

**Positionen des BACDJ zum 66. Deutschen Juristentag  
Stuttgart, 19. bis 22. September 2006**

**IV. Abteilung Öffentliches Recht**

**"Soll das Recht der Regulierungsverwaltung  
übergreifend geregelt werden?"**

1. In der Vergangenheit hat der Staat zentrale Leistungen der "Daseinsvorsorge" durch monopolisierte öffentliche Unternehmen selbst erbracht (Post, Telekommunikation, Eisenbahn) oder doch monopolisierte Strukturen unter öffentlichen und privaten Anbietern durch seine Rechtsordnung geschützt (Strom- und Gasversorgung). Unter der Führung der Regierung Kohl und der CDU/CSU wurde zu Beginn der 1990er Jahre eine Politik der Privatisierung und der Liberalisierung eingeleitet. Auch als private oder privatisierte Wirtschaft bleiben diese Branchen jedoch öffentlich gebundene Wirtschaft: Ihre Leistungen bleiben Infrastrukturleistungen, auf die die Allgemeinheit existenziell angewiesen ist.

2. Die angesprochenen Gebiete der "Daseinsvorsorge" unterscheiden sich durch drei Besonderheiten von anderen Wirtschaftszweigen.

- Zum einen besteht bislang kein funktionierender Wettbewerb. Vielmehr besitzen die früheren Monopolbetriebe unverändert eine marktbeherrschende Stellung. Wettbewerb muss daher erst hergestellt werden. Anders als sonst kann sich die Wirtschaftsverwaltung nicht darauf beschränken, die Einhaltung der allgemeinen Wettbewerbsregeln zu beaufsichtigen. Vielmehr kommt ihr eine aktivgestaltende Aufgabe zu: Sie muss neuen Anbietern den Marktzutritt ermöglichen und verhindern, dass vorhandene Monopole ihre Marktmacht missbrauchen.
- Zum zweiten sind die Dienstleistungen der Telekommunikation, des Schienenverkehrs und der Energieversorgung zumeist auf ein Leitungsnetz angewiesen. Die Netze lassen sich nicht beliebig vermehren; die Vorhaltung von mehreren parallelen Netzen ist ökonomisch regelmäßig unsinnig und ökologisch nicht wünschenswert. Das Netz ist damit eine knappe Ressource, und seinem Betreiber fällt oft ein faktisches Monopol zu. Der Staat muss daher sicherstellen, dass der Netzbetreiber allen Leistungserbringern gleichen Zugang zum Netz zu angemessenen Bedingungen gewährt.
- Zum dritten behält der Staat seine Infrastrukturverantwortung. Auch bei liberalisierter Leistungserbringung liegt die Versorgung der Bevölkerung mit den angesprochenen Dienstleistungen unverändert im Allgemeininteresse. Zwar kann für den Regelfall davon ausgegangen werden, dass die nötige Versorgung der Bevölkerung im Wettbewerb der Leistungserbringer hergestellt wird. Der Staat muss aber Mindeststandards für eine Grundversorgung formulieren und eingreifen, wenn diese unterschritten werden. Zudem muss er sicherstellen, dass die Netzbetreiber die Netze unterhalten und wo nötig ausbauen.

3. In der regulierenden Wirtschaftspolitik begegnen sich damit Ordnungspolitik und Infrastrukturpolitik. Als Ordnungspolitik zielt sie auf die Herstel-

lung von Wettbewerb. Als Infrastrukturpolitik sichert sie die Versorgungsin-  
teressen der Allgemeinheit.

Die regulierende Wirtschaftspolitik sucht ihre ordnungspolitischen und ihre  
infrastrukturpolitischen Ziele gleichzeitig und gleichermaßen zu erreichen.  
Im Konfliktfalle muss aber das Interesse der Allgemeinheit an der Vorhal-  
tung flächendeckend leistungsfähiger Netze und an einer ausreichenden  
und angemessenen Grundversorgung mit Strom und Gas sowie mit Post-,  
Telekommunikations- und Verkehrsdienstleistungen den Vorrang beanspru-  
chen.

4. Es empfiehlt sich, jedenfalls für die Netzaufsicht besondere Regulierungs-  
behörden einzurichten, die von Weisungen der jeweiligen Regierung unab-  
hängig und nur dem Gesetz (und im übrigen der Rechts- und Dienstaufsicht  
des zuständigen Ministeriums) unterworfen ist. Dies gilt jedenfalls so lange,  
wie der Staat mehrheitliche Beteiligungen an den zu beaufsichtigenden  
Netzbetreibern besitzt.

