn nur eine Seite genötigt ist, Kosten zu versenken, müsste der Staat auch diese Asymmetrie vorbeugend ausgleichen. Im übrigen ist solch eine rein pekuniäre Steuerung rechtsstaatlich und demokratisch praktisch nicht mehr zu kontrollieren. Empfehlenswert ist deshalb nicht die reine Anreizsteuerung. Wohl ist aber überlegenswert, den Zugang zur subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung noch stärker zu erschweren, als das im geltenden Recht geschieht. Denn funktionell ist ja auch das eine Form der Anreizsteuerung. Der Anreiz ist nur nicht ausschließlich pekuniärer Natur. Vielmehr behält sich der Staat vor, notfalls die Ausgestaltung des Innenverhältnisses an sich zu ziehen.
12. Für Strom und Gas hat sich in der Praxis eine andere, korporatistische Lösung durchgesetzt. Der zentrale Unterschied liegt bei der Regelbildung. Der Staat gibt sie aus der Hand und überlässt sie den Verbänden. Der zweite wesentliche Unterschied liegt beim staatlichen Drohpotential. Bei der subsidiären einseitigen staatlichen Entscheidung droht der Staat mit der Anwendung des geltenden Rechts. Bei einer korporatistischen Lösung droht er mit der

Ausgestaltung des Rechts. Der Staat hat also mehr Verhandlungsmasse. Drittens wirkt sich die größere Sachnähe des Verbandes aus. Sie erlaubt viel detailliertere allgemeine Regeln als in einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung. Das Gewicht verlagert sich deshalb von der Regelanwendung zur Regelbildung. Aus all diesen Gründen sind korporatistische Arrangements leistungsfähiger als eine subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung. Sie erkaufen diese Leistungsfähigkeit aber mit dem fast vollständigen Verzicht auf rechtsstaatliche, demokratische und freiheitliche Sicherungen. Letztlich ist deshalb ein Abwägungsurteil erforderlich: Ist das Steuerungsanliegen wirklich wichtig genug, um diese fundamentalen verfassungsrechtlichen Sicherungen aufzugeben?

13. Alternative Lösungen empfehlen sich nicht. Die Aufhebung der Trennung zwischen hoheitlichen und unternehmerischen Funktionen erleichtert zwar die Steuerung. Diese Lösung ist bei Bahn und Telekommunikation aber verfassungsrechtlich explizit ausgeschlossen. In allen anderen Netzindustrien setzt sie die Verstaatlichung voraus. Das scheitert schon an der Haushaltslage.
14. Wenn bislang staatliche Netzindustrien privatisiert werden, kann die Aufspaltung des Monopol- und des Wettbewerbsbereich in selbständige, konzernrechtlich nicht verbundene Unternehmen nachdenkenswert sein. Darum geht es praktisch im Moment aber nicht. Bei den vorhandenen vertikal integrierten Netzbetreibern wäre diese Lösung nur durch Entflechtung möglich. Das ist zwar verfassungsrechtlich zulässig, rechtspolitisch aber nicht zu empfehlen.
15. Auch der Übergang zum regulierten Netzzugang empfiehlt sich nicht. Denn diese Lösung ist nicht mehr, sondern weniger leistungsfähig als die subsidiäre einseitige staatliche Entscheidung. Dann müsste der Staat das Innenverhältnis zwischen Netzbetreiber und Petent ja in jedem einzelnen Fall autoritativ festsetzen. Die Regulierungskosten explodieren. Gleichzeitig steigt der Normwiderstand.
16. Korporatistische Lösungen sind notwendig sektorspezifisch, ebenso die staatliche Übernahme und die strukturelle Separierung; bei regulierter Verhandlungsmacht liegt das jedenfalls nahe. Die übrigen, ordnungsrechtlichen Lösungen können dagegen grundsätzlich auch sektorübergreifend ausgestaltet werden. Das ist vor allem dann ein beachtlicher Vorteil, wenn der Staat aus der Zeit vor der Deregulierung noch Eigentum am Netz oder jedenfalls Teilen von Netzen hat. Bei der Entscheidung über sektorspezifische Regulierung kommt es dann nämlich zum offenen Konflikt zwischen dem Eigentümerinteresse und dem Wettbewerbsinteresse des Staats. Bei sektorübergreifender Regulierung muss sich das Budgetinteresse dagegen auch gegen das Wettbewerbsinteresse in anderen Sektoren behaupten. Schwacher Wettbewerb in *allen* Netzindustrien liegt auch nicht im Budgetinteresse des Staats. Denn ihm entgehen dann auch die Steuern aus den Einnahmen, die mehr Wettbewerb in den Netzindustrien generieren würde, in denen er nicht zugleich Netzeigentümer ist.

