



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 3/06

**Soll das Recht der Regulierungsverwaltung
übergreifend geregelt werden?
Europarechtliche Aspekte**

Prof. Dr. Ingolf Pernice

Referat zum 66. Deutschen Juristentag
am 20. September 2006 in Stuttgart.
Die Beschlüsse sind veröffentlicht unter: <http://www.djt.de>

Zitiervorschlag: www.whi-berlin.de/DJT-Regulierung.htm

SOLL DAS RECHT DER REGULIERUNGSVERWALTUNG ÜBERGREIFEND GEREGLT WERDEN ?

EUROPARECHTLICHE ASPEKTE

von
Ingolf Pernice, Berlin*

1

A. Einleitung	2
B. Europarechtliche Aspekte zur übergreifenden Regelung	5
I. Der sektorspezifische Ansatz der EG	7
1. Zuständigkeitsverteilung in der Kommission	8
2. Zeitliche Folge der sektorspezifischen Überprüfung des Rechtsrahmens	9
3. Regelungsansätze und Konsistenz des Sekundärrechts zur Regulierung.....	10
II. Gemeinsamkeiten und sektorielle Eigengesetzlichkeit.....	13
1. Regulierungsbehörde und nationale Wettbewerbsbehörden.....	13
2. Aufgabenfelder und Einzelbefugnisse der Regulierungsbehörden	15
a. Aufgaben der Regulierungsbehörden nach Sektoren	15
aa. Der Postmarkt.....	15
bb. Eisenbahnverkehr.....	16
cc. Energiebinnenmarkt.....	16
dd. Telekommunikationsmarkt.....	17
ee. Zwischenbilanz	18
b. Kompetenzzuteilung nach Aufgabenfeldern	18
aa. Gewährleistung der Netze, Infrastruktur und Versorgungssicherheit.....	18
bb. Regulierung von Netzzugang und Netzanschluss.....	20
cc. Getrennte Rechnungslegung und Entflechtung	22
dd. Kontrolle der Entgelte, Tarife und Kostenmaßstab.....	24
ee. Wettbewerbsaufsicht und Missbrauchskontrolle	26
ff. Streitbeilegung.....	27
gg. Universaldienste und flächendeckende Grundversorgung.....	28
c. Übergreifende Aufgaben der Regulierungsbehörde	30
3. Regulierungsspezifische Vorschriften zum Verwaltungsverfahrensrecht.....	30
a. Organisations- und Verfahrensregeln, Behördenabstimmung, Beteiligung Dritter	31

* Prof. Dr. jur., Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Humboldt-Universität zu Berlin, geschäftsführender Direktor des Walter Hallstein-Instituts für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin (www.whi-berlin.de).

b. Auskunftsrechte, Informationspflichten und Schutz von Betriebsgeheimnissen	32
c. Kooperation der Regulierungsbehörden.....	33
d. Europäischen Kommission und nationale Regulierungsstellen.....	34
5. Rechtsschutz und die Frage des Rechtswegs.....	36
C. Gesamtkonzeption des Regulierungsrechts	37
I. Die Gesamtkonzeption von Masing.....	37
1. Regulierung als Gestaltungsaufgabe.....	38
2. Kritik: Der Regulierungsauftrag aus europarechtlicher Sicht.....	38
3. Gestaltende Verwaltung als Sonderfall?.....	39
II. Regulierungsverbund und Binnenmarkt	40
1. Verwaltungskooperation im Europäischen Regulierungsverbund	42
2. Entwicklungsdynamik des Wettbewerbs im Binnenmarkt.....	45
III. Implikationen für das Regulierungsverwaltungsrecht.....	46
1. Die europäische Funktion der nationalen Regulierungsbehörden.....	46
2. Kooperationspflichten und Entscheidungsspielräume der Regulierung	47
3. Die Grenzen des Rechtsschutzes im Regulierungsrecht	47
4. Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und ministerielle Weisungen	48
5. Die subjektiven Rechte der Wettbewerber und Verbraucher.....	50
D. Schlussbemerkung und Ausblick.....	51
Thesen (vom Juni 2006).....	52

A. Einleitung

Hätten wir die Europäische Gemeinschaft nicht, gäbe es in Deutschland nicht die Probleme der Regulierung¹ und auch keinen Anlass, darüber nachzudenken, ob das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden soll. Seit den achtziger Jahren verfolgt die Europäische Kommission in Brüssel eine Politik der schrittweisen Liberalisierung der monopolisierten nationalen Märkte, dokumentiert in einer großen Zahl von auf Art. 86 III EG gestützten Kommissions- und auf Art. 95 EG gestützten Ratsrichtlinien. Fast zeitgleich begann sie dies für die Bereiche von Post und Telekommunikation, einerseits, und die Verkehrsmärkte, insbesondere den Luftver-

¹ Vgl. Andreas Vosskuhle, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (286): „Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht“. S. auch die Bemerkung bei Matthias Ruffert, Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, DV 36 (2003), S. 293 (303), zum Telekommunikationsrecht als Referenzgebiet: „...verdankt es doch der gemeinschaftsrechtlichen Einflussnahme überhaupt seine Existenz in der heute maßgeblichen Form.“ Zum Energierecht vgl. etwa Peter Salje, Energiewirtschaftsgesetz. Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 170). Kommentar, 2006, Einführung, Rn. 1 ff. Keinen sichtbaren Bezug auf die europäischen Initiativen nimmt die „Einführung“ von Pfeffermann/Kühn, in: Beck’scher PostG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, S. 24 ff. S. dafür die gesonderte ausführliche Darstellung bei v. Danwitz, EUGrd., ebd., S. 54-100. Zum Eisenbahnmarkt s. Reinhard Ruge, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, AöR 131 (2006), S. 1 (7): „Die EU ist Motor der Marktöffnung der nationalen Eisenbahnmärkte in Europa“.

kehr, andererseits. Dann folgten der Eisenbahnverkehr und die Energiemärkte: Strom und Gas.

Als Folge der intensiven Gesetzgebungstätigkeit der EG wurden zunächst 1993 mit Art. 87e GG für die Eisenbahnen² und mit Art. 87f GG für Post und Telekommunikation³ der Weg frei gemacht für die Einführung von Wettbewerb in den betreffenden Sektoren. Für Strom und Gas bedurfte es derartiger Änderungen des Grundgesetzes nicht. Dabei ist von Bedeutung, dass das Grundgesetz den Mehrheitsbesitz des Bundes am Kapital der Eisenbahnunternehmen festschreibt, soweit ihre Tätigkeit den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst (Art. 87f Abs. 3 S. 3 GG). Der Bund kontrolliert also das Schienennetz für den Eisenbahnverkehr. In den übrigen netzabhängigen Märkten, um die es nachfolgend gehen soll, kann auch das Netz in privater Hand sein.

Die Umsetzung der diversen europäischen Richtlinien in Deutschland erfolgte in mehreren Schritten, für jeden Sektor getrennt und ohne gemeinsame Systematik.⁴ Ergebnis ist, wie im Gutachten D von *Johannes Masing* ausführlich dargestellt,⁵ ein Bündel höchst disparater Normierungen als Antwort auf ein letztlich gemeinsames Anliegen: Der Übergang von ehemals staatlich monopolisierten Märkten zum funktionsfähigen Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt bei weiterhin staatlicher Gewährleistungsverantwortung für die Grundversorgung, d.h. für flächendeckende Versorgungssicherheit zu angemessenen Preisen: Es geht um wirtschaftliche Effizienz durch Freiheit und Wettbewerb, sozialstaatlich flankiert durch Daseinsvorsorge, europaweit.⁶ Dem soll die Regulierung dienen.

Vielleicht ist es dieses gemeinsame, von demjenigen der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht ganz offensichtlich verschiedene Anliegen, welches dazu führte, dass der Gesetzgeber es für richtig hielt, jetzt die Regulierung in den verschiedenen Sektoren trotz der sehr unterschiedlichen gesetzlichen Normierungen in die Hand einer einzigen gemeinsamen Behörde zu legen: In die Hand der 2005 gegründeten Bundesnetzagentur in Köln. Der Agentur geht es, wie ihr Präsident im Vorwort zum Jahresbericht 2005 betont, um die „Schaffung eines einheitlichen europäischen Wettbewerbsrahmens“, wobei das europäische Recht sowie etwa auch das TKG durchaus Wege aufzeigten, „sich dann aus der Regulierung zurückzuziehen, wenn die Entwicklung des Wettbewerbs dies zulässt“.⁷

² 40. Änderungsgesetz zum Grundgesetz, BGBl. I, 2089. Vgl. näher Ruge, Netzzugang (Fn. 1), S. 10 ff.

³ 41. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BGBl. I, 2245.

⁴ Vgl. die zusammenfassende Übersicht von J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. 15 f.

⁵ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 20 ff.

⁶ Angedeutet auch bei Stefan Storr, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, DVBl. 2006, 1017, mit Verweis auf das Konzept der Daseinsvorsorge bei Ernst Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959.

⁷ M. Kurth, Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2005, S. 7.

Ob das Regulierungsrecht über den Sektor der Telekommunikation hinaus auch in den netzabhängigen Märkten ein Übergangsregime darstellt und letztlich dazu dient, sich selbst überflüssig zu machen, ist allerdings im Blick auf die bleibende Gewährleistungsverantwortung des Staates fraglich. Seine Aufhebung und damit die Auflösung der Bundesnetzagentur kann jedenfalls solange nicht in Betracht kommen, wie die Gleichheit beim Netzzugang nicht strukturell, d.h. durch konsequente Entflechtung und etwa öffentliche Vergabeverfahren gewährleistet ist. Vorerst zu erwarten ist eher eine Zunahme ihrer Aufgaben. Die Wasserversorgung ist bereits im Visier der europäischen Liberalisierungsplaner.⁸

Wenn es neben dem allen Sektoren gemeinsamen – keineswegs erledigten – Anliegen auch eine gemeinsame zuständige Behörde gibt, also die Bundesnetzagentur, so liegt in der Tat die Frage nahe, ob es nicht sinnvoll wäre, trotz der bestehenden Unterschiedlichkeit auch das Recht der Regulierungsverwaltung einheitlich zu regeln. Die Antwort aus deutscher Sicht scheint positiv zu sein. Das Gutachten sowie die gemeinsame Beschlussvorlage von Gutachter und Referenten lassen daran keinen Zweifel. Fast erscheint die bloße institutionelle Existenz der Bundesnetzagentur der entscheidende Faktor zu sein, die Frage der übergreifenden Regelung nicht nur zu stellen, sondern auch zu bejahen. *Masing* bezeichnet eine übergreifende Regelung als „notwendige Konsequenz der heute übergreifenden Zuständigkeit der Bundesnetzagentur“,⁹ ja dass die im Kern sachlich ähnlichen, in der Ausgestaltung aber unkoordinierten, sehr unterschiedlichen Maßgaben der relevanten Gesetze „in die Hände einer Behörde gelegt sind, verleiht“ nach seinen Ausführungen „der Frage nach einer übergreifenden Regelung Dringlichkeit“.¹⁰ Nach einer Studie der Stiftung Wissenschaft und Politik aus dem Jahre 2005¹¹ sind weitere Liberalisierungs- und Europäisierungsschritte nicht aufzuhalten. Das Wettbewerbsprinzip werde zum „Regelfall... bei der Suche nach einem Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Marktes und der Verpflichtung auf das Gemeinwohl.“ Dies mache „eine Neuorientierung staatlicher Regulierungspolitik erforderlich“. Für die öffentliche Verwaltung treten damit an die Stelle eigener Angebote vermehrt Aufgaben der Überwachung von Markt und Wettbewerb. All dies legt nahe, allmählich über einen systematischen Ansatz und eine übergreifende Regelung zum Regulierungsverwaltungsrecht nachzudenken.

