

Josianne Magnin

PD Dr. iur., Rechtsanwältin

Wettbewerbsrecht und Entflechtung im Infrastrukturbereich

Schulthess § 2024

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis	XXXV
Materialienverzeichnis.....	LVII
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Ausgangslage	3
Kapitel 2: Forschungsgegenstand, Fragestellungen und Methodik.....	13
Kapitel 3: Forschungsziel.....	17
Teil 1: Grundlagen	19
Kapitel 1: Übersicht.....	21
Kapitel 2: Infrastruktur	23
I. Infrastrukturbegriff.....	23
II. Daten als Infrastruktur	25
III. Infrastrukturgebundene Dienste	28
IV. Infrastrukturnetze.....	29
V. Netzebenen.....	31
VI. Wertschöpfungsstufen.....	32
Kapitel 3: Grundversorgung mit Infrastrukturen.....	35
I. Infrastruktur als meritorisches Gut.....	35
II. Grundversorgungsbegriff.....	36
III. Infrastruktur als öffentliche (Grundversorgungs-)Aufgabe (?).....	39
1. Bedeutung der Qualifikation als öffentliche Aufgabe	39
2. Begriff der öffentlichen Aufgabe.....	40

Inhaltsverzeichnis

3.	Energie.....	44
A.	Strom.....	44
B.	Gas.....	50
4.	Wasser.....	54
5.	Kommunikation.....	56
A.	Post.....	56
B.	Telekommunikation.....	59
6.	Verkehr.....	61
A.	Eisenbahn.....	61
B.	Luftfahrt.....	65
7.	Fazit.....	67
IV.	Grundversorgung im Monopol oder in Konkurrenz bzw. im Wettbewerb.....	68
Kapitel 4: Wettbewerb in Infrastrukturmärkten		71
I.	Öffnung der Infrastrukturmärkte.....	71
II.	Wettbewerbsbegriff und -funktionen.....	72
III.	Arten des Wettbewerbs im Infrastrukturbereich.....	73
1.	Infrastruktur- und Dienstewettbewerb.....	73
2.	Wettbewerb um den Markt und im Markt sowie zwischen Märkten.....	76
3.	Intramodaler und intermodaler Wettbewerb.....	78
IV.	Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Infrastrukturbereich.....	79
1.	Ökonomisch bedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	80
A.	Infrastruktur als öffentliches Gut?.....	80
B.	Infrastruktur(netz) als kaum bestreitbares natürliches Monopol.....	82
C.	Externalitäten.....	87
D.	Informationsdefizite.....	89
2.	Strukturell bedingte Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	90
3.	Staatlich bedingte oder bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen.....	93
A.	Staatliche Wettbewerbseingriffe zur Verwirklichung von öffentlichen Interessen.....	93
B.	Wettbewerbsverzerrungen infolge Staatsnähe bzw. staatliche Marktteilnahme.....	97
a	Staatliche Marktteilnahme.....	97
b	Ursachen und Folgen von Wettbewerbsverzerrungen infolge von Staatsnähe bzw. staatlicher Marktteilnahme.....	98
4.	Durch Marktakteure bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen.....	104

Kapitel 5: Fazit.....	107
I. Spannungsverhältnis zwischen Grundversorgung und Wettbewerb.....	107
II. Spannungsverhältnis zwischen «wenig Staat» und «viel Staat»	109
III. Infrastrukturwettbewerbsrecht zum Schutz des Wettbewerbs im Infrastrukturbereich.....	110
Teil 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht	113
Kapitel 1: Übersicht.....	115
Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht als Sammelbegriff und Querschnittsmaterie.....	119
I. Begriff und Gegenstand des Infrastrukturwettbewerbsrechts.....	119
II. Querschnittsmaterie	121
III. Divergente Konvergenz zwischen den verschiedenen Erlassen	122
Kapitel 3: Wirtschaftsfreiheit	125
I. Wirtschaftsfreiheit als Ordnungsprinzip.....	126
1. Sozialverpflichtete marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung	126
2. Pfeiler der Wirtschaftsordnung.....	127
3. Staatsfreie Wirtschaftsordnung (?).....	130
4. Vorgaben für die staatliche Wirtschaftstätigkeit.....	131
5. Günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft	136
6. Instrumente zur Wettbewerbsförderung	136
II. Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht.....	137
1. Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung von Infrastrukturunternehmen... 138	
A. Grundregel.....	138
B. Grundrechtsverpflichtung (/ -adressaten)	139
C. Grundrechtsberechtigung (/ -träger).....	144
D. Fazit	148
2. Sachlicher Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.....	149
3. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit	151
4. Wirtschaftsfreiheit als Regulierungsschranke	154
Kapitel 4: Kartellrecht.....	157
I. Ziel: Wirksamer Wettbewerb	157
II. Geltungsbereich	159

