

THOMAS FETZER

Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten

Jus Publicum

219

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 219



Thomas Fetzer

Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten

Eine juristisch-ökonomische Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung
der sektorspezifischen Telekommunikations-
regulierung in Deutschland und den USA

Mohr Siebeck

Thomas Fetzter, geboren 1974; 1993–1998 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Mannheim; 2000 Promotion ebenda; 2003 Master of Laws (LL.M.) an der Vanderbilt University, USA; 2009 Habilitation an der Universität Mannheim; 2010–2012 zunächst Vertreter dann Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht und Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der TU Dresden; seit dem Herbstsemester 2012/13 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim.

e-ISBN PDF 978-3-16-152350-2

ISSN 978-3-16-150376-4

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2009 von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Abteilung Rechtswissenschaft, der Universität Mannheim als Habilitationsschrift angenommen worden. Sie wurde Anfang des Jahres 2012 aktualisiert.

Mein besonders tief empfundener Dank gilt Herrn *Professor Dr. Hans-Wolfgang Arndt*, der mir nicht nur die wesentlichen wissenschaftlichen Anregungen geliefert, sondern zugleich auch den notwendigen Freiraum gewährt hat, um diese Arbeit zu erstellen. Er ist mir ein akademischer Lehrer im besten Sinne gewesen – mindestens ebenso dankbar macht mich allerdings auch seine fortwährende persönliche Förderung und Unterstützung.

Besonders danken möchte ich darüber hinaus Herrn *Professor Christopher S. Yoo*, University of Pennsylvania Law School. Er hat wertvolle inhaltliche Impulse für die Arbeit gegeben und darüber hinaus meinen bisherigen akademischen Werdegang ausgesprochen wohlwollend begleitet.

Mein Dank gilt schließlich Herrn *Professor Dr. Ulrich Falk*, der mich stets gefördert und das Zweitgutachten für diese Arbeit erstattet hat.

Die Anfertigung einer solchen Arbeit wäre mir ohne die stetige und bedingungslose Unterstützung durch meine Familie nicht möglich gewesen. Für diese Unterstützung gerade auch während der Entstehungszeit der Arbeit möchte ich insbesondere meinen Eltern sowie Frau *Dr. Nadja Tomschin* daher besonders herzlich danken und dieses Werk widmen.

Mannheim, im Herbst 2012

Thomas Fetzer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Teil 1 Einführung	1
Teil 2 Regulierungstheoretische Grundlagen	37
Teil 3 Entwicklung des Telekommunikationssektors vom Monopol zum regulierten Wettbewerb	73
Teil 4 Ursachen des Übergangs zum regulierten Wettbewerb	115
Teil 5 Regulatorischer Status quo	165
Teil 6 Regulierung in dynamischen Märkten	319
Teil 7 Thesen	415
Literaturverzeichnis	419
Register	459

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII

Teil 1

Einführung

A Problemstellung	1
B Gegenstand der Untersuchung	8
I. Regulierung	10
1. Grammatikalische Auslegung	10
2. Historische Auslegung	11
3. Normativer Regulierungsbegriff	13
4. Regulierung und Deregulierung	15
5. Regulierungsrecht als Liberalisierungsfolgenrecht	16
II. Verhältnis spezifische Regulierung – Kartellrecht	17
III. Sektorspezifische Regulierung	19
1. Der Telekommunikationssektor als Referenzgebiet	19
2. Relevanz für andere Sektoren – insbesondere Energie und Bahn	20
C Juristisch-ökonomischer Untersuchungsansatz	21
D Rechtsvergleichender Untersuchungsansatz	23
I. Systemvergleichbarkeit	24
II. Sektorenvergleichbarkeit	25
III. Vergleichbare historische Ausgangssituation	27
IV. Vergleichbare aktuelle Herausforderungen	29
V. Interdependenz der Rechtsordnungen	31
VI. Zusammenfassung	32
E Gang der Untersuchung	33

Teil 2

Regulierungstheoretische Grundlagen

A	Einführung	37
B	Regulierungstheorie	38
	I. Normative Regulierungstheorie	38
	1. Wettbewerbsmärkte als Normalfall	39
	a) Märkte als Allokationsmechanismus	39
	b) Wettbewerb als Allokationsmodell	40
	2. Regulierung als Ausnahmefall	43
	a) Insbesondere Marktzutrittsregulierung	43
	aa) Anzeige- und Genehmigungspflichten	43
	bb) Monopolrechte	44
	b) Klassische Rechtfertigungen für die Regulierung von Märkten	45
	aa) Marktversagen	46
	α) Informationsasymmetrien	46
	β) Externe Effekte	47
	γ) Öffentliche Güter	49
	δ) Natürliches Monopol	50
	ε) Verhinderung ruinösen Wettbewerbs?	51
	bb) Zielkonflikte	53
	II. Kritik an der normativen Regulierungstheorie	54
	1. Die positive Regulierungstheorie	54
	2. Bewertung	56
C	Normativ-regulierungstheoretische Begründung des Telekommunikationsmonopols	57
	I. Marktversagen	58
	1. Telekommunikation als natürliches Monopol	58
	a) Skaleneffekte	58
	b) Verbundvorteile	61
	c) Zwischenergebnis	62
	2. Positive externe Effekte	62
	3. Zwischenergebnis	64
	II. Zielkonflikte	64
	1. Flächendeckende Versorgung mit Telekommunikation	64
	2. Tarifeinheit im Raum	66
	3. Zwischenergebnis	67
	III. Regulierungsform: Monopolisierung	67
	IV. Bewertung	69

Teil 3

Entwicklung des Telekommunikationssektors vom Monopol zum regulierten Wettbewerb

A	Einführung	73
B	Die Entwicklung des Telekommunikationssektors in den USA	75
	I. Geschichte der Telegraphie	76
	II. Geschichte der modernen Telekommunikation	76
	1. Erste Monopolisierungsbestrebungen	78
	2. Wettbewerb zum Ende des 19. Jahrhunderts	80
	3. Monopolisierung des Marktes durch American Bell ab 1907 ..	81
	4. Die Kingsbury-Verpflichtung von 1913	83
	5. Staatliche Regulierung als Monopolisierungsstrategie – 1935–1956	85
	6. Wettbewerb im Fernverkehr	88
	7. Wettbewerb im Endgerätemarkt	89
	8. Abwehrstrategien von AT&T in den 70er-Jahren	91
	9. MFJ von 1983 und die Aufspaltung von AT&T	91
	10. Marktliberalisierung durch Telecommunications Act 1996 ...	93
	III. Bewertung	94
C	Die Entwicklung des Telekommunikationssektors in Deutschland	98
	I. Geschichte der Telegraphie	98
	1. Ausgangspunkt: Hoheitliche Anbieter	98
	2. Militärische Nutzung und staatliches Monopol	99
	II. Geschichte der modernen Telekommunikation	100
	1. Ausgangspunkt: Hoheitliche Anbieter	101
	2. Beschränkte Zulassung privater Anbieter	102
	3. Manifestierung eines staatlichen Telekommunikations- monopols	102
	a) Entwicklung der Telekommunikation im Monopol	103
	b) Bewertung der Entwicklung	103
	4. Telekommunikationsmonopol in der Weimarer Republik	105
	5. Telekommunikationsmonopol im Dritten Reich	105
	6. Telekommunikationsmonopol in der Bundesrepublik Deutschland	106
	III. Privatisierung der Deutschen Bundespost und Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes	107

1. Postreform I	107
a) Privatisierungsschritte	107
b) Liberalisierungsschritte	108
2. Postreform II	108
a) Privatisierungsschritte	108
b) Liberalisierungsschritte	109
3. Postreform III	110
IV. Bewertung	111
D Zusammenfassung	112

Teil 4

Ursachen des Übergangs zum regulierten Wettbewerb

A Einführung	115
B Gemeinsame Ursachen in den USA und in Deutschland	116
I. Fortentwicklung der Industrieökonomie	116
1. Die wachsende Bedeutung der Chicago-Ökonomen	116
2. Die Theorie der bestreitbaren Märkte	119
a) Allgemein	119
b) Marktzutrittsschranken als Kernproblem	120
c) Konsequenzen für die sektorspezifische Regulierung	122
aa) Regulierungsbedürftigkeit von Märkten	122
bb) Regulierungsinstrumente	123
cc) Regulierung natürlicher Monopole	123
d) Zwischenergebnis	125
3. Auswirkungen auf die Telekommunikationsregulierung	126
a) Abbau von Monopolrechten	126
b) Regulierungsbedürftigkeit von Bottleneck-Einrichtungen	126
c) Differenzierte Betrachtung von Infrastruktur und Dienst	128
d) Regulierungsinstrument: Mitbenutzungsrechte	129
e) Das Problem der Zielkonflikte	130
4. Zwischenergebnis	131
II. Fortentwicklung der Telekommunikationstechnik	132
1. Weiterentwicklungen der vorhandenen Infrastruktur	133
a) Veränderungen der Vermittlungstechnik	133
b) Veränderungen der Übertragungswege	135
c) Zwischenergebnis	136

2. Entwicklung neuer Telekommunikationsdienste	136
3. Entwicklung alternativer Infrastrukturen	139
4. Zusammenfassung	140
III. Regulierungsversagen	141
IV. Zwischenergebnis	144
C Spezifische Ursachen der Liberalisierung in Deutschland	144
I. Europarechtliche Impulse	145
1. Liberalisierung	146
a) Kompetenz für den Erlass von Liberalisierungsmaßnahmen	146
b) Liberalisierungsschritte	147
2. Harmonisierung	148
a) Kompetenz für den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen	149
b) Harmonisierungsschritte	149
3. Faktischer Privatisierungsdruck	152
a) Fehlende Kompetenz der Gemeinschaft zur Privatisierung	152
b) Bedeutung der Liberalisierung für die Privatisierung	153
aa) Bedeutung der Wettbewerbsvorschriften	154
α) Beihilfeverbot des Art. 92 EWGV	155
β) Missbrauchsverbot des Art. 86 EWGV	155
bb) Bedeutung der Grundfreiheiten	158
cc) Liberalisierung als faktischer Motor der Privatisierung	160
4. Zwischenergebnis	161
II. Einfluss der amerikanischen Marktliberalisierung	161
D Zusammenfassung	163

Teil 5

Regulatorischer Status quo

A Einführung	165
B Fortwährende Regulierungsbedürftigkeit nach der Marktliberalisierung	166
I. Marktversagen	167
II. Zielkonflikt	170
III. Zwischenergebnis	172

C	Sektorspezifische Telekommunikationsregulierung in Deutschland ..	174
I.	Allgemein	174
II.	Zweck der Telekommunikationsregulierung	175
1.	Regulierung und Marktversagen	176
a)	Wettbewerbsförderung	176
b)	Infrastrukturförderung	177
c)	Zwischenergebnis	179
2.	Regulierung und Zielkonflikte	180
a)	Gewährleistungsverantwortung des Bundes	180
b)	Zwischenergebnis	181
3.	Bedeutung des § 2 TKG	181
4.	Regulierungstheoretische Bewertung	183
III.	Telekommunikationsregulierung und Marktversagen	183
1.	Strukturelle Regulierungsmaßnahmen	183
a)	§ 7 TKG – Strukturelle Separierung	184
b)	§ 24 TKG – Getrennte Rechnungsführung	184
c)	§ 40 TKG – Funktionelle Trennung	185
d)	Regulierungstheoretische Bewertung	185
2.	Marktzutrittsregulierung	187
a)	Anzeigepflicht – § 6 TKG	187
b)	Regulierungstheoretische Bewertung	188
3.	Marktmachtabhängige Marktverhaltensregulierung	188
a)	Regulierungsbedürftigkeit	190
aa)	Marktdefinition – § 10 TKG	190
α)	Relevanter Markt	191
β)	Abstrakte Regulierungsbedürftigkeit des Marktes	195
αα)	Drei-Kriterien-Test	195
ββ)	Die Märktempfehlung der Kommission	196
γ)	Zwischenergebnis und Kritik	198
bb)	Marktanalyse – § 11 TKG	199
α)	Konkrete Regulierungsbedürftigkeit – Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht	199
αα)	Die Leitlinien der Kommission	200
ββ)	Zwischenergebnis	204
β)	Bestimmung der Regulierungsadressaten	204
cc)	Zwischenergebnis	205
b)	Regulierungsinstrumentarium	206
aa)	Zugangsregulierung	207
α)	Allgemein	208
β)	Regulierungsgrundsätze und entscheidungsrelevante Belange	209