Literatur

- Aberle, G. and A. Eisenkopf (2001) Schienenverkehr und Netzzugang. Eine kritische Evaluierung der Möglichkeiten einer Anwendung des Zugangstatbestandes des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Bereich des Schienenverkehrs
- Albert, H. (1978). Traktat über rationale Praxis. Tübingen, Mohr.
- Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder (2001) Bericht über die Reichweite der kartellrechtlichen Eingriffsnormen für die Überprüfung der Höhe der Entgelte für die Nutzung der Stromnetze und die kartellrechtliche Relevanz von den Netzzugang behindernden Verhaltensweisen der Stromnetzbetreiber
- Baird, D. G., R. H. Gertner, et al. (1994). Game Theory and the Law. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Bernholz, P. and F. Breyer (1994). Grundlagen der politischen Ökonomie Band 2 Ökonomische Theorie der Politik. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- Böhm, M. (1996). Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen. Tübingen, Mohr.
- Börzel, T. A. and T. Risse (2001) Die Wirkung internationaler Institutionen. Von der Normanerkennung zur Normeinhaltung, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/15
- Büdenbender, U. (2000a). „Die Kontrolle von Durchleitungsentgelten in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft.“ Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) **21**: 2225-2238.
- Büdenbender, U. (2000b). „Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft und Eigentumsschutz.“ Wirtschaft und Wettbewerb **50**: 119-135.
- Caillaud, B. and J. Tirole (2001) Essential Facility Financing and Market Structure, Centre for Economic Policy Research Discussion Paper 2802
- Calabresi, G. (1970). The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. New Haven,, Yale University Press.
- Cowan, R., P. A. David, et al. (2000). „The Explicit Economics of Knowledge Codification and Tacitness.“ Industrial and Corporate Change **9**: 211-253.
- di Fabio, U. (1997). „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung.“ VVDStRL **56**: 235-282.
- Doll, R. and R. Wieck (1998). „Analytische Kostenmodelle als Grundlage für Entgeltregulierungsentscheidungen.“ Multimedia und Recht: 280-287.

- Dorf, M. C. and C. F. Sabel (1998). „A Constitution of Democratic Experimentalism.“ *Columbia Law Review* **98**: 267-473.
- Dreher, M. (1999). „Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung.“ *Der Betrieb*: 833-839.
- Eggertsson, T. (1990). *Economic Behavior and Institutions*. Cambridge England ; New York, Cambridge University Press.
- Engel, C. (1992). *Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- Engel, C. (1995). *Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung. Ein Lehrstück zur Verschränkung des Abfallrechts mit Kartellrecht, Kommunalrecht, dem Recht der öffentlichen Aufträge und Wirtschaftsverfassungsrecht*. Köln, Heymanns.
- Engel, C. (1996). *Regulierung durch Organisation und Verfahren*. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. U. Immenga, W. Möschel and D. Reuter. Baden-Baden, Nomos: 119-138.
- Engel, C. (1998a). *Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung. Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung*. H.-G. Henneke. Stuttgart: 145-222.
- Engel, C. (1998b). *Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente. Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie*. C. Engel and M. Morlok. Tübingen, Mohr: 173-206.
- Engel, C. (1998c). „Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung.“ *Staatswissenschaften und Staatspraxis* **9**: 535-591.
- Engel, C. (2001a) *The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes*, Preprints aus der Max-Planck Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/10
- Engel, C. (2001b) *A Constitutional Framework for Private Governance*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/4
- Engel, C. (2001c). „Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?“ *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **157**: 187-219.
- Engel, C. (2001d). *Die Grammatik des Rechts. Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*. H.-W. Rengeling. Baden-Baden, Nomos: 17-49.
- Engel, C. (2001e). „Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law.“ *European Business Organisation Law Review* **2**: 569-584.