Inhaltsverzeichnis

1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	159
A.	Unternehmen im Sinne des KG.....	159
B.	Teilnahme am Wirtschaftsprozess	163
C.	Fallbeispiele.....	167
D.	Fazit	168
2.	Sachlicher Geltungsbereich.....	168
3.	Räumlicher Geltungsbereich	169
4.	Vorbehaltene Vorschriften	169
III.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	169
1.	Übersicht	169
2.	Die Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG als Instrument zur Wettbewerbsförderung	170
A.	Marktbeherrschung bzw. relative Marktmacht.....	170
B.	Missbrauch	174
3.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	178
4.	Instrumente in Bezug auf Daten im Speziellen.....	183
IV.	Durchsetzung	189
	Kapitel 5: Sektorregulierungsrecht.....	191
I.	Energie	191
1.	Verfassungsgrundlage.....	191
2.	Strom	194
A.	Ziel: Wettbewerb	194
a	Vor Inkrafttreten des StromVG: Kantonale und kommunale Gebietsmonopole.....	194
b	Liberalisierungsbestrebungen im Strommarkt	195
c	«Wilde Marktöffnung» durch das Kartellrecht.....	196
d	Teilliberalisierung durch das StromVG.....	197
e	Wettbewerb als Ziel und Mittel des StromVG (?).....	200
f	Zielkonflikte und Steuerungsdefizite des StromVG.....	203
B.	Geltungsbereich.....	205
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	206
D.	Durchsetzung.....	210
3.	Gas.....	212
A.	Ziel: Wettbewerb	212

B.	Geltungsbereich.....	214
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	215
D.	Durchsetzung.....	219
II.	Wasser	220
1.	Verfassungsgrundlage.....	220
2.	Fehlender Wettbewerb im Wassersektor	221
III.	Kommunikation	224
1.	Verfassungsgrundlage.....	224
2.	Post.....	226
A.	Ziel: Wettbewerb	226
B.	Geltungsbereich.....	229
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	231
D.	Durchsetzung.....	233
3.	Telekommunikation.....	235
A.	Mittel und Ziel: Wettbewerb.....	235
B.	Geltungsbereich.....	238
C.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	238
D.	Durchsetzung.....	242
IV.	(Schiene-)Verkehr	243
1.	Verfassungsgrundlage.....	243
2.	Ziel: Wettbewerb	245
3.	Geltungsbereich.....	249
4.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	250
5.	Durchsetzung.....	253
V.	Daten	256
1.	Verfassungsgrundlage.....	256
2.	Ziel: Wettbewerb	258
3.	Geltungsbereich.....	263
4.	Instrumente zur Wettbewerbsförderung	265
5.	Durchsetzung.....	268
6.	Exkurs: Regulierung von Datenzugang und -nutzung in der EU.....	268
	Kapitel 6: Internationales Recht.....	277
I.	Energie	279
II.	Wasser	285

III. Kommunikation	286
IV. Verkehr	289
Kapitel 7: Fazit.....	293
Teil 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht	295
Kapitel 1: Übersicht.....	297
Kapitel 2: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Kartell- und Sektorregulierungsrecht	299
I. Ökonomische Rechtfertigung und Zielsetzung	299
II. Marktschaffende vs. marktschützende Funktion.....	301
III. Ex-ante- vs. Ex-post-Regulierung	304
IV. Arbeitsweise und Organisation der Behörden.....	305
V. Durchsetzungsinstrumente.....	307
Kapitel 3: Abgrenzungsregeln	309
I. Allgemeine Kollisionsnormen.....	309
II. Kollisionsnormen des Kartellrechts	312
1. Vorbehaltene Vorschriften	312
A. Regulatorische Wettbewerbsbeschränkungen	312
B. Tatbestände	316
C. Rechtsfolgen.....	321
2. Ausnahmsweise Zulassung aus öffentlichem Interesse.....	321
III. Kollisionsnormen des Sektorregulierungsrechts.....	326
1. Explizite Kollisionsnormen.....	326
2. Impliziter Ausschluss durch den Gesetzgeber.....	327
Kapitel 4: Praxis und Lehrmeinungen zum Verhältnis von Kartell- und Sektorregulierungsrecht	331
I. Übersicht	331
II. Energie	332
1. Strom.....	332
A. Vor Inkrafttreten des StromVG: Zugangsverweigerung als Missbrauch i.S.v. Art. 7 KG	332
B. Nach Inkrafttreten des StromVG (erste Marktöffnungsetappe): Teilweiser Ausschluss des KG durch das StromVG.....	334