αα) Wesentliche Einrichtungen – § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG	210
ββ) Beschränkung auf vorhandene Kapazität	211
γγ) Anfangsinvestitionen des Infrastruktureigentümers	213
δδ) Förderung des Infrastrukturwettbewerbs	215
γ) Zugangsformen	216
αα) Dienstewettbewerbsfördernde Zugangsverpflichtungen	217
ββ) Infrastrukturwettbewerbsfördernde Zugangs-	
verpflichtungen	221
(1) Netzzugang	223
(2) Vollständig entbundelter Zugang zum	
Teilnehmeranschluss	225
(3) Netzzusammenschaltung	226
(4) Sonstige Zugangsverpflichtungen und flankierende	
Verpflichtungen	227
δ) Konkrete Umsetzung einer Zugangsverpflichtung	228
ε) Bewertung und Kritik	229
bb) Entgeltregulierung	232
α) Regulierung von Vorleistungsentgelten	233
αα) Allgemein	233
ββ) Genehmigungsbedürftigkeit – § 30 TKG	234
γγ) Genehmigungsfähigkeit – § 31 TKG	236
(1) Maßstab der Kosten der effizienten Leistungs-	
bereitstellung	236
(a) Langfristige zusätzliche Kosten der Leistung	238
(b) Gemeinkostenzuschlag	240
(c) Kapitalverzinsung	241
(2) Genehmigungsmethodik	242
β) Ex-post-Kontrolle von Vorleistungsentgelten	243
γ) Regulierung von Endkundenentgelten	244
δ) Bewertung und Kritik	245
cc) Besondere Missbrauchsaufsicht – § 42 TKG	247
4. Marktmachtunabhängige Verhaltensregulierung	248
5. Regulierungstheoretische Bewertung	251
IV. Telekommunikationsregulierung und Zielkonflikte	258
1. Zielvorgaben	258
a) Verfassungsrechtliche Zielvorgaben	259
b) Europarechtliche Zielvorgaben	261
c) Zwischenergebnis	263
d) Würdigung	263
2. Regulierungskonzept	264
a) Katalog der Universaldienstleistungen	265
b) Mindestversorgungsniveau	266
3. Gewährleistungsverantwortung	268

a) Förmliche Feststellung der Unterversorgung	268
b) Verpflichtung zum Universaldienst ohne Ausgleich	268
c) Ausschreibungsverfahren	269
d) Verpflichtung zum Universaldienst mit Ausgleich	270
e) Finanzierung	271
aa) Allgemein	271
bb) Verfassungswidrigkeit der Universaldienstabgabe	271
4. Regulierungstheoretische Bewertung	276
D Sektorspezifische Telekommunikationsregulierung in den USA	277
I. Einführung	277
1. Telekommunikationsregulierung auf Grundlage des MFJ	278
2. Telecommunications Act 1996	280
II. Zweck der Telekommunikationsregulierung	281
III. Regulierung und Marktversagen	283
1. Einführung	283
2. Regulierungsinstrumentarium	283
a) Wettbewerbsbezogene Regelungen für den Fernverkehr	284
aa) Regulierungsbedürftigkeit	284
bb) Spezifische Regulierung der Incumbent Local Exchange Carriers	285
α) Zugangsregulierung	286
αα) Dienstwettbewerbsfördernde Zugangsverpflichtungen für ILECs	286
ββ) Infrastrukturwettbewerbsfördernde Zugangs- verpflichtungen für ILECs	288
γγ) Zusammenschaltungspflicht für ILECs	291
δδ) Sonstige Zugangsverpflichtungen für ILECs und Durchsetzung von Zugangsverpflichtungen	292
β) Entgeltregulierung	293
cc) Allgemeine Regulierung der Local Exchange Carriers	295
dd) Allgemeine Regulierung aller Telekommunikations- anbieter	297
ee) Zwischenergebnis	297
b) Wettbewerbsbezogene Regelungen für den Fernverkehr	299
c) Sonstige wettbewerbsbezogene Regelungen	302
3. Regulierungstheoretische Bewertung und Rechtsvergleich	304
IV. Telekommunikationsregulierung und Zielkonflikte	306
1. Historischer Hintergrund	306
2. Zielvorgaben	308
3. Regulierungskonzept	309

a) Festlegung des Universaldienstumfangs	309
b) Sicherstellung des Universaldienstes	313
c) Finanzierung des Universaldienstes	314
4. Regulierungstheoretische Bewertung	315

Teil 6

Regulierung in dynamischen Märkten

A Einführung	319
I. Deregulierungspotenzial des geltenden Telekommuni- kationsrechtsrahmens	320
1. Dienstwettbewerb vs. Infrastrukturwettbewerb	321
2. Regulatorische Förderung des Dienstwettbewerbs im Telekommunikationssektor	323
II. Technische Entwicklung und Deregulierung	324
1. Auswirkungen der Technik auf die ökonomische Bewertung ..	324
2. Auswirkungen der Technik auf die rechtliche Bewertung?	325
B Marktversagensregulierung	327
I. Infrastrukturbasierter Wettbewerb als Deregulierungs- bedingung im Telekommunikationssektor	327
1. Aktuelle Wettbewerbsintensität	327
2. Maßgeblichkeit des infrastrukturbasierten Wettbewerbs	328
3. Bewertung der Wettbewerbsintensität	329
II. Technische Möglichkeiten zum infrastrukturbasierten Wettbewerb im Telekommunikationssektor	330
1. Ursprüngliche Beschränkung auf intramodalen Wettbewerb ..	331
2. Zunehmender intermodaler Wettbewerb	333
a) Abnehmende Infrastrukturspezifität der Telekommunikations- dienste	333
b) Abnehmende Dienstespezifität der Telekommunikations- infrastruktur	334
c) Konsequenzen für den intermodalen Wettbewerb	334
3. Status quo des intermodalen Infrastrukturwettbewerbs	335
4. Technische Entwicklungsmöglichkeiten des intermodalen Infrastrukturwettbewerbs	337
a) Next Generation Networks und All-IP-Netze	337
b) Folgen für den intermodalen Infrastrukturwettbewerb	340

5. Regulierungstheoretische Implikationen des intermodalen Infrastrukturwettbewerbs	342
a) Ausweitung bestehender Regulierung oder Deregulierung?	343
b) Möglichkeiten zur Deregulierung	343
c) Fortbestehender Regulierungsbedarf	344
d) Zwischenergebnis	345
III. Regulierung in einem dynamischen Marktumfeld	345
1. Das Regulierungsdilemma – statische vs. dynamische Effizienz	346
2. Das Deregulierungsdilemma – statische vs. dynamische Effizienz	349
3. Konsequenzen für die sektorspezifische Telekommunikations- regulierung	351
a) Traditionelle regulatorische Förderung statischer Effizienz	351
b) Zukünftige regulatorische Förderung dynamischer Effizienz	351
IV. Schlussfolgerungen für das Verhältnis von Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten	354
1. Vorrang dynamischer vor statischer Effizienz	354
2. Konsistenz mit allgemeinen kartellrechtlichen Erwägungen ..	357
3. Vergleichbare Erwägungen im Recht des geistigen Eigentums .	358
4. Zwischenergebnis	358
V. Exkurs: Staat und Wettbewerb in statischen Märkten – insbesondere leitungsgebundene Energieversorgung und Bahn ..	360
1. Ausgangslage im Energie- und im Bahnsektor	361
2. Statische Effizienz vs. dynamische Effizienz	362
3. Vorrang statischer Effizienz vor dynamischer Effizienz	364
4. Schlussfolgerungen für die leitungsgebundene Energieversorgung und die Bahn	365
VI. Deregulierung und höherrangiges Recht	365
1. Grundrechte der Infrastrukturinhaber als Deregulierungsgebote?	366
a) Grundrechtsberechtigung der Infrastrukturinhaber	367
aa) Grundrechtsberechtigung der Deutschen Telekom AG	367
bb) Eingeschränkte Grundrechtsberechtigung von Infrastruktur- eigentümern?	369
b) Grundrechtskonstellation im tripolaren Rechtsverhältnis	371
c) Grundrechtsrelevanz von Zugangsverpflichtungen	372
aa) Allgemein	372
bb) Die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG	373

α) Zugangsverpflichtungen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen	374
αα) Abgrenzung zur Enteignung	374
ββ) Verfassungsrechtliche Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen	374
β) Sozialpflichtigkeit des Eigentums	375
αα) Allgemein	375
ββ) Besondere Sozialpflichtigkeit des Infrastruktureigentums?	376
γγ) Sozialbindung und intermodaler Wettbewerb	378
d) Bewertung	379
2. Grundrechte der Telekommunikationsdiensteanbieter als Deregulierungsschranke?	381
a) Auswirkungen einer Deregulierung auf Telekommunikationsdiensteanbieter	381
b) Kein Fortgeltungsanspruch aus Art. 14 und 12 GG	382
c) Rückwirkungsproblematik	383
d) Zwischenergebnis	385
3. Art. 87f GG als spezifische Deregulierungsschranke?	385
4. Zwischenergebnis	386
C Regulierung und Zielkonflikte	387
I. Einführung	387
II. Bedeutung der Telekommunikationstechnik für den Universaldienst	388
1. Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung	388
2. Sicherstellung des Grundversorgungsstandards	389
a) Der verfassungsrechtliche Grundversorgungsstandard des Art. 87f GG	389
aa) Grammatikalische und systematische Auslegung	389
bb) Historische Auslegung	390
cc) Teleologische Auslegung	390
b) Zwischenergebnis	392
3. Sicherstellung der Erschwinglichkeit	392
a) Objektiver oder subjektiver Erschwinglichkeitsmaßstab?	393
b) Zwischenergebnis	394
4. Finanzierung des Universaldienstes	395
5. Schlussfolgerungen für die Telekommunikationsregulierung ..	397
III. Rechtlicher Anpassungsbedarf	398
1. Nationales Recht	398
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	398
IV. Deregulierung und höherrangiges Recht	399

D	Zukunft der Telekommunikationsregulierung	401
	I. Einführung	401
	II. Marktversagensregulierung	402
	1. Ex-ante-Zugangsregulierung	402
	2. Zukünftiger Regelungsbedarf	403
	III. Universaldienstregulierung	404
	1. Sicherstellung des Zugangs zu Universaldienstleistungen	404
	2. Zukünftiger Regelungsbedarf	405
	IV. Maßnahmen zur Sicherstellung des intermodalen Wettbewerbs ..	405
	1. Bedeutung des Kartellrechts	405
	a) Die Essential Facility Doctrine	406
	b) Fusionskontrolle	409
	2. Verwaltung knapper Ressourcen – insbesondere Frequenzen ..	410
E	Zusammenfassung	411

Teil 7

Thesen	415
Literaturverzeichnis	419
Register	459

Teil 1

Einführung

A Problemstellung

Das Verhältnis von Staat und Wettbewerb zählt zu den fundamentalen und stets aktuellen Fragen moderner Staatlichkeit.¹ Kaum ein Thema wird kontinuierlich vergleichbar kontrovers diskutiert – nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in den Wirtschaftswissenschaften und der Politik.² Drehte sich die Diskussion Anfang der 1990er-Jahre noch vorrangig darum, welche Aufgaben wesensnotwendig dem Staat vorbehalten sind und damit prinzipiell nicht unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden dürfen³, steht inzwischen die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen und wie intensiv der Staat regulierend in Märkte eingreifen soll und darf, die grundsätzlich wettbewerblich organisiert sind. Die Finanzmarktkrise hat dieser Fragestellung Aktualität von beispiellosem Ausmaß verschafft, indem sie einen globalen Ruf nach einer stärkeren Regulierung der Finanzmärkte – und damit einem stärkeren Eingreifen des Staates in den Wettbewerb auf diesen Märkten – ausgelöst hat.⁴ Schon zuvor hatte sich allerdings gezeigt, wie schwer sowohl der Politik aber auch der Rechtswissenschaft die Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Wett-

¹ Grzeszick, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: HStR IV³, § 78 Rn. 1; Heintzen, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (224); Herzog, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: HStR IV³, § 72 Rn. 23; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), S. 259 (268).

² So hat etwa die Monopolkommission ihr 17. Hauptgutachten dem Verhältnis von Staat und Wettbewerb gewidmet. *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2006/2007 v. 9.7.2008, „Weniger Staat, mehr Wettbewerb“. Vgl. aus der juristischen Literatur Pielow, JuS 2006, 942; Säcker, ZNER 2004, 98; Schoch, NVwZ 2008, 241.

³ Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff.; Benz, Die Verwaltung 28 (1995), 337; Bull, VerwArch 86 (1995), 621 ff.; Burgi, Ziele und Grenzen staatlichen Handelns, in: HStR IV³, § 75 Rn. 1 ff.; Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D zum 67. DJT, D 52 ff.; Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, *passim*; Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 190 ff.; Harms, Zwischen Privatisierung, Wettbewerb und Kommunalisierung, *passim*; Kämmerer, Privatisierung, S. 155 ff.; Lecheler, BayVbl. 1994, 555; Möschel, JZ 1988, 885; Osterloh, VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff.; Ronellenfitsch, DÖV 1996, 1028; Schoch, DVbl. 1994, 962; Schuppert, DÖV 1995, 761; Stober, DÖV 1995, 126; Vitzthum, AöR 104 (1979), 580.

⁴ Vgl. etwa Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Effektive Regulierung der Finanzmärkte nach der Finanzkrise, BT-Drs. 17/6313. Auch Stürmer, in: FAZ v. 10.10.2008, „Staatliche Regulierung – Geh mir aus der Sonne“.

bewerb fällt.⁵ Die Frage danach stellt sich teils explizit, meist jedoch unausgesprochen bei zahlreichen weiteren aktuellen Problemfeldern, so etwa bei staatlich verordneten Mindestlöhnen⁶ oder bei Obergrenzen für Managergehälter.⁷ Beides bedeutet einen staatlichen (regulierenden) Eingriff in einen Markt – in diesen Fällen in den Arbeitsmarkt.⁸

Paradigmatisch zeigt sich die Schwierigkeit einer Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Wettbewerb in liberalisierten Märkten, die ursprünglich von einem staatlichen Monopolisten kontrolliert worden sind, der zwischenzeitlich privatisiert wurde. Die Privatisierung solcher Unternehmen, mehr aber noch die damit einhergehende Marktliberalisierung sollte regelmäßig zu einem „Weniger“ an Staat und einem „Mehr“ an Wettbewerb führen. Die Antwort auf die Frage, wie viel Wettbewerb und wie viel Staat in diesen Sektoren erforderlich ist, variiert allerdings seit der Liberalisierung erheblich und gleicht dabei einem Pendel zwischen den Extremen „Staatsunternehmen“ und „unregulierter Wettbewerb“; heute scheint sie gerade in Märkten, in denen es ursprünglich nur Staat und keinen Wettbewerb gab, ungeklärter denn je.⁹

Die 1980er-Jahre und der Beginn der 1990er-Jahre waren noch weltweit vom Trend der Privatisierung von staatlichen Unternehmen und der Liberalisierung von Märkten, also einem Rückzug des Staates geprägt.¹⁰ Das Gewicht verschob sich in dieser Zeit deutlich zum Wettbewerb. Die Privatisierung staatlicher Unternehmen war in manchen Fällen sicherlich auch der wirtschaftlichen Not der Staatshaushalte geschuldet.¹¹ Privatisierung und Marktliberalisierung basierten jedoch auch auf grundsätzlichen wirtschaftstheoretischen Erwägungen. Sie ruhten auf einer Wettbewerbstheorie, die von der Überlegenheit der privatwirtschaftlichen gegenüber der staatlichen Leistungserbringung ebenso überzeugt war wie von der Leistungsfähigkeit eines weitgehend unregulierten Wettbewerbs.¹² Privatisierung und Liberalisierung konnten sich zudem auf eine

⁵ So stellte etwa auch die 69. Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Graz die Rahmenfrage „Gemeinwohl durch Wettbewerb?“. Zur Tagung VVDStRL 69 (2010).

⁶ Vgl. dazu *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2006/2007, S. 401 f.

⁷ Vgl. dazu die Meldung *Handelsblatt* v. 6.7.2008, „Koalition will gegen hohe Managergehälter vorgehen“, S. 1. Siehe auch *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2008/2009 v. 22.7.2010, „Mehr Wettbewerb, weniger Ausnahmen“, S. 333 ff.