Aus der Sicht des Europarechts lässt sich demgegenüber auf einen Blick feststellen, dass Europa weder eine gemeinsame zuständige Behörde fordert, noch gar eine sektorübergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts in jedem Mit-

⁸ Dazu die Fallstudie bei Peter Becker, Europäische Daseinsvorsorge. Die Politik der EU zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlverpflichtung, SWP-Studie 12, 2005, S. 26 ff., mwN. Eine Privatisierung der Autobahnen oder gar Straßen würde entsprechende Regelungen im Verkehrsbereich notwendig machen. Zu fragen wäre auch, in welchem Umfang Wirtschaftsbereiche ohne Netzabhängigkeit, wie etwa Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung, evtl. auch Arbeitslosenversicherung sowie Berufsunfallversicherung eines Tages regulierungsbedürftig werden.

⁹ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 189.

¹⁰ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 39.

¹¹ Becker, Daseinsvorsorge (Fn. 8), S. 35.

gliedstaat. Brüsseler Beamte weisen darauf hin, dass eine Debatte darüber nur in Deutschland geführt werde. Ebenso klar ist allerdings auch, dass das europäische Recht keine Bestimmung enthält, die eine solche sektorübergreifende Regelung ausdrücklich ausschließt. Und eine erfolgreiche Konsolidierung könnte entsprechende Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene auch auslösen und evtl. entsprechende Vorstöße Deutschlands in Brüssel vorbereiten.

Damit ist die Diskussion des Für und Wider allerdings erst eröffnet.¹² Das Gutachten von *Johannes Masing* bezieht eine klare Position und entwickelt wichtige Argumente. Der Schluss von der Existenz einer gemeinsamen Behörde auf die Dringlichkeit einer übergreifenden Regelung ist nicht so banal und oberflächlich zu verstehen, wie es zunächst klingen mag. Denn es geht *Masing* nicht um irgendeine, sondern um eine inhaltlich ganz bestimmte übergreifende Regelung, die sich auf eine „umfassende Gesamtkonzeption des netzbezogenen Regulierungsverwaltungsrechts“ stützt.¹³ Aus dieser Gesamtkonzeption ergeben sich eine Reihe von Konsequenzen nicht nur zur Bestimmung der Aufgabe und zur Organisation der Bundesnetzagentur, sondern vor allem zu Verwaltungsermessen und gerichtlicher Kontrolle, zur Rechtsstellung Dritter sowie zur Frage der demokratischen Legitimation und politischen Kontrolle der Agentur.

Es liegt daher nahe, über die speziell europarechtlichen Determinanten und Aspekte zur Frage einer übergreifenden Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts (dazu B.) hinaus zu untersuchen, ob und inwieweit dem europäischen Recht eine übergreifende Konzeption zugrunde liegt und insofern die von *Masing* entwickelte Gesamtkonzeption tragfähig oder durch eine europäische Komponente wenigstens zu ergänzen ist (dazu C.). Es ergibt sich, dass Regulierung vom europäischen Ziel des wettbewerblichen Binnenmarktes her wie auch organisatorisch in Bezug auf das System der nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission als europäische Aufgabe zu verstehen, zu erfüllen und deshalb innerstaatlich entsprechend zu regeln ist (dazu D.).

B. Europarechtliche Aspekte zur übergreifenden Regelung

Auch wenn sich aus den einschlägigen EG-Richtlinien selbst weder ein Zwang noch ein Verbot einer übergreifenden Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts ergibt, könnten sich doch aus dem europäischen Ursprung und Regelungsrahmen für die Regulierung im Zusammenhang mit den Bestimmungen über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa Gesichtspunkte ergeben, die auch in der deut-

¹² Dazu Hans-Christian Röhl, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, 831 ff., eher skeptisch der Begleitaufsatz von Storr, Regulierungsverwaltung (Fn. 6), S. 1017 ff., 1026. Konstruktiver: Martin Burgi, Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung - Realisierung der Kodifikationsidee?, NJW 2006, 2439 ff., mit dem Vorschlag einer „moderaten Ergänzung“ des Gesetzes über die Bundesnetzagentur.

¹³ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 62.

schen Diskussion zu berücksichtigen wären. Grundsatz und Ausgangspunkt ist hierbei, dass in allen betroffenen Sektoren aus vielerlei Gründen eine ehemals von staatlichen Monopolen geprägte Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen wie Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahnverkehr in einen wettbewerblichen europäischen Binnenmarkt überführt wird und dabei gewährleistet ist, dass Bürger und Unternehmen EU-weit Zugang, wie die Kommission im Weißbuch von 2004 ausführt,¹⁴ zu „hochwertigen Diensten von allgemeinem Interesse zu einem erschwinglichen Preis haben“. Dies wird ausdrücklich auch mit Bezug auf die Grundrechte der Unionsbürger hervorgehoben.¹⁵ Aus deutscher Sicht spielt gerade hinsichtlich der Grundversorgung und der Universaldienste das Sozialstaatsprinzip¹⁶ eine erhebliche Rolle, auf europäischer Ebene gespiegelt durch das „europäische Sozialmodell“.¹⁷ Neben dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, dem die Wirtschafts- und Währungspolitik verpflichtet ist (Art. 4 I und II, 98, 105 EG) stehen die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, deren Stellenwert „innerhalb der gemeinsamen Werte der Union“ Art. 16 EG hervorhebt. Mit dem in Art. II-96 VVE aus der Europäischen Grundrechte-Charta übernommenen „Recht auf Achtung und Anerkennung des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen durch die Unionsorgane“ wird aus dem Wert sogar ein subjektives Recht. Diese Balance suchen die europäischen Vorgaben zum Regulierungsrecht ins Werk zu setzen: Gewährleistungsgemeinschaft¹⁸ und Gewährleistungsstaat werden in den Richtlinien eng miteinander verbunden.

Dabei geht die Kommission gerade im Lichte der Art. 16 und 86 II EG von einer „gemeinsame(n) Verantwortung der öffentlichen Verwaltung in der Union aus.“¹⁹ Die Zuständigkeit der EG für die Verwirklichung und das Funktionieren des wettbewerblichen Binnenmarktes und damit auch für die notwendigen Liberalisierungsmaßnahmen in den betreffenden Sektoren findet Grenzen nicht nur im Subsidiaritätsprinzip, sondern auch im ausdrücklich von diesen Bestimmungen anerkannten „Recht der Mitgliedstaaten, den Wirtschaftsakteuren spezifische Gemeinwohlverpflichtungen auferlegen zu können und für deren ordnungsgemäße Erbringung Sorge zu tra-

¹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004) 374, S. 6.

¹⁵ Vgl. Weißbuch (Fn. 14), S. 6: „Für die EU-Bürger stellt dieser Zugang eine essenzielle Komponente der Unionsbürgerschaft dar, die unverzichtbar ist, damit er die ihm zustehenden Grundrechte in vollem Umfang wahrnehmen kann“; zum Zusammenhang von „services publics“ und Grundrechten s. bereits *Ingolf Pernice, Allemagne*, in: Antoine Lyon-Caen/Véronique Champeil-Desplats (eds.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, 2001, S. 103 ff.

¹⁶ Es geht um „sozialstaatliche Mindestversorgung für alle Bürger“, vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Methoden. Maßstäbe. Aufgaben. Organisation, 2006, § 12 Rn. 57.

¹⁷ S. schon Kommission, Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21. Mai 2003 KOM(2003) 270. S. 3 (Rn. 2): „Als unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells gehören sie zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind. Sie spielen bei der Erhöhung der Lebensqualität aller Bürger und der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung eine entscheidende Rolle.“

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2003/com2003_0270de01.pdf.

¹⁸ S. schon Hoffmann-Riem, *Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht*, DVBl. 1999, 125 ff.

¹⁹ Weißbuch (Fn. 14), S. 5 ff., 7 f.

gen“.²⁰ Die Festlegung der Gemeinwohlaufgaben obliegt in den Augen der Kommission

„den öffentlichen Instanzen auf der jeweiligen Ebene. Letztere sind auch zuständig für Marktregulierung und dafür verantwortlich, sicherzustellen, dass die betreffenden Akteure die ihnen übertragenen Gemeinwohlverpflichtungen wahrnehmen“.²¹

Bei allen Möglichkeiten, die der Vertrag auch der Gemeinschaft hierfür bereitstellt, ist es nach dem Weißbuch doch

„in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden, Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren“.²²

Die Kommission will daher auch künftig die Voraussetzungen für eine bürgernahe öffentliche Regulierung schaffen, unter strenger Wahrung des Subsidiaritätsprinzips, und sie will daher weiterhin, soweit erforderlich

„Vorschläge für eine sektorspezifische Regulierung formulieren, die sich auf Bereiche, wie z.B. die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige beschränken, die ihrerseits eindeutig europaweit ausgerichtet sind und fundierte Gründe dafür bieten, ein europäisches Konzept für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren. Eine solche Gemeinschaftsregelung gibt im Allgemeinen lediglich einen Regelungsrahmen vor, den die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung länderspezifischer Gegebenheiten umsetzen und näher ausgestalten können“.²³

Diesen Ausführungen ist zunächst zu entnehmen, dass die Gemeinschaft ihrerseits entschlossen ist, weiterhin sektorspezifisch vorzugehen, eine übergreifende Regelung also nicht beabsichtigt ist (hierzu I.). Wenn sich die Gemeinschaft aber auf einen allgemeinen Regelungsrahmen beschränken will, ist andererseits nicht ausgeschlossen, dass den Mitgliedstaaten gerade auch im Blick auf Organisation und Verfahren ein Spielraum bleibt, der es ermöglicht, insoweit innerstaatlich ein übergreifendes Regime zu schaffen (dazu II.).