a	Übersicht.....	334
b	Netznutzung.....	335
c	Energielieferung	337
C.	Fazit	341
2.	Gas.....	344
A.	Vor allfälligem Inkrafttreten des EGasVG: Zugangsverweigerung als Missbrauch i.S.v. Art. 7 KG	344
B.	Nach allfälligem Inkrafttreten des EGasVG: Teilweiser Ausschluss des KG durch das EGasVG	346
C.	Fazit	348
III.	Kommunikation	349
1.	Post.....	349
A.	PG begründet (höchstens) im Bereich der reservierten Dienste einen Vorbehalt i.S.v. KG 3 I.....	349
B.	Kein absoluter Vorbehalt im Monopolbereich.....	350
C.	Fazit	351
2.	Telekommunikation.....	352
A.	Teilweise unterschiedliche Konzeption und Wirkungsweise von KG und FMG	352
B.	FMG begründet keinen Vorbehalt i.S.v. KG 3 I.....	353
C.	Ergänzung und nicht Ausschluss des KG durch die Bestimmungen des FMG	354
D.	Spezialität des FMG betr. Öffnung der letzten Meile trotz grds. paralleler Anwendbarkeit.....	354
E.	Auslegung im Sinne eines Gesamtsystems	356
F.	Ausschluss des KG infolge einer impliziten Anordnung	358
G.	Fazit	361
IV.	Verkehr	363
1.	PBG begründet einen (beschränkten) Vorbehalt i.S.v. KG 3 I im Bereich des Personenverkehrs	363
A.	Personenbeförderungsregal	363
B.	Bestelltes Angebot und Grundpflichten.....	364
C.	Vertrieb von Tickets im öffentlichen Verkehr.....	365
D.	Fazit	365
2.	Keine Anwendung des KG auf den Netzzugang.....	366

Inhaltsverzeichnis

A.	Kompetenzen der SKE und WEKO im Bereich der Wettbewerbsaufsicht.....	366
B.	Explizite Kollisionsnorm im EBG.....	368
C.	Fazit	372
Kapitel 5:	Fazit.....	375
I.	Klare Abgrenzungsregeln bzw. -methoden zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen.....	375
II.	Grundsatz: Parallele Anwendbarkeit	376
III.	Ausnahme: Vorbehalt i.S.v. KG 3 I	376
IV.	Ausschluss des KG durch den Gesetzgeber der Sektorregulierung	377
V.	Gegenseitige Berücksichtigung	379
Teil 4:	Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung	381
Kapitel 1:	Übersicht.....	383
Kapitel 2:	Grundlagen	387
I.	(Ökonomischer) Beurteilungsrahmen zur Bestimmung des Entflechtungsbedarfs ..	387
1.	Ökonomische Rechtfertigung von Entflechtungsvorgaben.....	387
2.	Grundvoraussetzung: Marktversagen.....	388
A.	Stabile monopolistische Engpässe als Quelle von Marktversagen.....	388
B.	Weitere Quellen von Marktversagen	390
3.	Kriterien zur Bestimmung des Entflechtungsinstruments/-modells.....	393
II.	Entflechtungsobjekt	396
1.	Vertikale und horizontale Entflechtung	396
2.	Disaggregierter Entflechtungsansatz	396
III.	Entflechtungsformen.....	397
1.	Übersicht	397
2.	Angebotsseitige Entflechtung.....	399
3.	Finanzielle Entflechtung.....	401
4.	Informationelle Entflechtung.....	404
5.	Funktionale Entflechtung	406
6.	Gesellschaftsrechtliche Entflechtung	407
7.	Eigentumsrechtliche Entflechtung.....	409