⁸ Zu regulierenden Eingriffen in den Arbeitsmarkt ausführlich aus verfassungsrechtlicher Sicht *Wieland*, VVDStRL 59 (2000), S. 13 ff.; aus ökonomischer Sicht *Engel*, VVDStRL 59 (2000), S. 56 ff.; sowie *von Danwitz*, VVDStRL 59 (2000), S. 100 ff.

⁹ So auch *Basedow*, Mehr Freiheit wagen. Über Deregulierung und Wettbewerb, S. 26.

¹⁰ *E. U. von Weizsäcker/Young/Finger*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 15; *Kearney/Merrill*, 98 Columbia Law Review 1323 (1398).

¹¹ *Meggison*, The Financial Economics of Privatization, S. 61 ff.; *E. U. von Weizsäcker/Young/Finger*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 15.

¹² *E. U. von Weizsäcker/Young/Finger*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der

Staatsrechtslehre stützen, die im Wesentlichen nur noch die Gefahrenabwehr nach Außen, die Sicherung des inneren Friedens sowie bestimmte elementare Sozialleistungen als unantastbare Staatsaufgaben, die vom Staat selbst erfüllt werden müssen, betrachtete.¹³

Die Praxis der Privatisierung und Liberalisierung enttäuschte die in sie gesetzten Hoffnungen allerdings allzu oft öffentlichkeitswirksam. Stromausfälle in Kalifornien¹⁴, die desaströse Eisenbahninfrastruktur in Großbritannien¹⁵, eine große Anzahl von Korruptionsfällen in privatisierten Sektoren¹⁶ und nicht zuletzt steigende Energiepreise in Deutschland lösten rasch eine gewisse Ernüchterung gegenüber den mutmaßlichen Vorteilen der privaten Leistungserbringung im Wettbewerb aus.¹⁷ Zwar wird in der Rückschau deutlich, dass gerade die Stromausfälle in Kalifornien und das verrottete Schienennetz in Großbritannien nicht auf die Tatsache der Privatisierung der ehemaligen staatlichen Monopolunternehmen und die damit einhergehende Marktliberalisierung an sich, sondern auf eine missglückte Regulierung der Märkte im Nachgang zu ihrer Liberalisierung zurückzuführen sind.¹⁸ Die Ereignisse genügten gleichwohl, um Zweifel gegenüber der privaten Erbringung als elementar erachteter Leistungen wie Energie und Verkehr zu säen.¹⁹ Die so entstandene Skepsis

Privatisierung, S. 18; *Kearney/Merrill*, 98 *Columbia Law Review* 1323 (1398); *Monopolkommission*, Zur Neuordnung der Telekommunikation, Rz. 131. Kritisch bereits *Wieland*, Die Verwaltung 1985, 84 (112 ff.).

¹³ Vgl. *Herzog*, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: HStR IV³, § 72 Rn. 28 ff.

¹⁴ Dazu ausführlich *Brand/Scheffran*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 79 ff.

¹⁵ Dazu ausführlich *Weidauer*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 87 ff.

¹⁶ Ein eindrucksvolles Beispiel im negativen Sinne ist dabei die Privatisierung der Wasserversorgung von Grenoble, die in Anspielung an Napoleons Niederlage bei Waterloo auch als „Waterl'eau“ der Privatisierung bezeichnet wird. Im Zuge der Privatisierung der Wasserversorgung wurde eine Konzession an den französischen Versorger Suez erteilt. Wie sich in einem späteren Strafverfahren herausstellte, hatte Suez an den Bürgermeister von Grenoble, aber auch zahlreiche Stadträte Schmiergelder in Höhe von rund 3 Millionen Euro gezahlt, um in dem Ausschreibungsverfahren den Zuschlag zu erhalten. Dazu *Stürmer*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 34 ff. Weitere Beispiele von Korruptionsfällen im Zusammenhang mit privatisierten ehemaligen Staatsunternehmen bei *Boehm/Olaya/Polanco*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 218 ff.

¹⁷ *Süddeutsche Zeitung* v. 30.4./1.5.2008, „Nicht nur eine Erfolgsgeschichte“, S. 22.

¹⁸ Vgl. für die Energiemarktliberalisierung in Kalifornien *Bush/Mayne*, 83 *Oregon Law Review* 207; *Spence*, 40 *Wake Forest Law Review* 417; *Duane*, 19 *Yale Journal on Regulation* 471 (511); ebenso *Brand/Scheffran*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 79 (83). Grundlegend *MacAvoy*, The Unsustainable Cost of Partial Deregulation, S. 69 ff. Für die Eisenbahnprivatisierung in Großbritannien *Weidauer*, in: von Weizsäcker/Young/Finger, Grenzen der Privatisierung, S. 87 (90).

¹⁹ Vgl. dazu den Bericht an den Club of Rome aus dem Jahr 2006 von *von Weizsäcker/Young/Finger*, Grenzen der Privatisierung; sehr kritisch *Liedtke*, Wir privatisieren uns zu

gegenüber dem Wettbewerb und einer Deregulierung von Märkten für solche Leistungen wurde in Deutschland weiter dadurch verstärkt, dass in einem besonders sensiblen Sektor – dem Energiesektor – die Verbraucherpreise seit seiner Liberalisierung im Jahr 1998 teilweise um mehr als 20 % angestiegen sind.²⁰ Selbst wenn die Energiepreisentwicklung ganz überwiegend der Koinzidenz steigender Rohstoffpreise und nicht der Marktliberalisierung geschuldet ist²¹, wird doch zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung die Marktliberalisierung zu einer wesentlichen Ursache steigender Preise erklärt.²²

Der Trend der 1990er-Jahre zur Privatisierung staatlicher Monopolunternehmen und der anschließenden Liberalisierung der Märkte hat sich daher spätestens Mitte des ersten Jahrzehnts des 21. Jahrhunderts deutlich verlangsamt.²³ Immer häufiger vernimmt man seither den Ruf nach einer stärkeren Rolle des Staates bei der Erbringung bestimmter als besonders wichtig erachteter Leistungen.²⁴ Die Finanzmarktkrise, die die Deregulierung von Märkten unter den Generalverdacht der Insuffizienz gestellt hat, hat diesen Trend weiter verstärkt. Er zeigt sich auch bei der Diskussion um die Privatisierung der Deutschen Bahn AG und die Liberalisierung des Bahnsektors, die allenfalls noch halbherzig vollzogen werden sollen.²⁵ Der neue Trend lässt sich aber ebenso bei der Frage nach der Privatisierung der Wasserversorgung erkennen, die Ende des letzten Jahrhunderts noch heftig gefordert wurde, derzeit aber weitgehend von der politischen Agenda verschwunden scheint.²⁶ Der Ruf nach einer stärkeren

Tode, *passim*; Stürner, Markt und Wettbewerb über alles? *passim*; *Süddeutsche Zeitung* v. 30.4./1.5.2008, „Dem Staat, was des Staates ist“, S. 22.

²⁰ Vgl. dazu die Energiepreisstatistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, wonach sich die durchschnittlichen Energieausgaben deutscher Privathaushalte (ohne Fahrzeugkraftstoffe) zwischen 1998 und 2008 von rund 832 Euro pro Jahr und Kopf auf 966 Euro jährlich erhöht haben. Abrufbar unter <http://www.bmwi.bund.de/> – Energie – Energiestatistiken.

²¹ So hatte sich der Rohölpreis seit 1998 in Deutschland von 25 US-Dollar pro Barrel Brent Rohöl auf zwischenzeitlich rund 140 US-Dollar pro Barrel erhöht, Quelle: Bundesministerium der Finanzen, Entwicklung der Benzin-, Diesel- und Rohölpreise, des Dollarkurses und der Mineralölsteuer, abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/>.

²² So insbesondere Liedtke, Wir privatisieren uns zu Tode, S. 102 ff.

²³ Vgl. dazu Stober, NJW 2008, 2301.

²⁴ Statt vieler vgl. nur Stürner, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 222 ff.; *Süddeutsche Zeitung* v. 30.4./1.5.2008, „Dem Staat, was des Staates ist“, S. 22.

²⁵ Vgl. dazu den Bundestagsbeschluss sowie die diesbezügliche Diskussion zur Bahnreform v. 30.5.2008 „Zukunft der Bahn, Bahn der Zukunft“, BT-Plenarprotokoll 16/164, v. 30.5.2008.

²⁶ Zur Privatisierung der Wasserversorgung siehe ausführlich Masing, VerwArch 2004, 151; Kahl, GewArch 2007, 441; Schmidt, LKV 2008, 193; aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht Schönefuß, Privatisierung, Regulierung und Wettbewerbselemente in einem natürlichen Infrastrukturmonopol, *passim*; Mayer, in: Robinson, Governments, Competition and Regulation, S. 183 ff. Für eine weitergehende Liberalisierung der Trinkwasserversorgung siehe Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009 v. 22.7.2010, „Mehr Wettbewerb, weniger Ausnahmen“, S. 49 ff.

Rolle des Staates wird selbst bei solchen Sektoren laut, die bereits seit längerer Zeit liberalisiert sind²⁷: Die Forderung nach einer staatlichen „Netz AG“, in der die Höchstspannungsnetze der vier großen Energieversorger gebündelt werden sollen²⁸, zeugte hiervon ebenso wie ein jüngst aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben im Telekommunikationsrecht verankertes Regulierungsinstrument,²⁹ mit dem Telekommunikationsunternehmen zur Entflechtung ihrer Netze verpflichtet werden können, um dadurch den Netzbetrieb besser regulieren zu können.³⁰

Insgesamt ist die Wettbewerbspolitik von einer großen Unsicherheit über die Rolle des Staates in grundsätzlich wettbewerblich organisierten Märkten ergriffen. Obwohl die Diskussion über das Verhältnis von Staat und Wettbewerb keineswegs neu ist³¹, ist der undifferenzierte Ruf nach einer stärkeren Rolle des Staates, d.h. einer stärkeren Regulierung von Märkten, doch unter mehreren Gesichtspunkten bemerkenswert:

Zunächst ist aus empirischer Sicht festzuhalten, dass damit die unbestreitbaren Erfolge von Privatisierung und Liberalisierung der 1990er-Jahre, die insbesondere im Telekommunikationssektor erzielt wurden, nahezu völlig ausgeblendet werden.³² So hat sich etwa der Preis für ein Standardinlandsgespräch in Deutschland zur Hauptzeit von durchschnittlich umgerechnet 30 Cent/Minute im Jahr 1997 – also im ersten Jahr nach der weitgehenden Liberalisierung des Telekommunikationssektors durch das Telekommunikationsgesetz von 1996 – innerhalb von 10 Jahren auf 1 Cent/Minute verringert.³³ Kostete ein Gespräch in die USA im Jahr 1997 noch durchschnittlich umgerechnet 73,63 Cent/Minute, so

²⁷ Besonders eindringlich *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 225 ff.

²⁸ So hat selbst der Präsident der Bundesnetzagentur *Matthias Kurth* für ein solches Modell plädiert. Vgl. dazu die Pressemitteilung der Bundesnetzagentur v. 7.7.2008 „Bundesnetzagentur fördert Option eines einheitlichen deutschen Stromnetzes“, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13917.pdf/>.

²⁹ § 40 TKG, der zurückgeht auf Art. 13a der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. 2002, Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009, ABl. 2009, Nr. L 337 v. 18.12.2009, S. 37.

³⁰ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. 2009, Nr. L 337 v. 18.12.2009, S. 37, Erwägungsgrund 61.

³¹ Vgl. dazu schon *Möschel*, JZ 1988, 885.

³² *Meggison*, The Financial Economics of Privatization, S. 270 ff. Vgl. auch *Böni*, N&R Beilage 1/2008, S. 2; *Bartosch*, CR 2000, 214 (215).

³³ *BNetzA*, Jahresbericht 2007, S. 88.

bezahlt man hierfür 10 Jahre später nur noch rund 0,85 Cent/Minute.³⁴ Zugleich hat sich das Angebot an Telekommunikationsleistungen seit der Marktliberalisierung erheblich erweitert: Mobilfunk und Internet sind heute allgemein verfügbare Leistungen, zu denen im Jahr 1998 – dem Jahr der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in Deutschland – nur ein kleiner Teil der Bevölkerung Zugang hatte.³⁵ Im privatisierten und liberalisierten Telekommunikationssektor ist es also zu einem Sinken der Preise bei einer gleichzeitigen Ausweitung des Angebots gekommen. Man muss hier von einer erfolgreichen Privatisierung und Marktliberalisierung sprechen.³⁶ Damit lässt sich aber jedenfalls die derzeit häufig geäußerte undifferenzierte Kritik an der Deregulierung von Märkten schwer in Einklang bringen.

Auch aus wettbewerbstheoretischer Sicht ist der Ruf nach einem stärkeren Staat unter Hinweis auf die Fehlschläge der Vergangenheit bemerkenswert. Aus heutiger Sicht deuten nämlich nahezu alle Indikatoren darauf hin, dass die Fehlschläge der Privatisierungen und der Liberalisierung der 1990er-Jahre Folge einer verfehlten Regulierung der liberalisierten Märkte waren, nicht aber von Liberalisierung und Privatisierung an sich.³⁷ Die aktuelle öffentliche Diskussion scheint sich hier allerdings insoweit von der Wettbewerbstheorie abgekoppelt zu haben. Wettbewerbstheoretische Argumente spielen oftmals entweder keine Rolle, oder aber es werden Argumente vorgebracht, deren wirtschaftstheoretische Grundlagen bestenfalls umstritten, nur allzu oft aber auch überholt sind.³⁸ Die Entkopplung von Wettbewerbspolitik und Wettbewerbstheorie ist in hohem Maße bedenklich, trägt sie doch die Gefahr inkonsistenter Regulierungsentscheidungen in sich, die nur an kurzfristigen politischen Erfolgen und nicht an langfristigen ökonomischen Zielen ausgerichtet sind.³⁹ Die Entkopplung hat schließlich auch dazu beigetragen, dass die Diskussion über das Verhältnis von Regulierung und Wettbewerb in einer Weise ideologisiert und emotionalisiert wurde, die dem Finden sachgerechter Lösungen kaum dienlich ist.⁴⁰

Bemerkenswert ist schließlich die weitgehend passive Rolle, die die Rechtswissenschaft oftmals in dieser Diskussion einnimmt. Wettbewerbstheorie und

³⁴ *BNetzA*, Jahresbericht 2007, S. 88.