I. Der sektorspezifische Ansatz der EG

Nicht nur historisch ist der Prozess der Liberalisierung in der EG für die betreffenden Sektoren getrennt erfolgt, sondern diese Trennung hat auch organisatorisch eine Entsprechung in der Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Kommission (dazu 1.). So kommt es, dass auch der Stand des europäischen Rechts und der Rhythmus seiner Novellierung je nach Sektor verschieden ist, mit entsprechenden Folgen für eine übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung (dazu 2.). Inwieweit diese gleichwohl in Betracht kommen kann, richtet sich inhaltlich aber vor allem danach, ob das europäische Sekundärrecht im Ansatz sektorübergreifend kon-

²⁰ Letzteres unterstreicht auch das Weißbuch (Fn. 14), S. 8.

²¹ Weißbuch (Fn. 14), S. 7.

²² Weißbuch (Fn. 14), S. 7.

²³ Weißbuch (Fn. 14), S. 9.

sistent ist und ausreichend Gemeinsamkeiten enthält, die eine übergreifende Regelung zulassen (dazu 3.).

1. Zuständigkeitsverteilung in der Kommission

Die Europäische Kommission ist auf der politischen Ebene zwar als Kollegialorgan letztlich für alle Aufgabenbereiche zuständig – was für eine gewisse Kohärenz der Politiken sorgt. Auf der Arbeitsebene indessen, d.h. für die Ausarbeitung und Vorbereitung der Vorschläge der Kommission sind, wie schon *Masing* feststellt,²⁴ ganz unterschiedliche Generaldirektionen und Mitglieder der Kommission verantwortlich. Das bedeutet für die hier interessierenden Politiken :

- Die Bereiche von Elektrizität und Gas unterstehen der GD Transport und Energie,
- diese ist auch die für den Eisenbahnverkehr zuständige Generaldirektion;
- die Probleme der Post werden von der GD Binnenmarkt bearbeitet;
- die Telekommunikation liegt im Verantwortungsbereich der GD Informationsgesellschaft und Medien.

In allen Bereichen wird die GD Wettbewerb beteiligt, sie ist aber nicht federführend.

Mit dieser Verteilung der Aufgaben ist nicht gewährleistet, dass die jeweils ergriffenen Maßnahmen einem und demselben Grundkonzept folgen, wenn auch – trotz der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen für die jeweiligen Maßnahmen – das übergreifende Ziel der wettbewerblichen Effizienz bei Gewährleistung der Grundversorgung etwa durch „Universaldienste“ für alle Bereiche gilt. Die grundlegenden Unterschiede der Marktbedingungen in den betreffenden Sektoren zwingen in gewissem Maße allerdings dazu, unterschiedliche Regelungen zu treffen, auch und gerade was die Regulierung betrifft. So erklärt sich die interne Aufteilung der Zuständigkeiten in der Kommission u.a. damit, dass der sektorspezifischen Fachkompetenz der Generaldirektionen organisatorisch Vorrang gegeben wird vor dem gemeinsamen Anliegen der Transformation der ehemals monopolisierten Märkte.

Was insoweit für Brüssel gilt, ist auch für Deutschland zu bedenken: Könnte es sein, dass die primär Betroffenen der Regulierung – Behörden und Marktteilnehmer, aber auch Anwälte – in jedem Sektor so spezialisiert sind, dass Effizienz und Rechtssicherheit, in jedem Sektor durch spezifisches Regulierungsverwaltungsrecht nach heutigem Muster problemlos, vielleicht sogar leichter zu gewährleisten sind, als bei einer übergreifenden Regelung? Zwingen die unterschiedlichen

²⁴ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 15.

Marktbedingungen in den Sektoren und demgemäß die Verschiedenheit der Aufgaben der Regulierung auch zu spezifischen Verfahren? Oder kann man Regulierung als sektorspezifische Aufgabe sogar sachlich trennen von dem, was wir als das Recht der Regulierungsverwaltung bezeichnen? Das eine muss spezifisch bleiben, das andere könnte – jedenfalls innerstaatlich – übergreifend geregelt werden, soweit nicht schon das allgemeine Verwaltungsrecht ausreicht.

2. Zeitliche Folge der sektorspezifischen Überprüfung des Rechtsrahmens

Dass die Aufgaben auf unterschiedliche Verwaltungsstellen der Kommission verteilt sind, wird allerdings die Ursache dafür sein, dass sektorspezifisch je nach Bedarf zeitlich unkoordiniert Innovationsschübe zu verzeichnen sind, die bei der Dynamik der Entwicklung und des Lernprozesses dazu führen könnten, dass eine übergreifende Regelung in Deutschland nie zur Ruhe gelangt, weil aus Brüssel nach Sektoren wechselnd unablässig punktueller Novellierungsdruck kommt. So ist nach entsprechenden Vorbereitungen seit 2005 eine Reform der Vorschriften zum Energiemarkt für 2007 zu erwarten, die Überprüfung des Regimes für die Telekommunikation soll 2006 beginnen,²⁵ für den Bereich der Post ist die Laufzeit der Richtlinie bis 2008 begrenzt und eine Neuregelung für die Herstellung des Binnenmarktes ist bis 2009 vorgesehen.²⁶ Auch bei den Eisenbahnen ist nach dem u.a. im heute geltenden Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) umgesetzten ersten Infrastrukturpaket das zweite von 2004 schon in Kraft und das dritte Infrastrukturpaket in der Diskussion.²⁷

Kurz: Da das europäische Recht für jeden Sektor getrennt konzipiert ist und zu je unterschiedlichen Zeitpunkten mit unterschiedlichen Inhalten neu gestaltet wird, könnte manches dafür sprechen, die Regelungen im innerstaatlichen Recht parallel dazu unabhängig voneinander zu gestalten und fortzuentwickeln. So würde gewährleistet, dass für die jeweils Betroffenen auch in der Zeitachse verlässliches Recht besteht und damit ein Rahmen, in dem Wettbewerb sich wirklich entwickeln und seine positiven Kräfte zugunsten des Verbrauchers im Binnenmarkt entfalten kann.

²⁵ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bericht über die Ergebnisse der Überprüfung des Umfangs des Universaldienstes gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 2002/22/EG, KOM(2006) 163 v. 7.4.2006, Ziff. 1, 4 und 5. Ebenso die Mitteilung der Kommission „i2010“ – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“, KOM(2005) 229, Ziff. 2 (Kasten a.E.).

²⁶ Vgl. Art. 7 III und 27 Postrichtlinie.

²⁷ Vgl. dazu Ruge, Netzzugang (Fn. 1), S. 8 f. Zum 3. Infrastrukturpaket s. die Mitteilung der Kommission vom 3. März 2004: Fortsetzung der Integration des europäischen Eisenbahnsystems – drittes Eisenbahnpaket, KOM (2004) 140 endg., zu finden unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0140de01.pdf. Eine Erweiterung der Befugnisse der Regulierungsbehörden ist nach dem Zeitplan erst nach einer Bilanz ihrer jetzigen Tätigkeit geplant, vgl. ebd., Ziff. 1.2., Maßnahme 3.

3. Regelungsansätze und Konsistenz des Sekundärrechts zur Regulierung

Ein Blick in die relevanten europäischen Richtlinien zeigt in der Tat, dass hier erhebliche Unterschiede in Regelungsansatz, Umfang, Struktur und Regelungsstil bestehen. Entsprechend disparat sind die Regelungen für jeden Sektor im deutschen Umsetzungsrecht.²⁸ Sektorübergreifende Gemeinsamkeiten bzw. Gestaltungsspielräume gibt es aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht allerdings insoweit, als es um die Ziele und um Fragen der Organisation, des Verwaltungsverfahrens und auch des Rechtsschutzes geht.

Beispiel einer überaus detaillierten und intensiven Regelung sind die Richtlinien zur Telekommunikation. Im Kern auf Themen des Regulierungsverwaltungsrechts konzentriert ist die Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (im folgenden: TK-Rahmenrichtlinie),²⁹ die nach ihrem Artikel 1 I „die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden sowie eine Reihe von Verfahren fest(legt), die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten“. In 30 Artikeln finden sich hier detaillierte Bestimmungen zu Behörde und Verfahren, einschließlich der Kooperation mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission, zu deren besonderen Aufgaben sowie zum Rechtsschutz. Mit den vier Einzelrichtlinien betreffend den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (TK-Zugangsrichtlinie),³⁰ die Genehmigung solcher Netze und Dienste (TK-Genehmigungsrichtlinie),³¹ die Universaldienste und Nutzerrechte (TK-Universaldienstrichtlinie)³² sowie den Datenschutz (TK-Datenschutzrichtlinie)³³ werden sehr spezifische Pflichten der Mitgliedstaaten, der Unternehmen und der Regulierungsbehörden formuliert, so detailliert, wie es in den anderen Sektoren nicht der Fall ist.

Schon beim Energiemarkt ist die Regelungsintensität hinsichtlich der Regulierungsbehörden wesentlich geringer. Die Richtlinie 2003/54/EG zum Elektrizitätsbinnenmarkt (Elektrizitätsrichtlinie)³⁴ mit insgesamt 32 Artikeln enthält zu Organisation und Verfahren hinsichtlich der Regulierungsbehörde nur eine Vorschrift

²⁸ S. jetzt den Überblick bei Storr, Regulierungsrecht (Fn. 6), S. 1022 ff.

²⁹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. 2002 L 108/33.

³⁰ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. 2002 L 108/7.

³¹ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. 2002 L 108/21.

³² Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. 2002 L 108/51.

³³ Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. 1998 L 24/1.

³⁴ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 L 176/57.

(Art. 23), freilich mit 12 Absätzen. Dem entspricht die Regelung in Art. 25 der insgesamt 35 Artikel zählenden Richtlinie 2003/55 zum Erdgasbinnenmarkt (Erdgasrichtlinie).³⁵ In Umfang und Gegenstand noch begrenzter ist die im Jahre 2002 geänderte Richtlinie 97/67/EG zum Binnenmarkt der Postdienste (Postrichtlinie),³⁶ die bei insgesamt 28 Artikeln in Art. 22 mit drei kurzen Absätzen die Regulierungsbehörde anspricht. Etwas ausführlicher werden Einrichtung und Aufgaben der Behörde, Verfahrensbestimmungen und Rechtsschutz sowie die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsstellen wiederum in Art. 30 und 31 der insgesamt 40 Artikel zählenden Richtlinie 2001/14/EG zum Eisenbahnverkehr (Bahnrichtlinie)³⁷ geregelt.

Auch die Regelungsansätze der Richtlinien unterscheiden sich erheblich.