5. Die Regulierungsbehörden müssen die Ziele ihrer Regulierungspolitik im  
Rahmen des Gesetzes eigenverantwortlich definieren und ihrer Verwal-  
tungspraxis zugrunde legen. Wie weit ihr Beurteilungsspielraum hierbei  
reicht, hängt davon ab, wie eng- oder weitmaschig die Vorgaben des Geset-  
zes sind. Die gerichtliche Kontrolle ihres Verwaltungshandelns kann jeden-  
falls nur der Überprüfung dienen, ob die Vorgaben des Gesetzes eingehalten  
sind. Keinesfalls dürfen die Spielräume, die das Gesetz der Regulierungspoli-  
tik lässt, statt von den Regulierungsbehörden von den Gerichten ausgefüllt  
werden.

6. Den Regulierungsbehörden müssen die rechtlichen Instrumente an die  
Hand gegeben werden, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

- Ein Schwerpunkt liegt bei der Entgeltregulierung. Für vorherige  
Preisgenehmigung ebenso wie für nachgängige Preisbeanstandun-  
gen stehen geeignete Instrumente des allgemeinen Verwaltungs-

rechts bereit. Für die Ermittlung des angemessenen Preises benötigt die Behörde indes zusätzliche Mittel und Verfahren der Information und der Beratung. Hierzu haben sich neue Instrumente herausgebildet (etwa das sog. monitoring), die es fortzuentwickeln gilt.

- Ähnlich liegt es bei der Formulierung und Durchsetzung zwingender Gemeinwohlerfordernisse, sei es hinsichtlich des Netzausbaus, sei es hinsichtlich der Mindeststandards der Versorgung. Auch hier stellt das Verwaltungsrecht vertraute Instrumente bereit; nötige Normierungen sollten durch Rechtsverordnung und nicht durch Verwaltungsvorschriften erfolgen. Zusätzlich bedarf es aber moderner Mittel und Verfahren der Normfindung, für die es Vorbilder gibt (z.B. benchmarking-Verfahren), die in die rechtsstaatlichen Strukturen des deutschen Verwaltungsrechts eingefügt werden müssen.
- Fortzuentwickeln sind auch Verfahren der Ausschreibung und Vergabe, sei es bei der Nutzung knapper Netzkapazitäten, sei es zur Versorgung unrentabler Strecken und Gebiete. Wird ein Leistungserbringer zur Versorgung unrentabler Strecken und Gebiete verpflichtet, so ist es eine politische und keine Rechtsfrage, ob ihm die entstehenden Mehrkosten als Gemeinlasten aus Steuermitteln zu erstatten oder in den jeweiligen Versorgungszweig zurückzuverlagern sind. Die Rechtsordnung muss jedenfalls Instrumente bereitstellen, die beide Lösungen ermöglichen.
- Wettbewerb erfordert Transparenz. Anbieter müssen daher wirksam verpflichtet werden, ihre Leistungen und ihre Preise differenziert und nachprüfbar offenzulegen. Nur so entsteht Vergleichbarkeit und wirkliche Wahlfreiheit des Kunden. Das gilt für Netzbetreiber gegenüber den Netznutzern ebenso wie für Leistungserbringer gegenüber den Endverbrauchern. Regulierungsverwaltungsrecht ist auch insofern Informationsverwaltungsrecht.

7. Das Regulierungsverwaltungsrecht steht neben dem Kartellrecht. Während das Kartellrecht allgemeine Wettbewerbsregeln aufstellt, die gleichermaßen für jedermann gelten, dient das Regulierungsverwaltungsrecht der besonderen Wirtschaftssteuerung und -lenkung aus Gründen des gemeinen Wohls und gilt nur für bestimmte - "regulierte" - Wirtschaftszweige. Damit unterscheidet sich die Tätigkeit der Regulierungsbehörden grundlegend von derjenigen der Kartellbehörden. Die Kartellbehörden überwachen die Einhaltung des Gesetzes, während die Regulierungsbehörden - als "aktive Verwaltung" - politische Gestaltungsziele verfolgen. Dementsprechend erfolgen die Maßnahmen der Kartellbehörden nur im Missbrauchsfall und reaktiv-verbietend, die Maßnahmen der Regulierungsverwaltung hingegen generell und prospektiv-steuernd. Insgesamt ist das Regulierungsverwaltungsrecht kein Teilgebiet des Kartellrechts, sondern Verwaltungsrecht.

8. Für eine Kodifizierung des Regulierungsverwaltungsrechts ist es zu früh. Das Regulierungsverwaltungsrecht ist ein junger Zweig des Verwaltungsrechts, dessen Institute und Verfahrensregeln vielfach ausländischen Rechtsordnungen entlehnt sind und in die Verfassungsordnung des Grundgesetzes und in die Systematik unseres rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts erst noch eingefügt werden müssen. Dabei besteht eine Wechselwirkung: Die Aufnahme und Einarbeitung des Neuen gestaltet auch das Verwaltungsrecht selbst fort, hält es flexibel und modern. Diese Leistung kann nur im Zusammenwirken von Wissenschaft und Rechtsprechung erfolgen. Es ist darauf Bedacht zu nehmen, dass dieses Zusammenwirken nicht durchtrennt wird.