³⁵ Die Mobilfunkpenetrationsrate betrug im Jahr 2010 rund 133 % der Gesamtbevölkerung bzw. rund 108 Millionen Mobilfunkanschlüsse, *BNetzA* Jahresbericht 2010, S. 86. Für den Anstieg der Breitbandinternetpenetrationsrate siehe *BNetzA*, Jahresbericht 2010, S. 75.

³⁶ So auch *OECD*, *OECD Economic Surveys European Union* 2007, S. 82.

³⁷ Siehe dazu oben die Nachweise in Fußnote 18.

³⁸ So spielen insbesondere bei dem Bestseller von *Liedtke*, *Wir privatisieren uns zu Tode*, solche Argumente nahezu keine Rolle.

³⁹ *Van den Bergh/Camesasca*, *European Competition Law and Economics*, S. 55; *Sidak/Singer*, 57 *Federal Communications Law Journal* 1 (48).

⁴⁰ *Basedow*, in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer*, *Festschrift für Ulrich Immenga*, *Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs*, S. 3, spricht hier von „politischer Emotionalisierung“ der Diskussion.

Wettbewerbspolitik haben zwangsläufig rechtliche Implikationen⁴¹, so dass sich die Rechtswissenschaft hier nicht einseitig zurücknehmen darf. Zwar hat kaum ein Begriff in der rechtswissenschaftlichen Literatur in den vergangenen Jahren einen derartigen Bedeutungsaufschwung genommen wie der der „Regulierung“: Es wird heftig darum gestritten, ob sich bereits eine eigenständige Kategorie des Regulierungsrechts gebildet hat und was dies insbesondere für die Systematik des Öffentlichen Rechts bedeutet.⁴² Die öffentlich-rechtliche Abteilung des 66. Deutschen Juristentages 2006 in Stuttgart hat sogar diskutiert, ob das Regulierungsrecht in einem Allgemeinen Regulierungsgesetz kodifiziert werden sollte.⁴³ Zu Recht bemängelt jedoch Jürgen Basedow, dass sich die Rechtswissenschaft in der Regulierungsdiskussion bisher zu sehr auf die Auslegung und Neukonstruktion des geltenden Rechts beschränkt.⁴⁴ Eine normative Auseinandersetzung mit der staatlichen Regulierung von Märkten unter Berücksichtigung wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse findet dagegen nur ansatzweise statt.⁴⁵ Die damit einhergehende Beschränkung auf die rechtsdogmatische Aufarbeitung des positiven Regulierungsrechts unter Vernachlässigung normativer Fragestellungen bedeutet auch Einfluss aufzugeben bei der Beantwortung der Frage nach dem zukünftigen Verhältnis von Staat und Wettbewerb und damit auch bei der Frage nach den Aufgaben des Staates – eine Frage, die traditionell im Zentrum der Staatsrechtslehre steht.⁴⁶

Hinzu kommt auf einer nicht zu vernachlässigenden Ebene – worauf ebenso Jürgen Basedow hingewiesen hat –, dass die Abstinenz der Rechtswissenschaft

⁴¹ Van den Bergh/Camesasca, European Competition Law and Economics, S. 54.

⁴² Vgl. nur Baur, ZNER 2004, 318; Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, *passim*; Bullinger, DVBl. 2003, 1355; Burgi, NJW 2006, 2349; von Danwitz, DÖV 2004, 977; Knauff, VerwArch 2007, 382 (383); Kühling, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften; Masing, AöR 128 (2003), 558; Masing, Die Verwaltung 36 (2003), 1; Möschel, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, S. 277 ff.; Röhl, JZ 2006, 831; Ruffert, AöR 124 (1999), 237; Ruffert, Begriff, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 7; Säcker, AöR 130 (2005), 180; Säcker, ZNER 2004, 98; Schebstadt, WuW 2005, 6; Schorkopf, JZ 2008, 20; Storr, DVBl. 2006, 1017; Stober, in: Pitschas/Uhle/Aulehner, Festschrift für Rupert Scholz, S. 943; Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (304 ff.).

⁴³ Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Verhandlungen des 66. DJT, Gutachten D. Dazu auch Masing, Zur Möglichkeit und Notwendigkeit übergreifender Grundsätze der Netzregulierung, in: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften, S. 156 ff. Für eine solche Kodifizierung auch Stober, NJW 2008, 2301 (2308 f.).

⁴⁴ Basedow, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, IRP Nr. 14, S. 1.

⁴⁵ Etwa bei Lepsius, Ziele der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 19.

⁴⁶ Dazu ausführlich Herzog, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: HStR IV³, § 72; sowie zur Unterscheidung von Staatsaufgaben und Staatszielen Isensee, Staatsaufgaben, in: HStR IV³, § 73 Rn. 1 ff.

in der normativen Regulierungsdiskussion schon zu oft zu gesetzlichen Regelungen von zweifelhafter handwerklicher Qualität geführt hat.⁴⁷

B Gegenstand der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, einen interdisziplinären und rechtsvergleichenden Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion über das Verhältnis von Staat und Wettbewerb am Beispiel der sektorspezifischen Regulierung zu leisten. Aus dem Kanon der Einzelfragen, die das Verhältnis zwischen Staat und Wettbewerb betreffen, wird das Verhältnis zwischen staatlicher Regulierung und Wettbewerb in ehemals monopolistischen Märkten gewählt, wobei als Referenzgebiet der Telekommunikationssektor dient.

Der Untersuchung liegen dabei mehrere Annahmen zugrunde, die zu Beginn offengelegt werden sollen: Zum einen wird die Zulässigkeit der einmal getroffenen grundsätzlichen Privatisierungsentscheidung insbesondere für den Telekommunikationssektor, aber auch für andere untersuchte Sektoren nicht in Frage gestellt.⁴⁸ Zum anderen wird von der in der Wettbewerbstheorie weitgehend unbestrittenen wohlfahrtsökonomischen Überlegenheit des Wettbewerbs gegenüber einem Monopol ausgegangen und damit die grundsätzliche Richtigkeit der Liberalisierungsentscheidung jedenfalls für den Telekommunikationssektor unterstellt.⁴⁹ Das ist freilich nicht als Plädoyer für völlig unregulierten Wettbewerb zu verstehen. Vielmehr geht es darum, Notwendigkeit und Grenzen der Regulierung in diesen Märkten zu bestimmen, wobei das grundsätzliche Verhältnis von Wettbewerb und Regulierung so verstanden wird, dass die Regulierung eines Marktes eine Ausnahme ist, die einer Rechtfertigung bedarf.⁵⁰ Das wettbewerbstheoretische Konzept vom

⁴⁷ Basedow, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, IRP Nr. 14, S. 1.

⁴⁸ Vgl. zur Frage der Zulässigkeit von Privatisierungen umfassend *Burgi*, Ziele und Grenzen staatlichen Handelns, in: HStR IV³, § 75 Rn. 13 ff.; *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D zum 67. DJT, D 52 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 152 ff. Siehe grundlegend auch *Möschel*, JZ 1988, 885. Zur Frage der Rückabwicklung von Privatisierungen *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, S. 140 ff.

⁴⁹ Für eine aktuelle Auseinandersetzung der wohlfahrtsökonomischen Unterlegenheit eines Monopols gegenüber dem Wettbewerb vgl. nur *Motta*, Competition Policy, S. 40 ff. Zu den Vorteilen der privaten gegenüber der staatlichen Leistungserbringung *Meggison*, The Financial Economics of Privatization, S. 102 ff.

⁵⁰ So auch *Basedow*, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, IRP Nr. 14, S. 1 (5); *Basedow*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, S. 3 (4); *Gerken*, ORDO 49, 165 ff.; *Möschel*, JZ 1988, 885 (890); *Möschel*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Regulierung und Deregulierung. Versuch

Wettbewerb als Normalfall und der Regulierung als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme findet sich insoweit auch in der Grundrechtsdogmatik wieder: So gewähren insbesondere die Art. 12 und 2 Abs. 1 GG im Grundsatz eine umfassende Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung. Soll diese Betätigungsfreiheit eingeschränkt werden, bedarf dies der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.⁵¹ Regulierungstheorie und Verfassungsrecht weisen hier also einen weitgehenden Gleichklang auf.⁵² Als eine mögliche (regulierungstheoretische und verfassungsrechtliche) Rechtfertigung für staatliche Regulierung wird im Rahmen dieser Arbeit auch die in Art. 87f Abs. 1 GG getroffene Grundentscheidung akzeptiert, wonach selbst in einem privatisierten und liberalisierten Marktumfeld vom Staat die flächendeckend angemessene und ausreichende Versorgung mit Telekommunikation gewährleistet werden muss. Eine vergleichbare Vorgabe enthält Art. 87e Abs. 4 GG für den Bahnsektor. Und auch für den Energiesektor ist sie – zwar ausdrücklich nur einfachgesetzlich in § 1 EnWG normiert – vom Bundesverfassungsgericht verfassungsrechtlich begründet worden.⁵³

Ausgehend von diesen Koordinaten lautet die zentrale Fragestellung nicht, ob der Staat bestimmte Sektoren privatisieren und liberalisieren durfte, sondern in welcher Form und in welchem Umfang der Staat in liberalisierte Märkte regulierend eingreifen darf und soll, so dass einerseits ein Versagen des Marktes ausgeschlossen ist und der Wettbewerb seine positiven Wirkungen entfalten kann, andererseits aber auch den Vorgaben einer preislich angemessenen und ausreichenden Versorgung Rechnung getragen wird.

Eine Beantwortung dieser Frage erfordert zunächst einige begriffliche Klärungen, insbesondere im Hinblick auf die Bedeutung des Begriffs „Regulierung“.

einer theoretischen Grundlegung, S. 277 ff. Aus ökonomischer Sicht grundlegend *Stigler*, 2 Bell Journal of Economic Regulation 3.

⁵¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 8, 274 (328). Siehe auch BVerfGE 97, 228 (263); 98, 218 (259). Zum Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 12 GG, sofern es sich um eine berufliche Betätigung handelt BVerfGE 37, 1 (17); 70, 1 (32); 95, 173 (88). Vgl. hierzu m.w.N. *Arndt/Fetzer*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 693 (705 ff.). Das Axiom des freien Marktzugangs besitzt damit nicht nur eine wohlfahrtsökonomische Dimension, sondern auch eine individualrechtliche Komponente. Dazu auch ausführlich *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, *passim*; *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 4 Rn. 45 ff.

⁵² So auch *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 192 f.

⁵³ BVerfGE 30, 292 (323 ff.); 91, 186 (206).

I. Regulierung

Der Begriff „Regulierung“ ist heute nicht nur im politischen Sprachgebrauch, sondern gerade auch in der juristischen Literatur omnipräsent, wenngleich er kein traditioneller Rechtsbegriff ist.⁵⁴ Was bedeutet er also im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Untersuchung? Von den klassischen juristischen Auslegungsmethoden können hierbei nur die wörtliche Auslegung und die historische Auslegung gewisse Hinweise geben. Systematische und teleologische Auslegung versagen hingegen, wenn es um die Auslegung eines abstrakten Begriffs geht, der nicht im Kontext einer bestimmten gesetzlichen Regelung steht.

1. Grammatikalische Auslegung

Nähert man sich dem Begriff über seinen Wortsinn, bedeutet er schlicht „Regelung“.⁵⁵ Im vorliegenden Kontext des Verhältnisses von Regulierung und Wettbewerb als Ausprägung der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis von Staat und Wettbewerb beschreibt der Begriff „Regulierung“ also die Regelung durch den Staat. Der Aussagewert dieser grammatikalischen Auslegung ist insofern begrenzt, als staatliche Regelungen allgegenwärtig sind und eine entsprechende Umschreibung kaum zu einer Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes führt.⁵⁶ Staatliche Regelungen treten in verschiedenster Form und durch alle Staatsgewalten auf:⁵⁷ Die Legislative regelt zumeist in abstrakt-genereller Weise, wenn sie Gesetze schafft, die Exekutive und die Judikative treffen überwiegend konkret-individuelle Regelungen, wenn sie Entscheidungen gegenüber dem Bürger treffen. Staatliche Regelungen berühren nahezu – aber bei weitem nicht nur – alle Bereiche wirtschaftlichen Handelns.⁵⁸ So regelt der Staat beispielsweise Arbeitsbedingungen zum Schutz der Arbeitnehmer oder Produkteigenschaften zum Schutz der Verbraucher. Schließlich betreffen zahlreiche staatliche Regelungen den Einzelnen in einer ganz allgemeinen Form als Staatsbürger, etwa wenn seine Einkünfte besteuert werden. Der Begriff der staatlichen Regelung ist damit zwar dem Staat immanent, bleibt jedoch weitgehend unspezifisch.

⁵⁴ Britz, Die Verwaltung 2004, 145 (145); Bullinger, DVBl. 2003, 1355 (1356).

⁵⁵ Vgl. Duden, Bedeutungswörterbuch, Stichwort „Regulierung“.

⁵⁶ So auch Ruffert, Begriff, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 7 Rn. 4.

⁵⁷ Für eine ausführliche Typisierung staatlicher Regelungen siehe Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 11 ff.

⁵⁸ Ein derart weites Verständnis legt die Deregulierungskommission ihrem Bericht zugrunde. Demnach ist unter Regulierung „jede staatliche oder staatlich sanktionierte Beschränkung der Handlungsmöglichkeit oder der Verfügungsmöglichkeiten des Menschen“ zu verstehen, Deregulierungskommission, Markttöffnung und Wettbewerb, 1991, Ziffer 2.

2. Historische Auslegung

Als gesetzlicher Rechtsbegriff ist „Regulierung“ zum ersten Mal im inzwischen außerkraftgetretenen Telekommunikationsgesetz von 1996 verwendet worden.⁵⁹ Hier findet sich die – soweit ersichtlich – erste Legaldefinition im deutschen Recht. Der Begriff „Regulierung“ wurde zwar vom Gesetzgeber später auch in anderen Gesetzen verwandt⁶⁰, eine gesetzliche Definition des Begriffs erfolgte jedoch nicht mehr. Selbst im Telekommunikationsgesetz ist die gesetzliche Definition im Zuge der Gesetzesnovelle im Jahre 2004 entfallen.⁶¹ § 3 Nr. 13 TKG-1996 hingegen definierte „Regulierung“ noch als „die Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt werden, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden“.⁶² Die Definition des TKG-1996 umfasste also alle staatlichen Maßnahmen, die darauf gerichtet waren, die Ziele des TKG-1996 zu erreichen und die auf das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen einwirken.⁶³ „Regulierung“ i.S.d. TKG-1996 ist damit die Steuerung von Telekommunikationsunternehmen durch hoheitliche Ge- und Verbote – abstrakt-generell oder konkret-individuell –, durch die die Ziele des Telekommunikationsgesetzes verfolgt werden.⁶⁴ Die Definition des TKG-1996 unterscheidet sich insoweit nicht wesentlich vom Ergebnis der wörtlichen Auslegung: „Regulierung“ meint die staatliche Regelung von Sachverhalten zur Erreichung bestimmter zuvor im TKG-1996 definierter Ziele.