- Die Postrichtlinie konzentriert sich auf die Gewährleistung des Universaldienstes, mit vergleichsweise marginalen Aufgaben für die Regulierungsbehörde.
- Die Bahnrichtlinie beschränkt sich angesichts der „Monopolstellung der Betreiber der Infrastruktur“ (Erwägungsgrund 29) auf relativ allgemeine Grundsätze und Verfahren für die Festlegung und Berechnung von Weegeentgelten im Eisenbahnverkehr und die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn (Art. 1 I), deren Einhaltung *durch* die Betreiber die Regulierungsbehörde als Aufsichts- und Beschwerdestelle zu gewährleisten hat.
- Viel weitergehend ist der Ansatz der Richtlinien für die Energiemärkte, wo für Elektrizität und Erdgas im Ansatz und in den wesentlichen Inhalten parallele Regelungen vorgesehen sind. Hier geht es um die Verwirklichung eines wettbewerblichen Binnenmarktes, wobei an der Spitze der allgemeinen Vorschriften für die Organisation des Sektors eine Regelung über „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und Schutz der Kunden“ steht, einerseits etwa zu Versorgungssicherheit, Qualität und Preis der Versorgung sowie zum Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz und Klimaschutz, andererseits zur Sicherstellung der Grundversorgung für alle Haushalts-Kunden und Kleinunternehmen (Art. 3). Vor allem enthalten die Richtlinien detaillierte Vorschriften über Genehmigungsverfahren für neue Kapazitäten, den Betrieb von Übertragungs- und Verteilernetzen, Entflechtungsregelungen und die Organisation des Netz-

³⁵ Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 L 176/37

³⁶ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsamen Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 L 15/14. Knapp sind auch die betreffenden Erwägungsgründe, vgl. Ziff. (39): „Im Interesse des reibungslosen Funktionierens des Universaldienstes und eines ungestörten Wettbewerbs im nichtreservierten Bereich müssen Regulierungs- und Betriebsfunktionen getrennt werden. Kein Postbetreiber darf Richter in eigener Sache sein. Die Mitgliedstaaten müssen deshalb den Status einer oder mehrerer Regulierungsbehörden festlegen, die sowohl Behörden als auch unabhängige, zu diesem Zweck benannte Stellen sein können.“

³⁷ Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. 2001 L 75/29.

zugangs. Bei allem kommt den nationalen Regulierungsstellen einzeln und miteinander eine umfassende Gewährleistungsfunktion mit erheblichen Eingriffsbefugnissen zu.

- Die besondere Komplexität der Materie, das Nebeneinander verschiedener Kommunikationsnetze und -techniken und der schon fortgeschrittenere Stand der Liberalisierung sind der Grund für noch differenziertere Regelungen zur Telekommunikation. Hier sind die Regelungsgegenstände systematisch aufgeteilt auf die TK-Rahmenrichtlinie, die einen harmonisierten Rahmen für die Regulierung festlegt, insbesondere die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden und eine Reihe von Verfahren, die „die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten“ soll (Art. 1). Harmonisierte Vorschriften für die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste ist speziell Gegenstand der TK-Genehmigungsrichtlinie. Die TK-Zugangsrichtlinie setzt sich dann das Ziel, speziell mit der Harmonisierung der Regulierung des Zugangs und der Zusammenschaltung elektronischer Kommunikationsnetze und zugehöriger Einrichtungen „einen Rechtsrahmen für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern zu schaffen, der einen nachhaltigen Wettbewerb und die Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsnetze gewährleistet und die Interessen der Verbraucher fördert“ (Art. 1 I). Dem Universaldienst und den Nutzerrechten mit entsprechenden Vorschriften über – auch soziale – Verpflichtungen der Anbieter, Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf speziellen Märkten sowie dem Schutz der Interessen und Rechte der Endnutzer ist die TK-Universaldienstrichtlinie gewidmet, während die TK-Datenschutzrichtlinie mit den Regelungen zur Datensicherheit und zum Schutz der Vertraulichkeit den Bereich der Regulierung nicht betrifft.

Den Unterschieden der Richtlinien in Umfang, Reichweite und Regelungsansatz stehen eine Reihe von Gemeinsamkeiten gegenüber. Dazu gehört zunächst das gemeinsame, freilich in unterschiedlichem Maße verwirklichte Ziel, nämlich die Märkte von der früher idR. durch staatliche Monopole geprägten Struktur in einen europaweiten wettbewerblichen Binnenmarkt zu überführen und dabei die flächendeckende Grundversorgung der Bevölkerung mit hoher Qualität zu erschwinglichen Preisen zu gewährleisten. Gemeinsam, wenn auch unterschiedlich strukturiert, ist allen betroffenen Märkten die Netzabhängigkeit, wobei die Netze nicht oder nur in beschränktem Maße duplizier- oder vermehrbar sind, so dass Regelungen über den offenen und diskriminierungsfreien Zugang und gegenüber den Betreibern der Netze, soweit sie Monopolisten sind oder – worauf im Telekommunikationsbereich abgestellt wird – beträchtliche Marktmacht besitzen, auch eine Entgelt- oder Preiskontrolle notwendig umfassen. Dies ist im Grundsatz der Aufgabenbereich der nationalen Regulierungsbehörden. Er ist nach allen Richtli-

nien im einzelnen zwar unterschiedlich ausgeprägt, durchweg geht es aber um unabhängige Behörden, die mit Aufgaben der Gewährleistung, Überwachung und Streitentscheidung betraut sind.

Im Blick auf diese Gemeinsamkeiten erscheint es durchaus naheliegend, eine übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts ins Auge zu fassen, allerdings müsste sie durch sektorspezifische Einzelregelungen ergänzt werden, um den im Gemeinschaftsrecht angelegten Differenzierungen gerecht zu werden. Inwieweit angesichts des unterschiedlichen Entwicklungsstandes der Liberalisierung und der unterschiedlichen Dynamik der Entwicklung in den betreffenden Märkten und der europäischen Gesetzgebung dazu innerstaatlich eine übergreifende Regelung wirklich sinnvoll ist, hängt allerdings davon ab, ob die Gemeinsamkeiten in der Substanz ausreichend Gewicht haben gegenüber der Eigengesetzlichkeit der Detailregelungen für die unterschiedlichen Sektoren.

II. Gemeinsamkeiten und sektorielle Eigengesetzlichkeit

Miteinander abzuwägen sind demnach Gemeinsamkeiten und Umsetzungsspielräume, die von den europarechtlichen Vorgaben aus gesehen Inhalt eines allgemeinen Teils des deutschen Regulierungsgesetzes sein könnten, gegen sektorspezifische Einzelheiten, die ggf. einzelnen Kapiteln zu jedem Sektor oder eigenen sektorspezifischen Einzelregelungen vorbehalten bleiben müssten³⁸. Die Untersuchung konzentriert sich auf das Verhältnis der Regulierungsbehörden zu den nationalen Wettbewerbsbehörden (dazu 1.), die Aufgabenfelder und Befugnisse der Regulierungsbehörden (dazu 2.), die regulierungsspezifischen Vorschriften zum Verwaltungsverfahrensrecht (dazu 3.) sowie die Fragen des Rechtsschutzes und Rechtswegs (dazu 4.).

1. Regulierungsbehörde und nationale Wettbewerbsbehörden

Die Postrichtlinie legt in Art. 22 nicht mehr fest, als dass „jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere nationale Regulierungsbehörden für den Postsektor (bestimmt), die von den Postbetreibern rechtlich getrennt und betrieblich unabhängig ist/sind.“ Wenn die Erdgas- und Elektrizitätsrichtlinien für die betreffenden Sektoren noch deutlicher betonen, dass die Behörden „von den Interessen der Erdgas- (bzw. Elektrizitäts-)wirtschaft vollkommen unabhängig sein“ müssen (Art. 25 bzw. 23), steht dies zur Postrichtlinie nicht in Widerspruch, sondern kann als Verstärkung begriffen werden. Präziser noch ist Art. 30 I der Bahnrichtlinie: Die „Regulierungsstelle“ kann hiernach das für Verkehr zuständige Ministerium sein oder „eine andere Behörde“, die „organisatorisch, bei ihren Finanzierungsbeschlüssen, recht-

³⁸ Auf die Struktur eines übergreifenden Gesetzes soll hier nicht weiter eingegangen werden. Einem Hinweis meines Kollegen Hans-Peter Schwintowski verdanke ich die Idee, sich evtl. an der Gestaltung des SGB zu orientieren.

lich und in ihrer Entscheidungsfindung von Betreibern der Infrastruktur, entgelterhebenden Stellen, Zuweisungsstellen und Antragstellern unabhängig“ ist. In ähnlicher Weise fordert Art. 3 II der TK-Rahmenrichtlinie die rechtliche und funktionale Unabhängigkeit von allen Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze, -geräte oder -dienste anbieten, wobei im Fall der Beteiligung eines Mitgliedstaates an solchen Unternehmen gefordert wird, dass „sie eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen“.

Das Ziel dieser Bestimmungen ist in allen Fällen dasselbe: Es geht darum, dass die nationalen Regulierungsbehörden, wie es Art. 3 III der TK-Rahmenrichtlinie ausdrückt, ihre Befugnisse „unparteiisch und transparent“ ausüben. Dem stünde jede Möglichkeit der Einflussnahme der Betroffenen, d.h. der Interessenkollision zwischen Regulierer und Reguliertem entgegen. Wenn die Bundesnetzagentur als einheitliche Regulierungsbehörde strukturell und organisatorisch von den Marktteilnehmern getrennt ist, dürfte eine übergreifende Regelung sie betreffend kein Problem darstellen.

Über das Verhältnis der Regulierungsbehörden zu den nationalen Wettbewerbsbehörden ist in den Richtlinien nicht viel gesagt. Nur im Bereich der Telekommunikation wird nach § 3 IV und V TK-Rahmenrichtlinie zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden unterschieden, wenn hier eine Zusammenarbeit bzw. ein Informationsaustausch zwischen beiden angeordnet wird. Ob dies die Übertragung der Regulierungsaufgaben auf die Wettbewerbsbehörde ausschließt, ist fraglich. Die Unterscheidung, die gegenüber dem Wettbewerbsrecht eigenständigen Vorschriften zur Regulierung wie auch die oben beschriebene Aufteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Kommission legen allerdings trotz des gelegentlichen Verweises auf die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags³⁹ nahe, dass das europäische Recht von einem grundsätzlich unterschiedlichen Aufgabenspektrum von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden ausgeht, Einzelheiten allerdings der Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten überlässt.