- Engel, C. (2001f). „Institutionen zwischen Staat und Markt.“ *Die Verwaltung* **34**: 1-24.
- Engel, C. (2002a). *Abfallrecht und Abfallpolitik*. Baden-Baden, Nomos.
- Engel, C. (2002b). „Windows as an Institution Organizing the Markets for Applications Software.“ *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **158**: ****.
- Engel, C. and G. Knieps (1998). *Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen. Eine juristisch-ökonomische Untersuchung*. Baden-Baden, Nomos.
- Fritsch, M., T. Wein, et al. (1999). *Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. München, Vahlen.
- Granovetter, M. (1985). „Economic Action and Social Structure. The Problem of Embeddedness.“ *American Journal of Sociology* **91**: 481-510.
- Herdegen, M. (2001). „Access“ im Verfassungsrecht. Zugang zu Netzwerken und zu geistigen Ressourcen. FS Hartmut Maurer. M. E. Geis and D. Lorenz. München, Beck: 137-143.
- Héritier, A. (2001) *Regulator-Regulatee Interaction in the Liberalized Utilities. Access and Contract Compliance in the Rail Sector*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/12
- Hohmann, H. (2001). *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelung zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen*. Baden-Baden, Nomos.
- Horn, N. (1981). „Neuverhandlungspflicht.“ *Archiv für civilistische Praxis* **181**: 255-288.
- Immenga, U. (1999). „Grenzen der Regulierung von Endkundenentgelten nach Öffnung der Telekommunikationsmärkte.“ *WuW* **49**: 949-961.
- Immenga, U. and E. J. Mestmäcker (2001). *GWB. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar*. München, Beck.
- Jackson, J. H. (1997). *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*. Cambridge, MA, MIT Press.
- Jakobs, G. (1999). *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Joskow, P. L. and J. Tirole (2000). „Transmission Rights and Market Power on Electric Power Networks.“ *Rand Journal of Economics* **31**: 450-487.

- Kahneman, D. and A. Tversky (2000). Choices, Values, and Frames. New York Cambridge, UK, Russell sage Foundation ; Cambridge University Press.
- Klafka, P., H.-J. Hinz, et al. (1998). „Netznutzungsverordnung für elektrische Netze.“ *Energie-wirtschaftliche Tagesfragen*: 35-41.
- Klaue, S. (2000). „Einige Bemerkungen zur Höhe der Netzzugangsentgelte.“ *ZNER*: 271-274.
- Knieps, G. (1998). „Der Irrweg analytischer Kostenmodelle als regulatorische Schattenrechnungen. Kritische Analyse der Stellungnahmen zum WIK-Kostenmodell.“ *Multimedia und Recht*: 598-602.
- Knieps, G. (2001). Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomik, Wettbewerbspolitik. Berlin, Springer.
- Knieps, G., H.-U. Küpper, et al. (2000) Abschreibungen bei Preisänderungen in stationären und nicht stationären Märkten, Diskussionbeiträge des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik [der Universität Freiburg im Breisgau] 71
- Knight, J. (1992). Institutions and Social Conflict. Cambridge England ; New York, N.Y., Cambridge University Press.
- Kokott, J. (1993). Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten = The burden of proof in proceedings involving basic constitutional rights and human rights. Berlin ; New York, Springer-Verlag.
- Kropholler, J. (1997). Internationales Privatrecht. Tübingen, Mohr.
- Laffont, J.-J. and J. Tirole (1993). A theory of Incentives in Procurement and Regulation. Cambridge, Mass., MIT Press.
- Laffont, J.-J. and J. Tirole (1996). „Creating Competition Through Interconnection. Theory and Practice.“ *Journal of Regulatory Economics* **10**: 227-256.
- Lapuerta, C. and W. B. Tye (1999). „Promoting Effective Competition Through Interconnection Policy.“ *Telecommunications Policy* **23**: 129-145.
- Lipsky, A. B. and J. G. Sidak (1999). „Essential Facilities.“ *Stanford Law Review* **51**: 1187-1248.
- Lowi, T. J. (1964). „American Business, Public Policy, Case-Studies and Political Theory.“ *World Politics* **16**: 677-715.
- Lübbe-Wolff, G. (1996). Modernisierung des Umweltordnungsrechts. Vollziehbarkeit – Deregulierung – Effizienz. Bonn, Economica.

- MacNeal, K. (1939). *Truth in Accounting*. Philadelphia, London,, University of Pennsylvania Press; H. Milford Oxford University Press.
- Martinek, M. (1998). „Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik ... und Ablehnung.“ *Archiv für civilistische Praxis* **198**: 329-400.
- Maurer, H. (2000). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München, Beck.
- Mayntz, R. (1980). *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*. Königstein/Ts., Verlagsgruppe Athenäum Hain Scriptor Hanstein.
- Mestmäcker, E. J. (1995). Über den Einfluß von Ökonomie und Technik auf Recht und Organisation in der Telekommunikation und der elektronischen Medien. *Kommunikation ohne Monopole II*. E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 13-178.
- Möschel, W. (1999). „Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren.“ *Wirtschaft und Wettbewerb* **49**: 832-841.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Papier, H.-J. (1997). „Durchleitungen und Eigentum.“ *Betriebsberater* **52**: 1213-1220.
- Rommé, O. (1989). *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*. Köln, Heymann.
- Salje, P. (1998). „Der Durchleitungsvertrag.“ *Recht der Energiewirtschaft*: 169-177.
- Scharpf, F. W. (1997). *Games Real Actors Play. Actor-centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder, Colo., Westview Press.
- Schmidt-Preuß, M. (1997). „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung.“ *VVDStRL* **56**: 160-234.
- Schneider, J.-P. (1999). *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation. Eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts*. Baden-Baden, Nomos.
- Schneider, J.-P. (2001) *Solving Conflicts and Securing Democratic Legitimation in the Energy Sector. A Legal Perspective on Associations' Agreements as a Conflict Solving Mechanism*
- Scholz, R. (1981). *Entflechtung und Verfassung*. Baden-Baden, Nomos.
- Schulz, W., J. Drillisch, et al. (2002) ‚Essential Facilities‘ in der Strom- und Gaswirtschaft zwischen ex-ante Regulierung und Missbrauchsaufsicht