⁵⁹ Telekommunikationsgesetz v. 25.7.1996, BGBl. I, S. 1120. Zuvor war der Begriff bereits in § 1 des Gesetzes über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens – PTKRegG – enthalten, das als Art. 7 des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz – PTNeuOG) v. 14.9.1994, BGBl. I, S. 2325, Teil der Postreform II war. Siehe dazu unten Teil 3 C III. 2. Ausführlich zum PTKRegG *Gramlich*, NJW 1994, 2785 (2792 f.).

⁶⁰ Z.B. § 2 PostG „Die Regulierung ist eine hoheitliche Aufgabe des Bundes“.

⁶¹ Telekommunikationsgesetz v. 22.6.2004, BGBl. I, S. 1190.

⁶² § 2 Abs. 2 TKG-1996 definierte als Ziele der Regulierung: 1. die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation und des Funkwesens sowie die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses; 2. die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation; 3. die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen; 4. die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen; 5. die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks; 6. die Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit.

⁶³ § 3 Nr. 13 TKG-1996.

⁶⁴ Ausführlich die Nachweise bei *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 2 Rn. 2 f.; *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 1 Rn. 32; siehe auch *Arndt/Fetzer*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 286. Vgl. auch die Nachweise oben Fußnote 42.

Diese Definition ist nur insofern enger, als nicht mehr alle staatlichen Regelungen, sondern nur noch solche auf bestimmten Märkten – vorliegend dem Telekommunikationsmarkt – erfasst werden. Dies ist angesichts des Regelungszusammenhangs des § 3 Nr. 13 TKG-1996 selbstverständlich, hilft jedoch bei einer Definition des Begriffs der Regulierung nicht weiter.

Angesichts der Weite auch dieser Definition verwundert es nicht, dass der Begriff der „Regulierung“ insbesondere in der juristischen Literatur in den vergangenen Jahren einen schwunghaften Bedeutungszuwachs erfahren hat. Die Anzahl der Abhandlungen und damit zugleich die der vertretenen Auffassungen zu Bedeutung und Inhalt des Regulierungsbegriffs ist nahezu unüberschaubar.⁶⁵ Diskutiert wird insbesondere, ob sich eine neue Kategorie des Regulierungsrechts⁶⁶, des Regulierungsverwaltungsrechts⁶⁷, des Selbstregulierungsrechts⁶⁸ herausgebildet hat oder ob es sich bei Regulierung nur um eine besondere Erscheinungsform des klassischen Wirtschaftsverwaltungsrechts handelt.⁶⁹ Trotz aller dogmatischen Definitionsversuche beschreibt aber Regulierung nach wie vor kein klar definiertes juristisches Konzept.⁷⁰ Man kann sie noch nicht einmal eindeutig einem bestimmten Rechtsgebiet zuordnen⁷¹; sie gehört weit überwiegend dem Öffentlichen Recht an – etwa wenn Entgelte für bestimmte Leistungen einer staatlichen Genehmigungspflicht unterworfen

⁶⁵ *Attendorp*, DÖV 2008, 715; *Baur*, ZNER 2004, 318; *Berringer*, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht; *Bullinger*, DVBl. 2003, 1355; *Burgi*, NJW 2006, 2349; *von Danwitz*, DÖV 2004, 977; *Knauff*, VerwArch 2007, 382 (383); *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung der Netzwirtschaften; *Masing*, AöR 128 (2003), 558; *Masing*, Die Verwaltung 36 (2003), 1; *Möschel*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Regulierung und Deregulierung. Versuch einer theoretischen Grundlegung, S. 277 ff.; *Röhl*, JZ 2006, 831; *Ruffert*, Begriff, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 7; *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237; *Säcker*, AöR 130 (2005), 180; *Säcker*, ZNER 2004, 98; *Schebstadt*, WuW 2005, 6; *Schorkopf*, JZ 2008, 20; *Storr*, DVBl. 2006, 1017; *Stober*, in: Pitschas/Uhle, Festschrift für Rupert Scholz, S. 943; *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (304 ff.).

⁶⁶ *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 11 ff.

⁶⁷ *Masing*, Die Verwaltung 36 (2003), 1 (4 ff.); *Wieland*, Die Verwaltung 28 (1995), 315 (332 ff.); *Trute*, DVBl. 1996, 950 (954); *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, S. 35 ff. „Wirtschaftsregulierungsrecht“.

⁶⁸ *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (241 f.); *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 (242).

⁶⁹ *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 2 Rn. 39; *Arndt/Fetzer*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 693 (705 ff.).

⁷⁰ *Basedow*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, S. 3 (4); *Schmidt-Preuß*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Festschrift für Reiner Schmidt, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, S. 547.

⁷¹ *Basedow*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, S. 3 (4); *Säcker*, AöR 130 (2005), 180.

werden –,⁷² enthält jedoch auch zentrale zivilrechtliche Konzepte, etwa wenn sie vertragliche Beziehungen zwischen Privatrechtssubjekten betrifft und ausgestaltet.⁷³

3. Normativer Regulierungsbegriff

Da es ein klar definiertes juristisches Konzept von „Regulierung“ nicht gibt, soll für die vorliegende Untersuchung auf ein in der Volkswirtschaftslehre etabliertes Begriffsverständnis zurückgegriffen werden.⁷⁴ Während ein gefestigter Rechtsbegriff nämlich nicht besteht, stammt der Begriff „Regulierung“ ursprünglich aus der Volkswirtschaftslehre – die mit der Regulierungstheorie sogar eine eigenständige Disziplin besitzt, die sich ausschließlich mit staatlicher Regulierung beschäftigt – und beschreibt dort durchaus ein klares Konzept.⁷⁵ Demnach wird hier unter „Regulierung“ der staatliche Eingriff in Marktprozesse verstanden, mit dem Marktversagen verhindert oder Zielkonflikte aufgelöst werden sollen.⁷⁶ „Regulierung“ meint also den finalen staatlichen Eingriff in einen Markt, mit dem Zweck einen funktionsfähigen Wettbewerb als Institution zu schützen oder aber die Erreichung von Zielen sicherzustellen, die im Wettbewerb nicht zwangsläufig erreicht würden.⁷⁷ Dieses regulierungsökonomisch fundierte Begriffsverständnis soll als Grundlage für die vorliegende Untersuchung Verwendung finden, weil es sich um ein klares Konzept handelt, das zum einen hinreichend begrenzend wirkt, da es nur solche staatlichen Regelungen erfasst, die entweder dem Schutz des Wettbewerbs oder eines höherwertigen Ziels, das sich nicht im Wettbewerb erreichen lässt, dienen. „Regulierung“

⁷² Fetzner, in: Arndt/Fetzner/Scherer, TKG, § 1 Rn. 21.

⁷³ Basedow, Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen, IRP Nr. 14, S. 1 (4); Ehlers, Die Verwaltung 20 (1987), 373 (378 ff.); Schuppert, VerwArch 71 (1980), 309 ff.; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (309 f.); von Danwitz, AöR 120 (1995), 595. Ausführlich Säcker, AöR 130 (2005), 180.

⁷⁴ Kritisch zur Rezeption von Konzepten der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften Wiedekind, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Innovation und rechtliche Regulierung, S. 134 (136 ff.).

⁷⁵ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 72 f.; Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, S. 309 f.; Viscusi/Harrington/Vernon, Economics of Regulation and Antitrust, S. 5. Vgl. auch Höffler, Regulierung von Netzindustrien aus ökonomischer Sicht, in: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, S. 3 ff.; Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 6; Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 79 ff.; Spulber, Regulation and Markets, S. 132 ff.

⁷⁶ Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 72 f.; Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, S. 309; Viscusi/Harrington/Vernon, Economics of Regulation and Antitrust, S. 5. Vgl. auch Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 79 ff.

⁷⁷ Siehe ausführlich zu den Grundlagen dieser normative Regulierungstheorie, insbesondere auch zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Marktversagen droht, das einen staatlichen Eingriff zum Schutz des Wettbewerbs erforderlich machen kann, Teil 2.

meint also nicht jegliche Form der staatlichen Regelung. Das volkswirtschaftliche Regulierungsverständnis ist zugleich aber auch ausreichend offen, um verschiedene Erscheinungsformen von staatlicher Regulierung zu erfassen. Regulierung kann also durch alle Staatsgewalten – vorrangig freilich durch die Legislative und die Exekutive – und durch verschiedene Handlungsformen erfolgen.

Unter „Regulierung“ wird im Rahmen dieser Arbeit daher der finale Eingriff des Staates in den Wettbewerb auf einem Markt verstanden, der entweder dem Schutz des Wettbewerbs vor einem Marktversagen oder der Erreichung eines sonstigen höherrangigen Ziels dient.⁷⁸

Ein staatlicher Eingriff in den Wettbewerb kann dabei verschiedene Erscheinungsformen annehmen. Er kann zum einen bereits den Zutritt von Akteuren zu einem Markt und damit zum Wettbewerb betreffen. Solche Marktzutrittsbeschränkungen regeln also, wer unter welchen Voraussetzungen am Wettbewerb auf einem Markt teilnehmen darf. Beispiele hierfür sind auf einer Stufe niedriger regulatorischer Intensität Anzeigepflichten, die den Zutritt zu einem Markt von einer vorherigen Anzeige gegenüber dem Staat abhängig machen. Intensiver in den Markt greifen dagegen Genehmigungspflichten ein, bei denen für den Zutritt zu einem Markt eine staatliche Genehmigung erforderlich ist. Die intensivste Stufe einer Marktzutrittsregulierung ist die Monopolisierung eines Marktes, da hierdurch der Zutritt zu einem Markt völlig verschlossen wird, so dass Wettbewerb auf dem Markt denklogisch ausgeschlossen ist.

Ein staatlicher Eingriff in den Markt kann zum anderen aber auch das unternehmerische Verhalten von Unternehmen betreffen, die sich bereits in einem Markt befinden. Es wird also nicht der Marktzutritt reguliert, sondern das Marktverhalten. Diese daher auch als Marktverhaltensregulierung bezeichnete Form staatlicher Intervention in einen Markt kann vielfältige Formen annehmen. Eine wichtige Form der Marktverhaltensregulierung stellen beispielsweise staatliche Preisfestlegungen oder solche Maßnahmen dar, die dem Inhaber einer Einrichtung die Verpflichtung auferlegen, diese Einrichtung auch Dritten gegen ein Entgelt zur Verfügung zu stellen, das einer staatlichen Genehmigungspflicht unterliegt.

Der Staat kann schließlich auch regulierend in die Struktur von Unternehmen eingreifen und ihnen eine bestimmte Organisation vorgeben. Bei den strukturellen Regulierungsmaßnahmen handelt es sich um die intensivste Form von Regulierung, für die es in Form der Vorschriften zur eigentumsrechtlichen Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen sowie zur funktionellen

⁷⁸ Insofern ist etwa das Begriffsverständnis von *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 35 ff., enger, der sich auf Regulierung zur Vermeidung von Marktversagen konzentriert und die Frage externer Ziele als rein rechtliche Frage der Gewährleistungsverantwortung behandelt, S. 598 ff.

Trennung im Telekommunikationssektor aktuelle und zugleich kontrovers diskutierte Beispiele gibt.⁷⁹

4. Regulierung und Deregulierung

Ausgehend vom Grundverständnis des Wettbewerbs als Normalfall und der staatlichen Regulierung als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme ist es das Ziel dieser Arbeit herauszuarbeiten, in welchem Umfang die staatliche Regulierung eines Marktes gerechtfertigt ist, und dort, wo eine solche Rechtfertigung nicht (mehr) gegeben ist, Wege und Möglichkeiten zur Deregulierung aufzuzeigen. Der Begriff der „Deregulierung“ bedeutet dabei die Rückführung staatlicher Regulierung auf einem Markt zugunsten von mehr Wettbewerb.⁸⁰ Aus diesem Begriffsverständnis folgt, dass die regelmäßig festzustellende quantitative Zunahme der gesetzlichen Regelungen, die eine Deregulierung von Märkten begleitet, keinesfalls das Paradoxon ist, das es zunächst zu sein scheint. Unter Zugrundelegung eines wettbewerbstheoretisch fundierten Regulierungsbegriffs bedeutet die Deregulierung eines Marktes die qualitative Rückführung von staatlicher Regelung zugunsten stärkeren Wettbewerbs auf dem Markt und damit zugunsten einer größeren wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit des Individuums.⁸¹ So stellt beispielsweise die Aufhebung eines Monopolrechts einen Akt erheblicher Deregulierung in diesem Sinne dar. Damit wird allerdings noch keine Aussage über die Quantität staatlicher Regulierung, die mit einem solchen deregulatorischen Akt einhergeht, getroffen. Denn – um in dem Beispiel zu bleiben – die Aufhebung eines Monopolrechts allein ermöglicht den Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt zwar aus rechtlicher Sicht, aus tatsächlicher Sicht genügt dies jedoch für das Entstehen von Wettbewerb regelmäßig nicht.⁸² Vielmehr bedürfen derart liberalisierte Märkte staatlicher (Spiel-) Regelungen, die die tatsächliche Entstehung von Wettbewerb überhaupt erst ermöglichen.⁸³ Die Rücknahme der staatlichen Regelung eines Marktes zugunsten von Wettbewerb und die damit einhergehende Zunahme staatlicher Regelungen sind damit kein Widerspruch.⁸⁴

⁷⁹ Zur funktionellen Trennung oben Fußnote 29. Zur Entflechtung im Telekommunikationssektor *Möllinger*, Eigentumsrechtliche Entflechtung der Übertragungsnetze.

⁸⁰ Ebenso wie der Begriff der „Regulierung“ ist auch der Begriff der „Deregulierung“ kein feststehender Begriff der Rechtswissenschaften. Vgl. zu verschiedenen Konzepten von Deregulierung *Blersch*, Deregulierung und Wettbewerbsstrategie, S. 18; *von Weizsäcker*, Zeitschrift für Post und Telekommunikation 1988, 4; *Peine*, DÖV 1997, 353 (355); *Wallerath*, JZ 2001, 209 (217).