Organisationsrechtliche Grenzen dürften sich aus dem europäischen Recht aber hinsichtlich der Frage ergeben, in welchem Umfang die Regulierungsbehörden von den zuständigen Ministerien unabhängig sein müssen oder aber ihnen gegenüber weisungsunterworfen sein können. In dem Umfang, in dem wie vor allem im Telekommunikationsbereich, aber auch im Energiesektor nationale Entscheidungen inhaltlich auch das Ergebnis eines Abstimmungsprozesses mit den anderen nationalen Behörden sowie der Kommission im europäischen Regulierungs-

³⁹ S. dazu unten, S. 26.

verbund sein müssen, kann ein Weisungsrecht nicht zugelassen werden, da der Minister an der Koordinierung nicht teilgenommen hat.⁴⁰

2. Aufgabenfelder und Einzelbefugnisse der Regulierungsbehörden

Die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft stellen hinsichtlich der Aufgaben der Regulierungsbehörden in den Mitgliedstaaten nicht notwendig abschließende Regelungen dar. Auch Aufgaben, die nach den Richtlinien den Mitgliedstaaten zukommen, können von diesen den Regulierungsbehörden zugewiesen werden.⁴¹ Allgemein ist den Regulierungsbehörden, wie etwa in Art. 8 II-IV TK-Rahmenrichtlinie formuliert, die Förderung des Wettbewerbs, die Entwicklung des Binnenmarktes und der Schutz der Interessen der Bürger der Union aufgegeben. Die Energierichtlinien formulieren ihrerseits in Art. 23 bzw. 25 der Elektrizitäts- bzw. Erdgasrichtlinie als Mindestaufgabe,

„Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren des Marktes sicherzustellen und ein Monitoring... durchzuführen,“

und dies in Bezug auf eine Reihe von Vorgaben und Verpflichtungen, die in der Richtlinie im einzelnen festgelegt sind. Wenn die Bahn- und Postrichtlinien insofern weniger explizit sind und neben der Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtungen der Unternehmen nach der Richtlinie nur konkretere Aufgaben festlegen, liegen dem die genannten allgemeinen Aufgaben der Regulierungsbehörden doch in gleicher Weise zugrunde.

Im Einzelnen enthalten die Richtlinien sehr unterschiedlich detaillierte Aufgabenzuweisungen für die Regulierungsbehörden. Die Aufgaben lassen sich zwar in bestimmten Themengruppen einteilen, die europäischen Vorgaben enthalten aber hinsichtlich der Befugnisse und Bedingungen, unter denen die Regulierungsbehörde in jedem Bereich handelt, wenig Gemeinsames. Die Gegenüberstellung einer nach Sektoren gegliederten Übersicht (dazu a.) mit einer nach Aufgabenfeldern gegliederten Analyse (dazu b.) erlaubt gleichwohl die Feststellung, dass für eine übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts ausreichend „Masse“ und Spielraum gegeben ist (dazu c.).

a. Aufgaben der Regulierungsbehörden nach Sektoren

aa. Der Postmarkt

Die nationalen Regulierungsbehörden sind nach dem geänderten Art. 22 III der Postrichtlinie „insbesondere dafür zuständig, die Einhaltung der sich aus dieser

⁴⁰ Vgl. auch unten, S. 44, zur Unvertretbarkeit der Entscheidungen.

⁴¹ Ausdrücklich etwa Art. 4 und 7 V Elektrizitätsrichtlinie zum Monitoring der Versorgungssicherheit bzw. zur Ausschreibung neuer Kapazitäten.

Richtlinie ergebenden Verpflichtungen zu kontrollieren, und legen gegebenenfalls Kontrollen und spezifische Verfahren fest, um sicherzustellen, dass die reservierten Dienste beachtet werden.“ Ihnen ist in Art. 2 VIII die Definitionskompetenz für den Begriff "signifikante Anzahl von Empfängern" bei der Direktwerbung übertragen. Nach Art. 3 V können die nationalen Regulierungsbehörden die Gewichtsobergrenze für Postpakete, die unter den Universaldienst fallen, auf einen Wert anheben, der 20 kg nicht übersteigt,⁴² und Sonderregelungen für die Hauszustellung von solchen Postpaketen vorsehen. Sie erkennen außergewöhnliche Umstände und Ausnahmen an und bestimmen Modalitäten hinsichtlich der Universaldienstleistungen (Art. 3 III-V) und sorgen für die Überprüfung und genehmigen ggf. die Kostenrechnungssysteme der Universaldienstleister (Art. 14 IV und V). Auch führen sie die Leistungskontrolle dieser Anbieter nach Art. 17 III durch. Sie sorgen nach Art. 18 III für Abhilfe, wenn im grenzüberschreitenden Postverkehr von der Kommission im Rahmen ihrer Kontrollaufgabe Leistungsmängel festgestellt werden. Sie können nach Art. 14 VIII die Verpflichtung der Universaldienstleister zur besonderen Kostenrechnung aufheben, wenn der Mitgliedstaat weder Dienste reserviert noch einen Ausgleichsfonds geschaffen hat. All dies impliziert die Befugnis zum Erlass individueller und auch allgemeiner Regelungen für Unternehmen.

bb. Eisenbahnverkehr

Die Bahnrichtlinie ist hinsichtlich der Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde enger: Die Regulierungsstelle ist überwiegend Aufsichtsbehörde. Nach Art. 30 II entscheidet sie über Streitigkeiten zwischen Betreiber der Infrastruktur und Eisenbahnunternehmen, wenn der Antragsteller sich diskriminiert, ungerecht behandelt oder sonst in seinen Rechten verletzt fühlt. Sie gewährleistet, dass die vom Betreiber festgesetzten Entgelte den Bestimmungen der Richtlinie (Kap. II) entsprechen und nicht diskriminierend sind, und soll ggf. Verhandlungen zwischen Antragstellern und Betreibern der Infrastruktur beaufsichtigen (Art. 30 III Bahnrichtlinie). Hier stehen Befugnisse zur Entscheidung gegenüber Unternehmen in Einzelfällen im Vordergrund.

cc. Energiebinnenmarkt

Die Regulierungsbehörden im Elektrizitätsbereich haben nach Art. 23 I Elektrizitätsrichtlinie „zumindest die Aufgabe, Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren des Marktes sicherzustellen“, sowie ein „monitoring“ durchzuführen. Dies betrifft u.a. die Verbindung des Netzes zu anderen Mitgliedstaaten, Kapazitätsengpässe im nationalen Elektrizitätsnetz, die Entflechtung

⁴² In Deutschland wurde dieser Spielraum durch § 4 I b) PostG mit der Definition der Postdienstleistungen ausgeschöpft.

der Elektrizitätsunternehmen und den Netzzugang neuer Elektrizitätserzeuger. Sie sollen Methoden und Bedingungen für Anschluss und Zugang zu den Netzen sowie für Ausgleichsleistungen festlegen bzw. diese ggf. genehmigen oder ablehnen (Art. 11 VII und 20 I, Art. 23 II Elektrizitätsrichtlinie, s. auch Art. 18 I, Erdgasrichtlinie), einschließlich der Tarife für die Übertragung und Verteilung. Die Regulierungsbehörden haben nach Art. 23 V bzw. Art. 25 IV Elektrizitäts- bzw. Erdgasrichtlinie die Befugnis, den Netzbetreibern die Änderung der Bedingungen, Tarife, Regeln, Mechanismen und Methoden aufzugeben, „um sicherzustellen, dass diese angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden“. Sie sollen über Streitigkeiten der Beteiligten diesbezüglich entscheiden (Art. 23 Abs. 5) und „zur Entwicklung des Binnenmarktes und zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen durch transparente Zusammenarbeit untereinander und mit der Kommission“ beitragen (Art. 23 Abs. 12). Entsprechend lautet Art. 25 der Erdgasrichtlinie.

dd. Telekommunikationsmarkt

Allgemeine Regelungs- und individuelle Entscheidungsbefugnisse sieht auch die TK-Rahmenrichtlinie für die Regulierungsbehörden vor. In der jeweils weiter präzisierten Weise fördern sie nach Art. 8 II den Wettbewerb, tragen nach Art. 8 III zur Entwicklung des Binnenmarktes bei und fördern nach Art. 8 IV die Interessen der Bürger der europäischen Union. Ihnen obliegt die Verwaltung der Funkfrequenzen und die Harmonisierung ihrer Nutzung in der Gemeinschaft (Art. 9),⁴³ sie kontrollieren nach Art. 10 die Nummerierung und legen Verfahren für eine objektive, transparente und nichtdiskriminierende Zuteilung der Nummerierungsressourcen fest. Sie fördern nach Art. 12 die gemeinsame Nutzung des öffentlichen und privaten Grundbesitzes durch die Netzanbieter, legen nach Art. 15 III unter Berücksichtigung der Empfehlungen und Leitlinien der Kommission die relevanten geographischen Märkte fest und führen nach Art. 16 die Analysen der relevanten Märkte durch. Sie ermitteln Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und erlegen diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen insbesondere hinsichtlich Netzzugang und Universaldienst gemäß den Einzelrichtlinien auf. Dabei treffen sie individuelle Entscheidungen oder erlassen allgemeine Regelungen. Schließlich treffen die nationalen Regulierungsbehörden auf Antrag verbindliche Entscheidungen im Falle von Streitigkeiten zwischen Unternehmen im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus dieser Richtlinie (Art. 20 TK-Rahmenrichtlinie).

⁴³ Zur Kontrolle der Einhaltung der Bedingungen der Allgemeingenehmigung, der Nutzungsrechte oder besonderen Verpflichtungen vgl. Art. 10 II Genehmigungsrichtlinie.

ee. Zwischenbilanz

Die Aufgaben der Regulierungsbehörde in den verschiedenen Sektoren greifen unterschiedlich weit. Sie stehen allerdings nicht in Widerspruch zueinander, sondern sind neben der Zielsetzung auch vom Typus her eher ähnlich. Sie könnten einer Behörde kumulativ nach Sektor differenzierend zugewiesen werden. Insofern steht einer Bündelung in einer Behörde im Rahmen einer gemeinsamen, freilich in den Einzelheiten differenzierenden Regelung nichts entgegen. Handlungsermächtigungen für die nationalen Regulierungsbehörden können sich aus den Richtlinien direkt ohnehin nicht ergeben; das unterschiedliche Aufgabenspektrum in den verschiedenen Märkten schließt nicht aus, dass sie im Rahmen einer übergreifenden Regelung nach Sektoren zusammengefasst und den Richtlinien entsprechend differenzierend geregelt werden.

b. Kompetenzzuteilung nach Aufgabenfeldern

Eine systematische Gliederung der der Regulierungsbehörde zukommenden Kompetenzen und Befugnisse erlaubt es, neben der allgemeinen Überwachungsaufgabe im Blick auf die Verpflichtungen der Unternehmen aus den Richtlinien⁴⁴ sechs für eine übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts zentrale Aufgabenfelder zu unterscheiden :

aa. Gewährleistung der Netze, Infrastruktur und Versorgungssicherheit

Aufgabe der Mitgliedstaaten ist es, in den Bereichen Energie, Telekommunikation und Eisenbahn in unterschiedlicher Weise, für die Bereitstellung und –haltung, für die grenzüberschreitende Verbindung und effektive Verwaltung der Netze und Infrastruktur zu sorgen. Hierzu gehört speziell etwa nach Art. 8 der Elektrizitätsrichtlinie die Benennung der Übertragungsnetzbetreiber und die Sorge dafür, dass diese ihre Pflichten nach Art. 9-12 einhalten, insbesondere die nötigen Kapazitäten bereitzuhalten, die Übertragung der Energie durch das Netz ggf. im Austausch mit anderen Verbundnetzen zu regeln und objektive, transparente und nichtdiskriminierende Ausgleichsregelungen festzulegen. Entsprechendes gilt für die Verteilernetzbetreiber nach Art. 13 ff. der Richtlinie. Art. 23 I g) weist den Regulierungsbehörden die Aufgabe der Überwachung der Erfüllung dieser Pflichten ausdrücklich zu. Ähnliche Regeln gelten für den Erdgasmarkt.