- Schweizer, U. (1999). Vertragstheorie. Tübingen, Mohr.
- Schwintowski, H. P. (1998). „Kartellrechtliche Preismißbrauchsaufsicht über Energie- und Durchleitungsentgelte nach Wegfall der §§ 103, 103a GWB.“ ZNER: 9-16.
- Schwintowski, H. P. (1999). „Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen. Einige kritische Bemerkungen zu § 19 Abs.4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Kartellrechtspraxis.“ WuW **49**: 842-853.
- Sidak, J. G. and D. F. Spulber (1997). „The Tragedy of the Telecommons. Government Pricing of Unbundled Network Elements Under the Telecommunications Act of 1996.“ Columbia Law Review **97**: 1081-1161.
- Siegenthaler, H. (1993). Regelvertrauen, Prosperität und Krisen : die Ungleichmässigkeit wirtschaftlicher und sozialer Entwicklung als Ergebnis individuellen Handelns und sozialen Lernens. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Spiecker gen. Döhmman, I. (2001). Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben. Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln? J. Lege. Berlin, Arno Spitz: 51-88.
- Spulber, D. F. and J. G. Sidak (1997). „Network Access Pricing and Deregulation.“ Industrial and Corporate Change **6**: 757-782.
- Sunstein, C. R. (2000). Behavioral Law and Economics. Cambridge England ; New York, Cambridge University Press.
- Teubner, G. (1989). Recht als autopoietisches System. Frankfurt, Suhrkamp.
- Theobald, C. and I. Zenke (2001). „Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen. Eine Rechtsprechungsübersicht.“ WuW **51**: 19-36.
- Tietzel, M. (1981). „Die Ökonomie der Property Rights. Ein Überblick.“ Zeitschrift für Wirtschaftspolitik **30**: 207-243.
- Ungemach, M. and T. Weber (1999). „Verfahrensfragen des Netzzugangs bei Elektrizität und Gas.“ Recht der Energiewirtschaft: 11-17 und 131-128.
- Valletti, T. M. and A. Estache (1998) The Theory of Access Pricing. An Overview for Infrastructure Regulators, World Bank Institute
- Vanberg, V. and J. M. Buchanan (1989). „Interests and Theories in Constitutional Choice.“ Journal of Theoretical Politics **1**: 49-62.
- Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie (1999)

- Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der Netznutzung vom 13.12.2001 (2001)
- Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas (2000)
- Verweij, M. (2000). Transboundary Environmental Problems and Cultural Theory. The Protection of the Rhine and the Great Lakes. Houndmills, Basingstoke, Hampshire ; New York, Palgrave.
- Voelzkow, H. (1996). Private Regierungen in der Techniksteuerung. Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung. Frankfurt, Campus.
- von Wallenberg, G. (1999). „Diskriminierungsfreier Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen.“ Kommunikation und Recht: 152-157.
- von Weizsäcker, C. C. (1980). Barriers to Entry. A Theoretical Treatment. Berlin ; New York, Springer-Verlag.
- Wein, T. (2000). „Wäre weniger mehr – Reformbedarf für die Missbrauchsaufsicht über die Deutsche Telekom?“ WuW **50**: 1187-1199.
- White, H. C. (1992). Identity and Control. A Structural Theory of Social Action. Princeton, N.J., Princeton University Press.
- Williamson, O. E. (1985). The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting. New York London, Free Press ; Collier Macmillan.
- Winter, G. (1975). Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht : e. Beitr. zur Soziologie d. öffentl. Rechts. Berlin, Schmidt.
- Yee, A. S. (1996). „The Causal Effects of Ideas on Policies.“ International Organization **50**: 66-108.