⁸¹ *Möschel*, JZ 1988, 885 (888).

⁸² Zur Notwendigkeit der Regulierung ausführlich *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2000/2001, „Netzettbewerb durch Regulierung“.

⁸³ Dazu *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288.

⁸⁴ Vgl. *Basedow*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga,

Vielfach ist ein „Mehr“ an Einzelregelungen zum Schutz des Wettbewerbs erforderlich, um dadurch ein „Weniger“ an staatlicher Regelung im Sinne einer verminderten Beschränkung des Wettbewerbs zu erreichen.

5. Regulierungsrecht als Liberalisierungsfolgenrecht

Regulierungsrecht, das die Liberalisierung eines Marktes begleitet, ist ausgehend hiervon im Gegensatz zu einer in der juristischen Literatur weit verbreiteten Auffassung auch nicht primär Privatisierungsfolgenrecht.⁸⁵ Die Bezeichnung „Privatisierungsfolgenrecht“ geht deshalb fehl, weil die besondere Behandlung bestimmter Sektoren nicht ausschließliche Folge der Privatisierung ehemaliger Staatsunternehmen ist, sondern vorrangig daraus resultiert, dass diese Sektoren aufgrund ihrer monopolistischen Tradition bestimmte ökonomische und technische Besonderheiten aufweisen, die jedenfalls vorübergehend ein besonderes staatliches Regelungsregime erforderlich machen.⁸⁶ Sie ist nur insoweit Folge der Privatisierung ehemaliger Staatsunternehmen, als sie das Ziel verfolgt, die flächendeckende Versorgung mit bestimmten Leistungen auch im Wettbewerb sicherzustellen, nicht aber soweit sie dazu dient, diesen Wettbewerb zu ermöglichen.

Dass es sich bei der sektorspezifischen Regulierung nicht primär um Privatisierungsfolgenrecht handelt, zeigt sich auch daran, dass die Regulierung dieser Sektoren sowohl in Staaten, die hierfür zunächst ein staatliches Monopol errichtet hatten, als auch in Staaten, in denen die Leistungserbringung privaten Unternehmen vorbehalten war, vor vergleichbaren Problemen steht. Ein Musterbeispiel hierfür ist die Regulierung des Telekommunikationssektors im Nachgang zur Aufspaltung des ehemaligen Monopolisten AT&T in den USA einerseits und die Regulierung dieses Sektors in Deutschland andererseits. Der Regulierung des Sektors kommt in beiden Fällen die Aufgabe zu, Wettbewerb in einem liberalisierten Markt zu schaffen, der von einem ehemaligen Monopolisten dominiert wird. Dass es sich im einen Fall um einen privaten Monopolisten handelt und im anderen Fall um den privatisierten Nachfolger eines Staatsmonopolisten, macht dabei keinerlei Unterschied.

Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, S. 3 (15); Möschel, JZ 1988, 885 (888); Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 31 ff.; Schmidt-Preuß, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Festschrift für Reiner Schmidt, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, S. 547 (551).

⁸⁵ So insbesondere Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (279); Burgi, Ziele und Grenzen staatlichen Handelns, in: HStR IV³, § 75 Rn. 28 ff.; Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D zum 67. DJT, D 94 ff.; Burgi, NVwZ 2001, 601; Kämmerer, Privatisierung, S. 426 ff.; Säcker, ZNER 2004, 98; Stober, NJW 2008, 2301 (2309); Zippe/Zippe/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, S. 362.

⁸⁶ Teilweise wird hierin sogar eine Daueraufgabe gesehen. So etwa auch von der Vizepräsidentin der Bundesnetzagentur Henseler-Unger, in: Voßkuhle, Entbürokratisierung und Regulierung, S. 66 (72). So wohl auch Säcker, ZNER 2004, 88.

Regulierungsrecht ist daher primär Liberalisierungsfolgenrecht, das Wettbewerb fördern und sicherstellen soll und bestimmte wettbewerbsfremde Ziele verfolgen kann.

II. Verhältnis spezifische Regulierung – Kartellrecht

Vorliegend wird nur die besondere Regulierung solcher Märkte untersucht, die traditionell einem Monopolunternehmen vorbehalten waren und die liberalisiert worden sind. Es handelt sich also um die spezifische Regulierung von Märkten, deren Ausgangspunkt ein Maximum an staatlicher Regulierung und ein Minimum an Wettbewerb war und für die eine Beschränkung der Regulierung und eine Maximierung von Wettbewerb angestrebt wird.

Im Zentrum der vorliegenden Arbeit steht also nicht der allgemeine Schutz des Wettbewerbs durch das Kartellrecht.⁸⁷ Es gilt für jeden Bereich wirtschaftlichen Handelns ohne Ansehung des Gegenstands der wirtschaftlichen Tätigkeit.⁸⁸ Das Kartellrecht findet insbesondere unabhängig davon Anwendung, ob ein bestimmter Markt schon immer für den Wettbewerb geöffnet war oder ob er einmal einem Monopolunternehmen vorbehalten war, das im Zusammenhang mit der Liberalisierung des Marktes privatisiert wurde.⁸⁹

⁸⁷ Während auf europäischer Ebene das Rechtsgebiet, das den allgemeinen Schutz des Wettbewerbs zum Gegenstand hat, als Wettbewerbsrecht („Competition Law“) bezeichnet wird und die Vorschriften des AEUV über Kartelle, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 101 ff. AEUV) sowie Beihilfen (Art. 107 ff. AEUV) umfasst, ist in Deutschland der Begriff „Wettbewerbsrecht“ traditionell weiter und umfasst neben dem Kartellrecht auch noch das Lauterkeitsrecht. Auch im US-amerikanischen Recht hat sich der Begriff des „Competition Law“ nicht durchgesetzt. Mit dem Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen beschäftigt sich hier das „Antitrust Law“. Sowohl der Begriff „Kartellrecht“ als auch „Antitrust Law“ sind dabei eigentlich zu eng: Es geht im europäischen wie auch im nationalen Wettbewerbsrecht nicht nur um den Umgang mit Kartellen bzw. Trusts, sondern allgemein um den Schutz des Wettbewerbs als Institution vor Beschränkungen. Kartelle und Trusts stellen sowohl im deutschen als auch im amerikanischen Recht nur einen Ausschnitt der Rechtsmaterie dar. Obwohl sich aber auf europäischer Ebene der Begriff „Wettbewerbsrecht“ durchgesetzt hat, soll in der Folge der Begriff „Kartellrecht“ verwendet werden. Dies ist dem Bestreben geschuldet, begriffliche Verwirrung zu vermeiden, die angesichts der abweichenden Verwendung des Begriffs Wettbewerbsrecht im deutschen und im europäischen Recht droht.

⁸⁸ Vgl. dazu *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2 GWB, § 1 Rn. 114.

⁸⁹ Zum Verhältnis zwischen Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung der Telekommunikation *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 2 Rn. 16 m.w.N.; *Wagemann*, Zum Verhältnis von Regulierungs- und Kartellrecht, in: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, S. 53 ff.; für das Verhältnis in den USA *Carlton/Picker*, Regulation and Antitrust, Law & Economics Working Papers, University of Chicago Law School, abrufbar unter http://ssrn.com/abstract_id=937020/; *Haus*, N&R 2004, 143; *Weiser*, 50 Antitrust Bulletin 1.

Geht es somit zwar primär um eine Untersuchung der spezifischen Regulierung einzelner Märkte, so kann das allgemeine Kartellrecht keinesfalls unberücksichtigt bleiben. Denn: Die spezifische Regulierung einzelner Sektoren ist in ihrer wettbewerblichen Zielsetzung eng mit dem Kartellrecht verwandt. Während Regulierung primär das Entstehen von Wettbewerb in einem zuvor dem Wettbewerb entzogenen Markt zum Ziel hat, verfolgt das Kartellrecht vorrangig den Schutz bereits bestehenden Wettbewerbs vor Beschränkungen.⁹⁰ Kartellrecht und Regulierungsrecht schützen den Wettbewerb also in verschiedenen Stadien: das Regulierungsrecht das Entstehen von neuem Wettbewerb, das Kartellrecht bestehenden Wettbewerb.⁹¹ Dieses temporale Verhältnis von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Kartellrecht wird am europäischen Rechtsrahmen zum Telekommunikationsrecht besonders deutlich, der explizit das Ziel eines Übergangs von der spezifischen Regulierung hin zu einer Anwendung des allgemeinen europäischen Wettbewerbsrechts auf den Telekommunikationssektor verfolgt.⁹²

Die Verwandtschaft von Kartellrecht und Regulierungsrecht zeigt sich nicht nur in der Nähe der Ziele, sondern ist auch am jeweiligen Instrumentarium, mit dessen Hilfe diese Ziele erreicht werden sollen, offensichtlich. Ein markantes Beispiel hierfür sind die Regelungen über den Zugang von Wettbewerbern zur Infrastruktur eines marktbeherrschenden Unternehmens.⁹³ Sowohl die sektorspezifischen Fachgesetze als auch das Kartellrecht sehen unter bestimmten Voraussetzungen eine Verpflichtung für marktbeherrschende Unternehmen vor, ihren Wettbewerbern Zugang zu bestimmten Einrichtungen zu gewähren.⁹⁴ Im nationalen Kartellrecht hat dieses Instrument unter dem Stichwort „Essential Facility Doctrine“ in § 19 Abs. 4 GWB inzwischen sogar eine gesetzliche Regelung erfahren, und auch im europäischen Wettbewerbsrecht ist anerkannt, dass

⁹⁰ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2 GWB, § 1 Rn. 114; BVerwGE 114, 160 (180).

⁹¹ Zur Aufgabe der Wettbewerbsförderung im Regulierungsrecht Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 1 Rn. 25.

⁹² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG 2002, Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 33. Erwägungsgründe 1 und 27. Für das deutsche Regulierungsrecht siehe *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2006/2007 v. 9.7.2008, „Weniger Staat, mehr Wettbewerb“, Tz. 75. Möschel, MMR 2007, 547; a.A. Säcker, in: Berliner Kommentar zum TKG, Einl. I Rn. 15; Säcker, ZNER 2004, 98 (100).

Für die amerikanischen Bestrebungen zur Überführung der sektorspezifischen Regulierung in das Kartellrecht *Shelanski*, From Sector-Specific Regulation to Antitrust Law for U.S. Telecommunications: The Prospect for Transition, UC Berkeley School of Law Working Papers, abrufbar unter <http://papers.ssrn.com/abstract=300600/>. Zweifelnd am Übergangscharakter insoweit Masing, Post und Telekommunikation, in: HStR IV3, § 90 Rn. 49.

⁹³ Kühne, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, Festschrift für Ulrich Immenga, Das Verhältnis zwischen allgemeinem und sektorspezifischen (Sonder-) Kartellrecht beim Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, S. 243.

⁹⁴ Dazu unten Teil 5 C III. 3.

auf Grundlage von Art. 102 AEUV für marktbeherrschende Unternehmen eine Pflicht zur Gewährung von Zugang zu bestimmten Einrichtungen an Konkurrenten bestehen kann.⁹⁵ Bei der sektorspezifischen Infrastrukturregulierung lässt sich sogar sagen, dass die Regulierung des Zugangs von Wettbewerbern zu Einrichtungen eines marktbeherrschenden Unternehmens gemeinsam mit der Regulierung der diesbezüglichen Entgelte das zentrale Regulierungsinstrument ist.⁹⁶

Die enge Verbindung von Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung im Hinblick auf das Schutzgut, aber auch das hierbei eingesetzte rechtliche Instrumentarium lässt es unvermeidlich werden, dass jedenfalls punktuell auch ein Blick auf kartellrechtliche Aspekte geworfen wird.

III. Sektorspezifische Regulierung

1. Der Telekommunikationssektor als Referenzgebiet

Referenzgebiet der Untersuchung ist der Telekommunikationssektor. Unter Telekommunikation ist dabei die unkörperliche Übermittlung von Informationen mit Hilfe technischer Übertragungseinrichtungen zu verstehen.⁹⁷ Telekommunikation betrifft nur die technische Seite eines Übertragungsvorgangs, nicht hingegen die übertragenen Inhalte. Unter den Begriff der Telekommunikation fallen also beispielsweise Telegraphie, Sprachtelefonie und der Zugang zum Internet.

Der Telekommunikationsmarkt erfüllt die Voraussetzungen eines Marktes, der zunächst von einem inzwischen privatisierten Monopolisten dominiert wurde, nunmehr aber liberalisiert ist, nahezu idealtypisch. Für ihn soll daher herausgearbeitet werden, welche Form von Regulierung zukünftig erforderlich ist, um einerseits eine möglichst positive Entfaltung der Wettbewerbskräfte sicherzustellen und gleichzeitig das für diesen Sektor ausdrücklich in Art. 87f GG mit Verfassungsrang versehene Ziel einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Versorgung mit Telekommunikation zu gewährleisten.

Der Telekommunikationssektor wurde aus zwei Gründen als Referenzgebiet gewählt: Zum einen ist die zukünftige Entwicklung dieses dynamischen Sektors zentral für die wirtschaftliche Entwicklung Europas⁹⁸ sowie der Wis-

⁹⁵ Dazu unten Teil 6 D IV. 1.

⁹⁶ *Groebel/Seifert*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum TKG, § 30 Rn. 2.

⁹⁷ Vgl. insofern die Legaldefinition in § 3 Nr. 16 TKG. Nach allgemeiner Ansicht entspricht der Begriff der Telekommunikation im Telekommunikationsgesetz inhaltlich dem verfassungsrechtlichen Begriff der Telekommunikation in Art. 87f GG sowie Art. 73 Nr. 7 GG. Vgl. statt aller *Masing*, Post und Telekommunikation, in: HStR IV³, § 90 Rn. 23 ff.

⁹⁸ Vgl. Mitteilung der *Europäischen Kommission*, Eine Digitale Agenda für Europa v. 26.8.2010, KOM(2010) 245 endg./2.

sengesellschaft in Deutschland⁹⁹, so dass seine Regulierung erhebliche Auswirkungen über den Sektor hinaus haben wird. Zum anderen ist die spezifische Regulierung des Telekommunikationssektors bereits weiter vorangeschritten als dies in anderen Sektoren – etwa dem Energie- oder Bahnsektor – der Fall ist. Dies ermöglicht es bei der Entwicklung eines Regulierungskonzepts, auch auf zahlreiche (positive wie negative) Erfahrungswerte zurückzugreifen.