Nach der TK-Rahmenrichtlinie gehört zu den besonderen Aufgaben der Regulierungsbehörden nach Art. 23 II u.a. die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (lit. c), die Sicherstellung einer effizienten Nutzung der Funkfrequenzen und der Nummerierungsressourcen (lit. d), nach Abs. 3 der Abbau von Hindernis-

⁴⁴ S. insbes. Art. 22 III der Postrichtlinie, Art. 30 III Bahnrichtlinie, wesentlich spezifischer Art. 23 I bzw. 25 I Elektrizitäts- und Erdgasrichtlinie, ohne allgemeine Aufgabenzuweisung zur Kontrolle ist die TK-Rahmenrichtlinie.

sen für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (lit. a) sowie die Förderung von Aufbau und Entwicklung transeuropäischer Netze, der Interoperabilität europaweiter Dienste und der durchgehenden Konnektivität (lit. b). Den Regulierungsbehörden ist in Art. 9 der TK-Rahmenrichtlinie aber auch die Zuweisung und Verwaltung der Funkfrequenzen zugewiesen, in Art. 10 die Verwaltung der Nummerierungsressourcen, wobei sie insbesondere „objektive, transparente und nichtdiskriminierende Verfahren für die Zuteilung der nationalen Nummerierungsressourcen“ festzulegen haben.

Wohl wegen der staatlichen Eigentümerstellung und Kontrolle (vgl. Art. 87e III GG) über die Betreiber der Infrastruktur der Eisenbahnen zurückhaltender ist die Bahnrichtlinie hinsichtlich Gewährleistung und Ausbau der Eisenbahn-Infrastruktur. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie erklärt lediglich, dass „angesichts der Monopolstellung der Betreiber der Infrastruktur... eine Prüfung der Fahrwegkapazität und kapazitätserhöhender Verfahren vorgeschrieben werden“ sollte, wenn die Anforderungen der Nutzer im Rahmen des Kapazitätsausweisungsverfahrens nicht erfüllt werden können. Entsprechend sieht Art. 25 bei Überlastung eines Fahrwegs eine Kapazitätsanalyse vor, Art. 26 einen Plan des Betreibers der Infrastruktur zur Erhöhung der Fahrwegkapazität. Die Regulierungsbehörde ist nur eingeschaltet, wenn der Betreiber die wegen Überbelastung des betreffenden Fahrwegs nach Art. 7 IV erhöhten Entgelte beibehalten will, obwohl in der Frist von sechs Monaten kein solcher Plan vorgelegt wurde oder er „mit dem im Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität aufgeführten Maßnahmenkatalog keine Fortschritte erzielt“ (Art. 26 III S. 2).

Keine Vorschriften zur Gewährleistung der Infrastruktur bzw. des Netzes enthält die Postrichtlinie. Ihr geht es vornehmlich um die Sicherstellung und die Qualität der Universaldienstleistungen und nur in diesem Rahmen wird das Netz erwähnt.⁴⁵ Dies schließt allerdings ebenso wenig wie die zurückhaltenden Bestimmungen in der Bahnrichtlinie aus, dass eine innerstaatliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde begründet wird, über die Gewährleistung einer ausreichenden und effizienten Infrastruktur in jedem Sektor zu wachen. Dies wäre auch die Voraussetzung der Sicherstellung der Grundversorgung bzw. der Universaldienste, wie sie in allen Bereichen gefordert wird.⁴⁶

⁴⁵ S. aber die Definition in Art. 2 Ziff. „2. „öffentliches Postnetz“ die Gesamtheit der Organisation und der Mittel jeglicher Art, die von dem Anbieter bzw. den Anbietern von Universaldienstleistungen eingesetzt werden, so daß insbesondere folgende Leistungen erbracht werden können:

- die Abholung der unter die Universaldienstpflichten fallenden Postsendungen von Zugangspunkten im gesamten Hoheitsgebiet;
- die Weiterleitung und Bearbeitung dieser Sendungen vom Zugangspunkt des Postnetzes bis zum Zustellzentrum;
- die Zustellung an die auf der betreffenden Sendung befindliche Anschrift;“

⁴⁶ S. dazu unten, S. 28. Zu beachten ist dabei allerdings, dass das Konzept der Universaldienste kein klar definiertes Konzept ist in dem Sinne, dass Universaldienste ausschließlich nach den Kriterien der Richtlinien sichergestellt werden könnten. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ihre Sicherstellung etwa durch Sonderaktionen u.U. ein Rechtfertigungsgrund etwa für Be-

Ein anderes Thema ist die allgemeine Versorgungssicherheit. Ihre Gewährleistung ist ein spezifisches Anliegen der Richtlinien insbesondere im Energiebereich. Nach Art. 4 Elektrizitätsrichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten für ein monitoring der Versorgungssicherheit, das sie auch den Regulierungsbehörden übertragen können. Dasselbe gilt für die Ausschreibung neuer Kapazitäten im Falle von Engpässen oder auch zur Förderung neuer Technologien und des Umweltschutzes nach Art. 7 der Richtlinie. In bezug auf „Mechanismen zur Behebung von Kapazitätsengpässen im nationalen Elektrizitätsmarkt haben die Regulierungsbehörden hierbei nach Art. 23 I lit. b) der Richtlinie eine besondere Verantwortung.

Für die Eisenbahnen gibt es das erwähnte⁴⁷ Verfahren der Kapazitätsanalyse und bei Engpässen die Pflicht des Betreibers der Infrastruktur zur Planung und Realisierung neuer Kapazitäten (Art. 25 und 26 Bahnrichtlinie). Hierzu ist den Regulierungsbehörden keine besondere Zuständigkeit zugewiesen.

In den anderen Sektoren, Post und Telekommunikation, stellt sich das Problem der Versorgungssicherheit des Marktes insgesamt nicht, so dass hier keine entsprechenden Bestimmungen zu finden sind. In einer übergreifenden Regelung wäre also hinsichtlich der Versorgungssicherheit die Einschränkung einzubauen, dass hier Befugnisse der Regulierungsbehörde auf die Bereiche begrenzt sind, in denen die Dienste auf die Bereitstellung nur sehr schwer erweiterbarer nicht duplizierbarer Netzinfrastrukturen angewiesen sind.

bb. Regulierung von Netzzugang und Netzanschluss

Trotz des gemeinsamen Anliegens, allen Nutzern diskriminierungsfreien Netzzugang zu angemessenen Entgelten zu gewährleisten, sind die Bestimmungen der Richtlinien über Netzzugang und Netzanschluss in den Sektoren höchst unterschiedlich und lassen wenig Raum für die übergreifende Umsetzung und Konkretisierung im innerstaatlichen Recht. So enthält die Postrichtlinie in Art. 11 nur einen Auftrag an Rat und Parlament, Harmonisierungsmaßnahmen zu beschließen, „um zu gewährleisten, dass den Nutzern und dem Anbieter bzw. den Anbietern von Universaldienstleistungen Zugang zum öffentlichen Postnetz unter transparenten und nichtdiskriminierenden Bedingungen gewährt wird“. Ein solcher Rechtsakt liegt soweit ersichtlich noch nicht vor. Im Bereich der Eisenbahnen gelten die Bestimmungen über die Zuweisung von Fahrwegkapazität an die Eisenbahnunternehmen (Art. 13 ff. Bahnrichtlinie), wobei die Mitgliedstaaten in einer Rahmenregelung spezifische Regeln für die Zuweisung festlegen (Art. 14), die Zuweisung konkret indessen aufgrund von Rahmenverträgen oder ad-hoc Verhandlungen zwischen Betreiber der Infrastruktur und den Eisenbahnunternehmen

schränkungen der Freiheiten des Kapitalverkehrs, vgl. EuGH Rs. C-282/04 und C-283/04, Urt. v. 28.9.2006, Kommission/Niederlande (golden shares), Rn. 37 ff.

⁴⁷ Vgl. oben, S. 19.

erfolgt (Art. 17, 19 ff.).⁴⁸ Die Regulierungsstelle hat hier nur die Aufgabe der Streitentscheidung und fungiert als Beschwerdeinstanz (Art. 30 II und IV Bahnrichtlinie).

Art. 20 Elektrizitätsrichtlinie gebietet den Mitgliedstaaten die Gewährleistung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage öffentlicher Tarife, wobei die Tarife bzw. die Methoden zu ihrer Berechnung der vorherigen Genehmigung durch die Regulierungsbehörden unterworfen sind. Entsprechend ist die Grundregel in Art. 18 der Erdgasrichtlinie. Hier sind indessen zusätzliche Bestimmungen vorgesehen für den Zugang zu Speicheranlagen (Art. 19) und zu den vorgelagerten Rohrleitungen (Art. 20), wobei den Mitgliedstaaten aufgegeben ist, Maßnahmen zu treffen, damit das Recht auf Zugang aufgrund öffentlicher Tarife bzw. gerechten Bedingungen gewährleistet ist, einschließlich einer Streitbeilegungsregelung. Die Regelung zu den vorgelagerten Rohrleitungsnetzen verfolgt nach Art. 20 III 2 auch das Ziel der

„Vermeidung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, wobei einer gesicherten und regelmäßigen Versorgung, den bestehenden Kapazitäten und den Kapazitäten, die nach vernünftigem Ermessen verfügbar gemacht werden können, sowie dem Umweltschutz Rechnung getragen wird“.

Ohne weitere Bezugnahme auf die Aufgaben der Regulierungsbehörde legen die Richtlinien eine Reihe weiterer Einzelheiten zum Netzzugang im Energiebereich fest. Im Vergleich dazu aber ist der Grad der Detailliertheit der Regelung im Bereich der Telekommunikation erheblich höher und die Regulierungsbehörden werden ausdrücklich in die Pflicht genommen. Ihre Aufgaben und Befugnisse werden in der TK-Zugangsrichtlinie im einzelnen aufgeführt. Nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 5 I der Richtlinie fördern und garantieren sie

„einen angemessenen Zugang und eine geeignete Zusammenschaltung sowie die Interoperabilität der Dienste und nehmen ihre Zuständigkeit in einer Weise wahr, die Effizienz fördert, den Wettbewerb stimuliert und den Endnutzern größtmöglichen Nutzen bringt“.