Kapitel 3: Vorgaben des Verfassungsrechts	411
I. Entflechtungsgebot.....	411
1. Übersicht.....	411
2. Finanzielle Entflechtung.....	413
3. Informationelle Entflechtung.....	414
4. Funktionale, gesellschafts- und eigentumsrechtliche Entflechtung	416
5. Fazit.....	417
II. Entflechtungsverbot	418
1. Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie.....	418
2. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs	420
A. Gesetzliche Grundlage.....	420
B. Öffentliches Interesse	421
C. Verhältnismässigkeit.....	422
Kapitel 4: Vorgaben des Kartellrechts	425
I. Missbrauchskontrolle des Art. 7 KG	425
1. Angebotsseitige Entflechtung.....	425
2. Informationelle Entflechtung.....	430
3. Finanzielle Entflechtung.....	436
4. Funktionale Entflechtung	440
5. Gesellschafts- oder eigentumsrechtliche Entflechtung	441
II. Fusionskontrolle des Art. 10 KG	441
III. Rechtsvergleich	446
1. Vereinigte Staaten von Amerika	446
2. Europäische Union, insb. Deutschland	448
IV. Grenzen der kartellrechtlichen Vorgaben	452
Kapitel 5: Vorgaben des Sektorregulierungsrechts	455
I. Energie	455
1. Schweiz	455
A. Strom	456
a Entflechtung des «Netzbetriebs»	456
b Verteilnetze	459
i informationelle Entflechtung	459
ii finanzielle Entflechtung	468

Inhaltsverzeichnis

iii.	(Keine) funktionale oder gesellschaftsrechtliche Entflechtung.....	476
iv.	Durchsetzung der Entflechtungsvorgaben.....	478
c	Übertragungsnetz.....	479
B.	Gas.....	485
2.	Rechtsvergleich.....	490
A.	Erste Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas.....	490
B.	Zweite Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas.....	491
C.	Dritte Binnenmarktrichtlinien Elektrizität und Gas.....	492
a	Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetze.....	492
b	Verteilnetze.....	496
D.	Vergleich mit den Schweizer Entflechtungsvorgaben.....	498
3.	Würdigung.....	499
II.	Wasser.....	504
1.	Schweiz.....	504
2.	Rechtsvergleich.....	506
3.	Würdigung.....	506
III.	Kommunikation.....	507
1.	Schweiz.....	507
A.	Post.....	507
i.	Starke Verflechtungen im Postwesen sowie inkonsequente funktionale und gesellschaftsrechtliche Entflechtung.....	507
ii.	Keine informationelle Entflechtung.....	514
iii.	Inkonsequente finanzielle Entflechtung.....	514
iv.	(Ungenügende) Durchsetzung der finanziellen Entflechtung.....	516
B.	Telekommunikation.....	518
2.	Rechtsvergleich.....	520
A.	Post.....	520
B.	Telekommunikation.....	521
3.	Würdigung.....	524
A.	Post.....	524
B.	Telekommunikation.....	525
IV.	(Schienen-)Verkehr.....	527
1.	Schweiz.....	527
A.	(Schienen-)Verkehr.....	527
B.	Mobilitätsdaten.....	533

2.	Rechtsvergleich	534
3.	Fazit und Würdigung	538
V.	Daten	540
1.	Schweiz	540
2.	Rechtsvergleich	542
3.	Fazit und Würdigung	543
VI.	Sektorenvergleich.....	543
Kapitel 6: Verhältnis zwischen Vorgaben des Verfassungs-, Kartell- und Sektorregulierungsrechts		547
I.	Übersicht	547
II.	Energie	548
III.	Kommunikation	551
1.	Post	551
2.	Telekommunikation.....	554
IV.	(Schienen-)Verkehr	556
V.	Daten	557
VI.	Thesen zum Verhältnis zwischen kartell- und sektorrechtlichen Entflechtungsvorgaben.....	557
Kapitel 7: Fazit.....		561
I.	Disaggregierte Bestimmung des Entflechtungsobjekts.....	561
II.	Sektorweise Bestimmung des Entflechtungsbedarfs	562
III.	Sektorübergreifende Entflechtungsvorgaben	563
IV.	Chancen und Risiken von Entflechtungsmassnahmen.....	565
V.	Finanzielle, informationelle und funktionale Entflechtung als Mindeststandard.....	569
VI.	Grundlegende Entflechtungsbestimmungen im horizontal geltenden Recht	570
Zusammenfassung und Beantwortung der Fragen		573
Kapitel 1: Grundlagen.....		575
Kapitel 2: Infrastrukturwettbewerbsrecht.....		583
Kapitel 3: Verhältnis zwischen Kartell- und Sektorregulierungsrecht.....		599
Kapitel 4: Entflechtung als Instrument zur Wettbewerbsförderung		609