2. Relevanz für andere Sektoren – insbesondere Energie und Bahn

Die im Telekommunikationssektor gefundenen Ergebnisse sollen aber zugleich als Grundlage für einen Blick auf staatliche Eingriffe in andere Märkte und insbesondere die zukünftige Entwicklung der Regulierung der leitungsgebundenen Energieversorgung und der Bahnregulierung dienen. Ein solcher Ausblick ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, weil sich nur so beurteilen lässt, inwieweit Bestrebungen nach einem einheitlichen regulierungsrechtlichen Rahmen für Netzwerkindustrien tatsächlich sinnvoll sind.¹⁰⁰ Auf den ersten Blick entwickelt eine solche Forderung aus mehreren Gründen durchaus eine gewisse Plausibilität:

Erstens besitzen alle genannten Sektoren denselben Ausgangspunkt: den hoheitlicher Monopolunternehmen, wobei die leitungsgebundene Energieversorgung und die Bahn im Vergleich zum Telekommunikationssektor noch einen längeren Weg von der Regulierung hin zum Wettbewerb vor sich haben.

Zweitens sind alle drei Sektoren in hohem Maße von einer physischen Infrastruktur abhängig. Mit dem Begriff der „Infrastruktur“ werden dabei auf einer abstrakten Ebene alle Einrichtungen umschrieben, die Voraussetzung einer funktionierenden Volkswirtschaft eines Landes sind.¹⁰¹ Konkret umfasst der Begriff die sozialen Einrichtungen einer Volkswirtschaft einerseits (soziale Infrastruktur) und solche Einrichtungen andererseits, die vorwiegend ökonomischen Zwecken dienen (ökonomische Infrastruktur).¹⁰² Dem sozialen Bereich sind dabei die Felder Gesundheit (z.B. Krankenhäuser), Bildung (z.B. Schulen und Hochschulen) und Kultur (z.B. Museen, Theater) zuzurechnen. Zur ökonomischen Infrastruktur zählen die Bereiche Transport (z.B. Straßen, Häfen, Flughäfen und Schienennetze), Versorgung (z.B. Wasser- und Abwassernetze, Abfall aber auch Energieversorgungsnetze) und Kommunikation (Post, Telefonfestnetze, Mobilfunknetze, Satellitennetze und Kabelnetze).¹⁰³ Telekommu-

⁹⁹ Vgl. *Pohler/Beckert/Schefczyk*, Technologische und ökonomische Langfristperspektiven der Telekommunikation, S. 208 ff.

¹⁰⁰ So insbesondere *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Verhandlungen des 66. DJT, Gutachten D; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2308 f.).

¹⁰¹ *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, S. 747. Ausführlich zum Begriff der Infrastruktur siehe *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 243 ff.

¹⁰² *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, S. 747.

¹⁰³ Zur Verkehrsinfrastruktur *Witte/Voigt*, Die Bewertung von Infrastrukturinvestitionen, S. 13.

nikation, Energie und Bahn ist damit gemeinsam, dass sie wesentliche Bestandteile der ökonomischen Infrastruktur darstellen, wobei zudem alle Sektoren so genannte Netzwerkindustrien sind: Die wesentlichen Infrastruktureinrichtungen der drei Sektoren sind physische Netzwerke – im Telekommunikationssektor die Telekommunikationsnetze, im Energiesektor die Energieversorgungsnetze und im Bahnsektor das Schienennetz.

Die überragende Bedeutung der ökonomischen Infrastruktur für die Volkswirtschaft eines Landes hat auch in der Rechtswissenschaft Anerkennung gefunden, bis hin zu der ursprünglich insbesondere von Adam Smith¹⁰⁴ und John Stuart Mill¹⁰⁵ vertretenen und später von Georg Hermes aufgegriffenen Auffassung, dem Staat komme insoweit die Aufgabe zu, den Aufbau und den Bestand dieser Infrastruktur zu gewährleisten.¹⁰⁶

Telekommunikation, Energie und Bahn sind also elementare Infrastrukturen einer Volkswirtschaft, die allesamt auf physischen Infrastrukturnetzen basieren. Ziel dieser Arbeit ist es daher zwar vorrangig, Strategien für die Regulierung des Telekommunikationssektors aufzuzeigen, bei denen einerseits die Vorteile des Wettbewerbs ausgeschöpft werden und andererseits die Vorgaben einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Versorgung erfüllt werden können. Es soll jedoch auch der Frage nachgegangen werden, welche Schlussfolgerungen sich hieraus für den regulatorischen Umgang mit anderen Märkten, insbesondere denen für die leitungsgebundene Energieversorgung und die Bahn, ziehen lassen.

C Juristisch-ökonomischer Untersuchungsansatz

Die Antipoden Regulierung und Wettbewerb sind Untersuchungsgegenstand sowohl der Rechtswissenschaft¹⁰⁷ als auch der Wirtschaftswissenschaften¹⁰⁸, wobei sich in der letztgenannten Disziplin insbesondere die Wettbewerbstheo-

¹⁰⁴ „The third and last duty of the sovereign or commonwealth is that of erecting and maintaining those public institutions and those public works, which, though they may be in the highest degree advantageous to a great society, are, however, of such a nature that the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals, and which it therefore cannot be expected that any individual or small number of individuals should erect or maintain. After the public institutions and public works necessary for the defence of the society, and for the administration of justice, both of which have already been mentioned, the other works and institutions of this kind are chiefly those for facilitating the commerce of the society, and those for promoting the instruction of the people.“ *Smith*, *The Wealth of Nations*, Book V Chapter 1 Part III.

¹⁰⁵ *Mill*, *Principles of Political Economy*, in: *The Collected Works of John Stuart Mill*, Volume 3, S. 968.

¹⁰⁶ *Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, S. 389.

¹⁰⁷ *Möschel*, *JZ* 1988, 885.

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, S. 72.

rie und die Regulierungstheorie, in denen der Begriff der „Regulierung“ auch seine Ursprünge findet, ausführlich damit beschäftigen. Insofern sollte es eigentlich eine wissenschaftliche Selbstverständlichkeit sein, auf die Erkenntnisse der jeweils anderen Disziplin zurückzugreifen; läuft doch eine isoliert juristische Untersuchung ebenso wie eine isoliert ökonomische Untersuchung von Regulierung zwangsläufig Gefahr, unvollständig und damit wertlos zu bleiben.¹⁰⁹ Zudem können insbesondere empirische Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften wertvolle Anregungen bei der Überprüfung von Regulierungskonzepten geben.¹¹⁰ Gleichwohl gibt es bisher nur vereinzelt Untersuchungen der Thematik, die sowohl juristische als auch ökonomische Aspekte berücksichtigen.¹¹¹

Dies ist möglicherweise einer gewissen kartellrechtlichen Tradition in Deutschland und auch auf europäischer Ebene geschuldet, wo ökonomische Aspekte über einen langen Zeitraum keine ausschlaggebende Rolle spielten.¹¹² Erst Ende des 20. Jahrhunderts setzte sich im Kartellrecht die Auffassung durch, die nicht ausreichende Berücksichtigung ökonomischer Aspekte bei der Beurteilung kartellrechtlicher Fragestellungen berge die Gefahr der Intervention in Märkte mit den Mitteln des Kartellrechts in sich, die jedenfalls mittel- und langfristig mehr Schaden denn Nutzen stifte.¹¹³ Gleichwohl ist die Bedeutung ökonomischer Argumente in kartellrechtlichen Entscheidungen noch bei weitem nicht abschließend geklärt, wie sich an der fortdauernden Diskussion um den von der Europäischen Kommission angestoßenen so genannten „more economic approach“ zu Art. 102 AEUV gezeigt hat.¹¹⁴

Bei der sektorspezifischen Regulierung von Märkten hat sich in der Praxis nachhaltig gezeigt, welch erhebliche Schäden eine ökonomisch nicht fundierte bzw. fehlerhafte Regulierung anrichten kann. Eindrucksvolle Beispiele hierfür

¹⁰⁹ Cooter, 84 Columbia Law Review 1523; Posner, Economic Analysis of Law, S. 3; Parisi, 18 European Journal of Law and Economics 259 (270).

¹¹⁰ Posner, Economic Analysis of Law, S. 24; Parisi, 18 European Journal of Law and Economics 259 (264).

¹¹¹ Etwa Baake/Haucap/Kühling/Loetz/Wey, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten; Holznagel/Vogelsang, Weiterentwicklung der TK-Regulierung im Lichte neuer Herausforderungen und ökonomischer Erkenntnis; Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, *passim*.

¹¹² Van den Bergh/Camesasca, European Competition Law and Economics, S. 55.

¹¹³ Furse, Competition Law of the EC and the UK, 6th edition, S. 7; Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2 GWB, Einleitung Rn. 92 ff.

¹¹⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, abrufbar <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>; dazu Gual/Hellwig/Perot/Polo/Rey/Schmidt/Stenbacka, An Economic Approach to Article 82 – Report by the European Advisory Group on Competition Policy, abrufbar unter <http://epub.ub.uni-muenchen.de/>; Behrens, Abschied vom *more economic approach*? in: Bechthold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, S. 115 ff.; Dreher, WuW 2008, 23 ff.; Hildebrand, WuW 2005, 513; Schmidtchen, WuW 2006, 6; Kroes, 29 Fordham International Law Review (2006) 593; Nietsche, WuW 2004, 250; Wirtz/Möller, WuW 2006, 226.

sind die bereits angesprochene britische Schienennetzregulierung und die Energieregulierung in Kalifornien.¹¹⁵ Aus heutiger Sicht spricht vieles dafür, dass die katastrophalen Zustände – ein marodes Schienennetz in Großbritannien, das für schwere Zugunglücke zumindest mitverantwortlich war, einerseits, und ein insuffizientes Elektrizitätsnetz in Kalifornien, das zu zahlreichen Stromausfällen führte, andererseits, – primär das Ergebnis einer ökonomisch nicht ausreichend fundierten Regulierung der Entgelte waren, die die Betreiber des Schienennetzes bzw. der Elektrizitätsnetze von Wettbewerbern dafür erhielten, dass diese die jeweilige Infrastruktur nutzen konnten.¹¹⁶ Aus politischen Gründen – insbesondere dem Wunsch nach möglichst niedrigen Verbraucherpreisen – wurden die Entgelte in beiden Fällen so niedrig festgesetzt, dass die Netzbetreiber kaum ihre tatsächlichen Kosten decken, geschweige denn in die Infrastruktur investieren konnten.

Die vorliegende Arbeit nähert sich daher ihrem Untersuchungsgegenstand nicht nur mit den Methoden und Erkenntnissen der Rechtswissenschaft, sondern auch denen der Wettbewerbs- und der normativen Regulierungstheorie.¹¹⁷ Letztere liefern insbesondere Antworten auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen tatsächlich in einem Markt ein Marktversagen droht, das eine staatliche Intervention rechtfertigt. Es geht hier deshalb zum einen darum, die historische Entwicklung des Telekommunikationsrechts sowie seinen status quo an den Maßstäben der normativen Regulierungstheorie zu messen. Ziel ist aber zum anderen auch ein ökonomisch fundierter Regulierungsrechtsrahmen für die Zukunft, mit dem die Vorteile des Wettbewerbs ausgeschöpft werden, zugleich aber die Vorgabe einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Versorgung erfüllt werden kann.

D Rechtsvergleichender Untersuchungsansatz

Bei der Untersuchung finden auch die Erkenntnisse der Regulierung des Telekommunikationssektors in den USA Berücksichtigung. Während zu Beginn der Liberalisierung des Telekommunikationssektors in Europa durchaus eine Auseinandersetzung mit den zeitlich vorangegangenen Liberalisierungserfahrungen in den USA stattfand¹¹⁸, wird eine solche Betrachtung im Rahmen der

¹¹⁵ Dazu oben die Nachweise in Fußnote 14 und 15.

¹¹⁶ Dazu oben die Nachweise in Fußnote 18.

¹¹⁷ Ausführlich zur normativen Regulierungstheorie unten Teil 2.

¹¹⁸ Insbesondere *Horn/Knieps/Müller*, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland, *passim*; *Wieland*, Die Entflechtung des amerikanischen Fernmeldemonopols, S. 148 ff. Siehe auch *Knieps/Müller/C. C. von Weizsäcker*, Die Rolle des Wettbewerbs im Fernmeldebereich, S. 35 ff.; *Knieps*, Entstaatlichung im Telekommunikationsbereich, S. 51 ff.; *Kiessling*, Optimale Marktstrukturregulierung in der

aktuellen Diskussion zur Weiterentwicklung der Telekommunikationsregulierung allenfalls punktuell angestellt.¹¹⁹

I. Systemvergleichbarkeit

Teilweise wird die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Perspektive mit dem Argument in Frage gestellt, die systemimmanenten Unterschiede zwischen Common Law und Civil Law ließen einen solchen Vergleich nicht zu.¹²⁰ Dem ist zuzugeben, dass insbesondere die unterschiedliche Austarierung des Verhältnisses von Judikative und Legislative in beiden Rechtsordnungen einer schematischen Übertragung der Ergebnisse einer Analyse des US-amerikanischen Rechtsrahmens auf die deutsche, aber auch die europäische Regulierung entgegensteht. Ein grundsätzlicher Ausschluss der Vergleichbarkeit ergibt sich daraus jedoch nicht. Das gilt für das Telekommunikationsrecht in besonderem Maße: Das US-amerikanische Telekommunikationsrecht ist im Telecommunications Act von 1996¹²¹ kodifiziert worden und damit weitgehend gerade kein rechtsprechungsgeprägtes Case Law, das die Grundlage des Common Law bildet, sondern Statutory Law. Die grundsätzlich überragende Bedeutung der Judikative für die Rechtsentwicklung in den USA ist damit für den Bereich des Telekommunikationsrechts sehr stark zugunsten der Legislative, aber insbesondere auch der Exekutive in Gestalt der Federal Communications Commission (FCC) bzw. der jeweiligen Regulierungsbehörden in den einzelnen Bundesstaaten beschränkt. Hieraus ergibt sich eine deutlich höhere Vergleichbarkeit der beiden Rechtsordnungen im Bereich der Telekommunikationsregulierung als dies üblicherweise der Fall ist. Es gibt daher auf einer grundsätzlichen Ebene keine überzeugenden Einwände dagegen, einzelne Regulierungskonzepte, die sich in den USA bewährt haben, zu übernehmen, oder solchen Regulierungskonzepten, die sich dort nicht bewährt haben, zunächst einmal kritisch gegenüberzustehen.