Die Unternehmen sollen nach Art. 3 der Richtlinie grundsätzlich frei sein, wie in den anderen netzabhängigen Märkten auch, Vereinbarungen über technische oder geschäftliche Zugangs- und/oder Zusammenschaltungsregelungen auszuhandeln. Nach Art. 4 sollen Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze über die Zusammenschaltung verhandeln, „um die gemeinschaftsweite Bereitstellung von Diensten sowie die Interoperabilität zu gewährleisten“. Dabei müssen die Betreiber den Unternehmen den Zugang und die Zusammenschaltung zu Bedingungen anbieten, die mit den von der nationalen Regulierungsbehörde auferlegten Verpflichtungen in Einklang stehen. Die möglichen Verpflichtungen, aber auch ihre Überprüfung und ggf. Aufhebung etwa im Falle, dass eine früher festgestellte be-

⁴⁸ S. in einzelnen auch Ruge, Netzzugang (Fn. 1), S. 16 ff.

trächtliche Marktmacht nicht mehr besteht, sind in den folgenden Artikeln genau festgelegt. Insbesondere sieht Art. 8 iVm. Art. 12 TK-Zugangsrichtlinie präzise Verpflichtungen hinsichtlich des Netzzugangs vor, welche die Regulierungsstellen Betreibern auferlegen können, bei denen eine beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist. Auch die Verpflichtungen zur Transparenz und insbesondere der Veröffentlichung eines hinreichend entbündelten Standardangebots nach Art. 9 sowie die Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang, die sie ihnen nach Art. 10 der Richtlinie auferlegen kann, dienen der Sicherung gleicher Wettbewerbsbedingungen beim Netzzugang.

Angesichts der sektorspezifischen Einzelregelungen gerade im Bereich von Netzzugang und –anschluss könnte in einer übergreifenden Regelung zwar der Grundsatz eines diskriminierungsfreien, zwischen den Betreibern und den Nutzern des Netzes auszuhandelnden Zugangs unter der Kontrolle der Regulierungsbehörde festgelegt werden, die Details aber wären in einzelnen Abschnitten sektorspezifisch zu regeln.

cc. Getrennte Rechnungslegung und Entflechtung

Die europäischen Richtlinien sehen unterschiedliche Regelungen in bezug auf die getrennte Rechnungslegung und die Entflechtung der betroffenen Unternehmen vor und ebenso unterschiedliche Aufgaben der Regulierungsbehörden in dieser Hinsicht. Nach der Postrichtlinie etwa treffen Vorschriften über eine getrennte Kostenrechnung nur Anbieter von Universaldienstleistungen, und selbst hier kann die Regulierungsbehörde beschließen, dass die betreffenden Vorschriften nicht angewandt werden, sofern in diesem Mitgliedstaat keine Dienste reserviert sind und das betreffende Unternehmen keine staatlichen Subventionen erhält (Art. 14 I und VIII Postrichtlinie). Ansonsten müssen die Anbieter zumindest getrennte Konten für jeden Dienst des reservierten Bereichs einerseits und für die nichtreservierten Dienste andererseits führen. Die relativ begrenzte Funktion der Regulierungsstellen ist es dabei, dafür zu sorgen, dass die Rechnung mit dem in Abs. 3 festgelegten oder einem anderen, von ihr genehmigten Kostenrechnungssystem übereinstimmt (Abs. 5).

Für den Telekommunikationssektor sieht Art. 13 TK-Rahmenrichtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten denjenigen Unternehmen eine getrennte Buchführung vorschreiben, die neben dem Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze und –dienste auch in anderen Sektoren tätig sind und dort besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten besitzen. Dass die Regulierungsbehörden von den Mitgliedstaaten mit der Überwachung dieser Trennung betraut werden, ist damit allerdings nicht ausgeschlossen.

Unmittelbar in der Hand der Regulierungsbehörden liegt es dagegen, über die allgemeine Überwachungsaufgabe hinaus, nach Art. 11 der TK-Zugangsrichtlinie, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine getrennte Buchführung vorzuschreiben und insbesondere vertikal integrierten Unternehmen eine transparente Gestaltung der Großkundenpreise und internen Kostentransfers aufzuerlegen, vor allem um Verstöße gegen Gleichbehandlungsverpflichtungen und unlautere Quersubventionierung zu verhindern.

Im Prinzip ähnlich ist die Verpflichtung zur Entflechtung der Rechnungslegung bei Elektrizitätsunternehmen nach Art. 19 Elektrizitätsrichtlinie „für ihre Übertragungs- und Verteilungstätigkeiten“, gegenüber damit nicht zusammenhängenden Tätigkeiten und ggf. auch Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitätsbereichs. Als Zweck nennt die Vorschrift ausdrücklich die „Vermeidung von Diskriminierung, Quersubventionierung und Wettbewerbsverzerrungen“. Diese Verpflichtung tritt neben die Pflicht zur Veröffentlichung und Prüfung der Jahresabschlüsse und trifft alle Elektrizitätsunternehmen, nicht nur diejenigen mit beträchtlicher Marktmacht. Sie wird nach Art. 23 I lit. e) der Richtlinie von den Regulierungsbehörden überwacht. Entsprechendes regelt die Erdgasrichtlinie in Art. 17 und 25 I lit. e).

Eine rechtliche Entflechtung von Übertragungs- und Verteilernetzbetreibern im Elektrizitätsbereich sehen Art. 10 und 15 Elektrizitätsrichtlinie vor, soweit der Übertragungs- bzw. Verteilernetzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen gehört. Er muss „zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen“ sein, die nicht mit der Übertragung bzw. Verteilung zusammenhängen. Dies betrifft vor allem die personelle Weisungsunabhängigkeit (Abs. 2). Ausdrücklich nicht erfasst ist jedoch die Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Übertragungs- bzw. Verteilernetzes (Abs. 1 S. 2). Dafür müssen die Netzbetreiber ein „Gleichbehandlungsprogramm“ aufstellen, dessen ausreichende Überwachung zu gewährleisten ist. Die für die Überwachung zuständige Person oder Stelle muss der Regulierungsbehörde jährlich einen Bericht über die getroffenen Maßnahmen vorlegen (Abs. 2 lit d). Auch hier also hat die Regulierungsbehörde primär eine Kontrollfunktion.

Darüber hinaus geht ihre Rolle auch nicht bei der besonderen Art der Entflechtung zum Zwecke fairer Wettbewerbsbedingungen, die in Art. 12 TK-Rahmenrichtlinie vorgesehen ist. Er verlangt eine „tatsächliche und strukturelle Trennung“ zwischen der für die Erteilung der Wegerechte zuständigen Stelle und den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle bei Behörden oder Gebietskörperschaften, die an Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste beteiligt sind oder diese kontrollieren.

Einen anderen Weg geht das europäische Recht im Bereich des Eisenbahnverkehrs, wo eine wirkliche Entflechtung nicht vorgesehen ist und wegen der (vorerst) bleibenden staatlichen Verantwortung jedenfalls für das Schienennetz nicht Wettbewerb, sondern die Zusammenarbeit zwischen den Betreibern der Infrastruktur der Ausgangspunkt ist.⁴⁹ Für den Fall aber, dass der Betreiber der Infrastruktur „rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht vom Eisenbahnunternehmen unabhängig“ ist, verlangt Art. 4 II Bahnrichtlinie, dass seine Aufgaben und Pflichten hinsichtlich der Weegeentgelte „von einer entgelterhebenden Stelle wahrgenommen wird, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist“. Dasselbe gilt nach Art. 14 II für die Zuweisung von Fahrwegkapazität. Wenn, wie nach § 9a AEG diese Unabhängigkeit gewährleistet ist, bedarf es der Ausgliederung nicht. Also ist insofern auch keine Aufsicht durch die Regulierungsbehörde gefordert. Allerdings erfüllen die nationalen Regulierungsstellen hier eine besondere Überwachungsaufgabe, wenn sie nach Art. 30 II Bahnrichtlinie zu gewährleisten haben, dass „die vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzten Entgelte dem Kapitel II (sc. Grundsätze und Regeln über die Festsetzung der Entgelte) entsprechen und nichtdiskriminierend sind“. Da und soweit die Betreiber der Infrastruktur noch im Eigentum des Staates stehen, wäre ein Weisungsrecht des zuständigen Ministers gegenüber der Regulierungsbehörde insofern mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar.

Strebt man nicht über die Vorgaben der Richtlinien hinausgehend durchgängig jedenfalls die rechtliche Entflechtung von Netzanbietern und operativen Diensteanbietern an,⁵⁰ so müsste eine übergreifende Regelung des Regulierungsrechts im Blick auf die Entflechtung differenzierend gestaltet sein. Dies gilt auch hinsichtlich der Aufgaben der Regulierungsbehörde, soweit die Richtlinien mehr vorschreiben, als die bloße Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen, die den Unternehmen auferlegt sind.

dd. Kontrolle der Entgelte, Tarife und Kostenmaßstab

Wegen des „natürlichen Monopols“, das der Fahrweg beim Eisenbahnverkehr darstellt,⁵¹ enthält die Bahnrichtlinie sehr detaillierte Bestimmungen über die Weegeentgelte. Im Mittelpunkt steht der Ausschluss jeglicher Diskriminierung (s. etwa Art. 4 V, 5 I, 8 III), es geht aber auch um die Wettbewerbsfähigkeit des Eisenbahnverkehrs gegenüber anderen Verkehrsträgern (Art. 6 I, 2. Uabs.), insbeson-

⁴⁹ Vgl. Art. 4 III Bahnrichtlinie: „Die Betreiber der Infrastruktur arbeiten im Interesse einer effizienten Durchführung von Eisenbahnverkehrsdiensten, die mehrere Schienennetze berühren, zusammen...“.

⁵⁰ Zur Grundrechtsproblematik vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Unbundling, in: Jürgen F. Baur/Kai Uwe Pritschke/Stefan Simon (Hrsg.), Unbundling in der Energiewirtschaft. Ein Praxishandbuch, 2006, S. 33 (Rn. 27 ff.).