Telekommunikation, S. 214. Aus jüngerer Zeit, allerdings sehr knapp und aus wirtschaftspolitischer Sicht, *Ritter*, Deutsche Telekommunikationspolitik 1989–2003, S. 36 ff.

¹¹⁹ So insbesondere auch *Schmoedel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 258 Fußnote 166: „Die Geschichte des Regulierungsrechts hinsichtlich der volkswirtschaftlichen Vorgaben, der US-amerikanischen Entwicklung, des Rezeptionsvorgangs im Rahmen der EU und Deutschlands, jeweils in Bezug auf die einzelnen Regulierungsmaterien, den Begriff und als Kategorie, bleibt noch zu schreiben.“

¹²⁰ Hierzu *Masing*, AöR 128 (2003), 558 (564 ff.) Für eine grundsätzliche Kritik an einer Berücksichtigung der amerikanischen Perspektive der Wettbewerbspolitik siehe *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, S. 33 ff.

¹²¹ Communications Act of 1934 as amended – Telecommunications Act of 1996, 47 U.S.C. §§ 151 et seq.

II. Sektorenvergleichbarkeit

Speziell für den Telekommunikationssektor wird dem Vergleich mit der Telekommunikationsregulierung in den USA teilweise die Aussagekraft für die Fortentwicklung des Telekommunikationsrechtsrahmens in Europa deshalb abgesprochen, weil die Struktur der Industrie in den USA sich grundsätzlich von der in Europa unterscheidet.¹²²

Die Kritik an einem Vergleich beruht wesentlich darauf, dass in den USA im Telekommunikationssektor schon sehr viel länger intermodaler Wettbewerb bestünde als in Europa. Unter intermodalem Wettbewerb ist der Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Übertragungstechnologien für Telekommunikationsleistungen zu verstehen. Solche unterschiedlichen Übertragungstechnologien sind beispielsweise das herkömmliche Telefonnetz (PSTN¹²³), Glasfasernetze, Mobilfunknetze und Kabelnetze. Während in vielen Regionen der USA insbesondere für den wichtigen Bereich des Breitbandinternetzugangs traditionell Wettbewerb zwischen Telefonnetzbetreibern, die auf Grundlage der DSL-Technologie Breitbandinternetzugänge anbieten, und Kabelnetzbetreibern besteht, wird der Breitbandinternetzugang in Deutschland derzeit noch zu 87 % auf der DSL-Technologie und nur zu 13 % auf alternativen Zugangstechnologien, überwiegend den so genannten Kabelmodemzugängen, realisiert.¹²⁴ Dies gilt obwohl nahezu 60 % aller Haushalte Rundfunk mittels Fernsehkabel empfangen¹²⁵, so dass die grundlegende Technologie für den Kabelmodemzugang in diesen Haushalten verfügbar wäre. Der intermodale Wettbewerb ist damit in Deutschland traditionell weniger stark ausgeprägt.¹²⁶

Das hat historische Gründe: In ihrer ursprünglichen Konfiguration waren Kabelnetze im Wesentlichen nur zur unidirektionalen Übertragung fähig. Damit konnten zwar Daten zum Kunden hin transportiert werden; umgekehrt war hingegen ein Transport von Daten vom Kunden weg nicht möglich. Kabelnetze dienten daher sowohl in den USA als auch in Deutschland zunächst nahezu ausschließlich der Übertragung von Rundfunk, d.h. Radio und Fernsehen. In den USA wurden die Kabelnetze überwiegend von unabhängigen Unternehmen aufgebaut, die die Kabelnetze dann Rundfunkveranstaltern zur Übertragung ihrer Programme gegen Entgelt zur Verfügung stellten.¹²⁷ Teilweise haben Rundfunkveranstalter auch selbst Kabelnetze aufgebaut, um ihre Programme

¹²² So insbesondere *Dahlke/Neumann*, CR 2006, 377 (381). Vgl. auch *Gerpott*, N&R 2006, 100 (103 f.).

¹²³ Public Switched Telephone Network.

¹²⁴ *BNetzA*, Tätigkeitsbericht 2010/2011 für den Bereich Telekommunikation, S. 73.

¹²⁵ *BNetzA*, Tätigkeitsbericht 2010/2011 für den Bereich Telekommunikation, S. 74.

¹²⁶ So noch die Schlussfolgerung der *BNetzA*, Tätigkeitsbericht 2010/2011 für den Bereich Telekommunikation, S. 13.

¹²⁷ Dazu ausführlich *Besen/Crandall*, 44 *Law & Contemporary Problems* 77.

eigenständig verbreiten zu können. In Deutschland wurden die Kabelnetze hingegen ebenso wie das Telefonnetz von der Bundespost bzw. bis zum Jahr 1998 von deren Nachfolgeunternehmen, der Deutschen Telekom AG, aufgebaut und betrieben.¹²⁸ Die Deutsche Telekom AG stellte dann das Kabelnetz Rundfunkveranstaltern gegen Entgelt zur Übertragung von Rundfunkprogrammen zur Verfügung.

Im Lauf der Zeit wurde es technisch möglich, Kabelnetze so zu modifizieren, dass sie auch für eine bidirektionale Kommunikation genutzt werden können. Das war die Voraussetzung dafür, neben der Rundfunkübertragung auch Sprachtelefonie und Internetzugänge über Kabelnetze zu realisieren. Die Kabelnetzbetreiber in den USA sahen hierin eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit für ihre Netze und nahmen die erforderlichen Modifikationen an der Netzinfrastruktur innerhalb vergleichsweise kurzer Zeit flächendeckend vor.¹²⁹ Auf diese Weise konnten sie zusätzlich zu ihrem Rundfunkangebot auch Sprachtelefonie und Internetzugang in Konkurrenz zu den etablierten Telekommunikationsunternehmen anbieten.

In Deutschland dagegen nahm die Bundespost bzw. die Deutsche Telekom AG die zum Angebot von bidirektionalen Kommunikationsdiensten erforderlichen Modifikationen an ihrem Kabelnetz nicht in vergleichbarem Umfang und mit vergleichbarer Geschwindigkeit vor.¹³⁰ Das Unternehmen hatte – anders als die Kabelnetzbetreiber in den USA – schlicht keine wirtschaftlichen Anreize, die hierfür erforderlichen Investitionen in sein Kabelnetz zu tätigen, da es als Eigentümer des herkömmlichen Telefonfestnetzes bereits über eine Infrastruktur zum Angebot bidirektionaler Kommunikation verfügte. Der Ausbau der Kabelnetze hätte damit die Angebotspalette des Unternehmens nicht erweitert, sondern lediglich zu einer anderweitigen technischen Realisierung eines bereits vorhandenen Angebots geführt. Den erforderlichen zusätzlichen Investitionen in die Kabelnetze standen daher aus der Sicht der Bundespost/Deutsche Telekom AG keine zu erwartenden zusätzlichen Einnahmen gegenüber, so dass eine entsprechende Investitionsentscheidung – aus Sicht des Unternehmens völlig zu Recht – nicht getroffen wurde. Diese Situation änderte sich erst 2003, nachdem die Deutsche Telekom AG ihre Kabelnetze vollständig an Dritte verkauft hatte.¹³¹ Die neuen Kabelnetzbetreiber nahmen die erforderlichen Modifikatio-

¹²⁸ Ausführlich dazu *Monopolkommission*: Sondergutachten Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Tz. 25.

¹²⁹ FCC, Fifth Report examining the availability of advanced telecommunications capability to all Americans 2008, S. 13.

¹³⁰ Ritter, Deutsche Telekommunikationspolitik 1989–2003, S. 241.

¹³¹ Dazu ausführlich *Monopolkommission*, Sondergutachten Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Tz. 32; sowie *Monopolkommission*: Sondergutachten Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Tz. 25.

nen der Kabelnetze sehr schnell in Angriff, konnten aber den zeitlichen Wettbewerbsvorsprung der Deutschen Telekom AG bisher nicht vollständig aufholen, weshalb die Intensität des intermodalen Wettbewerbs in Deutschland nicht mit der in den USA vergleichbar ist.¹³²

Die unterschiedliche Wettbewerbsintensität genügt jedoch nicht, um die grundsätzliche Vergleichbarkeit des amerikanischen und des deutschen Telekommunikationssektors zu bestreiten. So hat die Bundesnetzagentur jüngst festgestellt, dass auch in Deutschland durchaus – wenn auch noch auf niedrigem Niveau – eine Intensivierung des intermodalen Wettbewerbs gerade bei breitbandigen Internetzugängen zu verzeichnen ist.¹³³ Das bisherige Fehlen von intermodalem Wettbewerb im Breitbandmarkt ist damit offenbar nicht das Ergebnis grundsätzlicher struktureller Unterschiede des Telekommunikationssektors in Deutschland und den USA, sondern Folge historischer Besonderheiten, deren Bedeutung allerdings mit fortschreitender Zeit marginalisiert werden wird. Hierfür spricht auch, dass der intermodale Wettbewerb in Deutschland und den USA in anderen Bereichen bereits ein durchaus vergleichbares Niveau erreicht hat. So hat insbesondere der schnelle Internetzugang über Mobilfunknetze in beiden Ländern das Potenzial, den Internetzugang über das Festnetz langfristig deutlich zu überflügeln.¹³⁴ Hieraus lässt sich schließen, dass der intermodale Wettbewerb in Deutschland nicht aus prinzipiellen Gründen geringer ausfallen wird als in den USA. Die aktuell noch bestehenden strukturellen Unterschiede sollten daher der Vergleichbarkeit der Telekommunikationsregulierung in den USA und in Europa nicht grundsätzlich entgegenstehen.¹³⁵ Im Gegenteil spricht vieles dafür, dass der Telekommunikationssektor sich auf beiden Seiten des Atlantiks auf dem gleichen Entwicklungspfad befindet, die USA aber aufgrund der dargestellten historischen Unterschiede auf diesem Pfad bereits weiter vorangeschritten sind.

III. Vergleichbare historische Ausgangssituation

Die Relevanz eines Vergleichs der Regulierung in Deutschland und den USA zeigt sich bei einer Betrachtung der historischen Ausgangslage einerseits und der aktuellen Situation der Telekommunikationsregulierung andererseits.

Sowohl in den USA als auch in Deutschland bestand zunächst Einigkeit in der Wettbewerbstheorie, dass es sich bei Telekommunikation insgesamt um ein

¹³² BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich Telekommunikation, S. 13.

¹³³ BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011 für den Bereich Telekommunikation, S. 87.

¹³⁴ FAZ v. 7.7.2008, „Mobilfunk überholt das Festnetz“, S. 19. Bereits 12 % aller Haushalte in Deutschland verfügen sogar nur noch über einen mobilen Telekommunikationsanschluss, BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011 für den Bereich Telekommunikation, S. 69.

¹³⁵ A.A. Dahlke/Neumann, CR 2006, 377 (381).

so genanntes natürliches Monopol handelt.¹³⁶ Selbst wenn es im Telekommunikationssektor immer wieder einmal kürzere Phasen des Wettbewerbs gab¹³⁷, wurde in der Wettbewerbstheorie auf Grundlage einer normativen Theorie der Regulierung angenommen, dass Wettbewerb im Telekommunikationssektor aufgrund dieser ökonomischen Sondersituation nicht möglich sei.¹³⁸ Auch die Konsequenzen, die die Regulierungstheorie ausgehend von dieser übereinstimmenden Grundannahme für die Organisation des Telekommunikationssektors zog, unterschieden sich in den USA und in Deutschland – das durchaus exemplarisch für die übrigen kontinentaleuropäischen Staaten ist¹³⁹ – nur im Detail: Während Telekommunikationsleistungen in Deutschland von einem staatlichen Monopolunternehmen – der Reichspost bzw. der Bundespost – erbracht wurden, wurde die Erbringung von Telekommunikationsleistungen in den USA einem privaten Monopolunternehmen – AT&T – vorbehalten, das allerdings in hohem Maße staatlich reguliert war. Nachdem diese monopolistischen Marktordnungen über fast ein Jahrhundert Bestand hatten, wurde dann auch wieder nahezu zeitgleich – Mitte der 1980er-/Anfang der 1990er-Jahre – sowohl in den USA als auch in Europa das Ende der monopolistischen Erbringung von Telekommunikation eingeläutet. Die jeweiligen Ursachen dieser Entwicklung unterschieden sich zwar auf den beiden Seiten des Atlantiks durchaus in Einzelfragen, der ausschlaggebende Faktor sowohl für die Liberalisierung des Telekommunikationssektors in den USA als auch in Deutschland war jedoch die ökonomische Erkenntnis, dass nicht nur im Telekommunikationssektor durchaus Wettbewerb möglich ist, sondern auch dass sowohl ein staatliches als auch ein privates Monopol zu einer in hohem Maße ineffizienten Leistungserbringung geführt hatte.¹⁴⁰

Die USA und Deutschland befanden sich damit zu Beginn der 1990er-Jahre wieder in der gleichen Ausgangssituation: Wettbewerb schaffen zu müssen in einem bis zu diesem Zeitpunkt monopolistisch organisierten Markt. Angesichts dieser, bei allen Unterschieden im Detail, bestehenden vergleichbaren Herausforderung, denen beide Rechtsordnungen gegenüberstanden, kann ein Vergleich der jeweiligen Herangehensweisen in Europa und Deutschland einerseits und den USA andererseits wertvolle Erkenntnisse für die Fortentwicklung der Telekommunikationsregulierung ergeben. Die Einbeziehung der amerikanischen Telekommunikationsregulierung führt damit zu einer Verbreiterung der empirischen Grundlagen. Nachdem in beiden Rechtsordnungen die Öffnung des Telekommunikationssektors für den Wettbewerb seit mehr als zehn Jahren

¹³⁶ Zu dem ökonomischen Konzept des natürlichen Monopols sowie dessen Bedeutung für den Telekommunikationssektor siehe ausführlich unten Teil 2 B II. 2. b) aa) δ).

¹³⁷ Ausführlich dazu Teil 3 B II. und C II.

¹³⁸ Siehe dazu unten Teil 3 C I.

¹³⁹ *Holcombe*, Public Ownership of Telephones on the Continent of Europe, S. 3 ff.

¹⁴⁰ Dazu ausführlich unten Teil 4 B III.