⁵¹ Vgl. Erwägungsgrund 40 der Bahnrichtlinie.

dere die „bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs und die effiziente Nutzung des Transeuropäischen Schienengüternetzes“ (Art. 4 III, 8 I) und „Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte“ (Art. 6 II). Das Entgelt für das Mindestpaket (Art. 5 I) und den Schienenzugang zu Serviceeinrichtungen soll grundsätzlich in Höhe der Kosten festgelegt werden, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (Art. 7 III). Wenn die Regulierungsbehörde nach Art. 30 III Bahnrichtlinie zu gewährleisten hat, dass die festgelegten Entgelte den in diesem Kapitel genannten Bestimmungen entsprechen, sind somit als Maßstab dafür grundsätzlich die effektiven Kosten verbunden mit einem Anzeielement zur Steigerung der Effizienz anzusehen. Die zur Überprüfung notwendigen Informationen kann die Regulierungsstelle von den Betreibern der Infrastruktur nach Art. 7 II 30 IV einholen.

Auch die Postrichtlinie sieht Grundsätze zu den Tarifen vor, allerdings beziehen sich diese auf die Universaldienstleistungen und hinsichtlich der grenzüberschreitenden Erbringung von Postdiensten auf die Endvergütungen (Art. 12 und 13 Postrichtlinie). Da das öffentliche Postnetz (Art. 2 Nr. 1) wesentlich die reservierten und Universaldienste betrifft, sind hierfür bislang⁵² weder der Zugang noch entsprechende Entgelte ins Blickfeld der Regulierung gelangt.

Im Energiesektor dagegen spielt die Entgeltregulierung eine wichtige Rolle. Art. 20 mit 23 II a Elektrizitätsrichtlinie (Art. 18 mit 25 II a Erdgasrichtlinie) verlangen nicht nur veröffentlichte Tarife, die nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden, sondern auch die Genehmigung der Tarife oder der Methoden ihrer Berechnung durch die Regulierungsbehörde. Die Tarife sind nach Art. 23 II a S. 2 bzw. Art. 25 II a S. 2 der Richtlinien so zu gestalten, dass „die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist“. Die Behörde kann auch eine Änderung der Tarife und Methoden verlangen, „um sicherzustellen, dass diese angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden“. Über einen Maßstab der Kontrolle sagt die Richtlinie im übrigen allerdings nichts aus. Die Mitgliedstaaten haben insoweit einen breiten Entscheidungsspielraum für die Festlegung der Kriterien, was als „angemessen“ anzusehen ist.

Art. 13 TK-Zugangsrichtlinie enthält hinsichtlich der Tarife die detailliertesten Vorgaben und zugleich die genaueste Bestimmung der Befugnisse der Regulierungsbehörden. Allerdings ist dies beschränkt auf Unternehmen mit beträchtlicher

⁵² Vgl. Art. 7 III der geänderten Postrichtlinie, wonach eine Prospektivstudie anzufertigen ist mit der Perspektive evtl. bis 2009 die Vollendung des Binnenmarktes erreicht werden soll.

Marktmacht, die aufgrund des Verfahrens nach Art. 14 ff. TK-Rahmenrichtlinie bestimmt werden (Art. 8 II Zugangsrichtlinie). Art. 13 I lautet:

„Weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, so kann die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Artikel 8 hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen und ihm bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen. Die Regulierungsbehörden tragen den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglichen ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei die damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen sind“.

Die Tarifsysteme und Kostendeckungsmechanismen müssen nach Art. 13 II die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sein. Dabei tragen die Betreiber die Beweislast für die Rechtfertigung der Preise aus den Kosten, die Kosten können aber auch von der Behörde unabhängig berechnet werden (Abs. 3).

Eine besondere Kontrollbefugnis hinsichtlich der Tarife im Bereich der Telekommunikation ist den Regulierungsbehörden direkt durch Art. 4 II der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zugewiesen.⁵³ Sie können hiernach u.a. die Änderung des Standardangebots für den entbündelten Teilnehmerzugang einschließlich der Preise verlangen, wenn sie dies für gerechtfertigt halten.

Die hier genannten Maßstäbe sind strikter als derjenige für den Preismissbrauch nach Art. 82 EG. Wenn eine übergreifende Regelung des Regulierungsrechts mit dem Grundsatz der effizienten Leistungserbringung einen für alle Bereiche – außer bislang der Post – einheitlichen Maßstab einführt, steht dem das Gemeinschaftsrecht nicht entgegen. Der Umfang der Eingriffsbefugnisse und die Kontrolle anhand dieses Maßstabes wären allerdings sektorspezifisch differenzierend zu bestimmen.

ee. Wettbewerbsaufsicht und Missbrauchskontrolle

Die Verbindlichkeit der Art. 81 und 82 EG kann durch Richtlinien der EG zur Marktöffnung nicht beschränkt werden, es geht vielmehr darum, die Bedingungen für ihre Anwendung zu schaffen: einen wirksamen oder gar nachhaltigen Wettbewerb. Immer wieder finden sich Verweise auf ihre Geltung. So bestimmen die Regulierungsbehörden nach Art. 15 III der TK-Rahmenrichtlinie die relevanten Märkte „im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts“. Art. 82 EG ist zu berücksichtigen, wenn die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 23 VIII der

⁵³ Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. 2000 L 336/4.

Elektrizitäts- und Art. 25 VIII der Erdgasrichtlinie den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verhindern soll. Wenn die Mitgliedstaaten den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen, müssen sie nach Art. 2 II Elektrizitätsrichtlinie „die Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Art. 86“ beachten. Nach Art. 10 der Bahnrichtlinie tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die jeweilige Ausgleichsregelung für nicht angelastete Umweltkosten, Kosten für Unfälle und Infrastrukturkosten „mit den Artikeln 73, 87 und 88 des Vertrags vereinbar ist.“ Rahmenverträge mit Eisenbahnunternehmen können von den Betreibern der Infrastruktur nach Art. 17 Bahnrichtlinie „unbeschadet der Art. 81, 82 und 86 des Vertrags“ geschlossen werden. Dieselben Vorschriften sind nach Art. 24 II Bahnrichtlinie bei der vorrangigen Einräumung von Fahrwegkapazität zu beachten.

Daneben stehen positive Verpflichtungen hinsichtlich des Wettbewerbs. Art. 23 XII Elektrizitätsrichtlinie gibt den Regulierungsbehörden auf, „zur Entwicklung des Binnenmarktes und zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen durch transparente Zusammenarbeit untereinander und mit der Kommission“ beizutragen. Nach Art. 23 der TK-Rahmenrichtlinie sind die Regulierungsbehörden allgemein zuständig dafür, dass „es keine Wettbewerbsverzerrungen oder –beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation gibt“ (Abs 2 lit. b) bzw. dass „Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste unter vergleichbaren Umständen keine diskriminierende Behandlung erfahren“ (Abs. 3 lit c). Der Missbrauchsaufsicht und positiv dem Schutz von Wettbewerb und Wettbewerbern dient insbesondere das in Art. 14 ff. festgelegte Verfahren der Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Verbindung mit dem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren und der Möglichkeit, den Unternehmen die Verpflichtungen nach Art. 8 ff. TK-Zugangsrichtlinie aufzuerlegen. Nach Art. 22 III Postrichtlinie können die Regulierungsbehörden auch beauftragt werden, „die Einhaltung der Wettbewerbsvorschriften im Postsektor zu überwachen“.

Gleichwohl bleiben die Bezugnahmen auf die Wettbewerbsvorschriften allgemein und unspezifisch. Damit liegt der Schluss nahe, dass sich die Regulierung doch im Vorfeld des Wettbewerbsrechts der EG bewegt und diesem gegenüber einen eigenständigen Regelungsbereich und Ansatz hat. Von diesem Ansatz dürfte auch die genannte Bestimmung der Postrichtlinie getragen sein. So erscheint es richtig, das Regulierungsverwaltungsrecht auch innerstaatlich als eigenen Rechtsbereich neben dem Kartellrecht auszugestalten.

ff. Streitbeilegung

Weite Spielräume haben die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Vorschriften der Richtlinien über die Streitbeilegung. Diese ist nach Art. 20 der TK-

Rahmenrichtlinie den Regulierungsbehörden zugeordnet, in einer Frist von vier Monaten müssen sie die Streitigkeiten zwischen Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze oder –dienste anbieten, beilegen. Wenn es andere Verfahren einschließlich einer Schlichtung gibt, die besser für eine frühzeitige Beilegung der Streitigkeiten im Einklang mit Art. 8 der Richtlinie geeignet wären, kann darauf verwiesen werden. Ist der Streit nach vier Monaten nicht beigelegt, muss die Behörde aber doch schnellstmöglich entscheiden. Bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten sind die Behörden beider Länder zur Kooperation verpflichtet (Art. 21 II).

Nur innerhalb von zwei Monaten entscheidet die Regulierungsbehörde als Streitbeilegungsstelle nach Art. 23 V Elektrizitäts- bzw. Art. 25 V Erdgasrichtlinie bei Beschwerden gegen Übertragungs- oder Verteilernetzbetreiber im Energiebereich. Die von den Mitgliedstaaten nach Art. 20 III Erdgasrichtlinie einzurichtende Streitbeilegungsregelung für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Zugang zu vorgelagerten Rohrleitungen muss nicht, kann aber durchaus die Regulierungsstellen betreffen.

Nach Art. 30 II Bahnrichtlinie entscheidet die Regulierungsstelle über Streitigkeiten zwischen Betreiber der Infrastruktur und Eisenbahnunternehmen, wenn der Antragsteller sich diskriminiert, ungerecht behandelt oder sonst in seinen Rechten verletzt fühlt. Nach Art. 19 Postrichtlinie schließlich soll eine Beschwerdestelle für Beschwerden hinsichtlich der Erfüllung der Universaldienstverpflichtungen für die Nutzer eingerichtet werden.

Diese Regelungen können innerstaatlich durchaus in einer übergreifenden Zuständigkeit der Regulierungsstellen für die Streitbeilegung und für Beschwerden geregelt werden, wobei die Antragsrechte und insbesondere die Fristen für die Streitbeilegung gemäß den Anforderungen der einzelnen Richtlinien auszugestalten wären.

gg. Universaldienste und flächendeckende Grundversorgung

Alle Richtlinien enthalten Vorschriften über die Sicherstellung von Universaldiensten bzw. der Grundversorgung der Bevölkerung, dh. der Endnutzer. In den Einzelheiten sind sektorbedingt allerdings Unterschiede zu verzeichnen,⁵⁴ insbesondere hinsichtlich der Detailliertheit der Normierung in den Richtlinien. Bei der Telekommunikation verweist die TK-Rahmenrichtlinie in Art. 23 IV lit. a) nur auf die Pflicht der Regulierungsbehörde, gemäß der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (TK-Universaldienstrichtlinie)⁵⁵ den Zugang zu den Universal-

⁵⁴ S. auch Röhl, Regulierungsverwaltung (Fn. 12), S. 832 f.; vgl. auch oben, Fn. 46.

⁵⁵ Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 EG über den Universaldienst und Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, ABl. 2002 L 108/51.

diensten zu gewährleisten. Diese Richtlinie legt das „Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität fest, zu denen alle Endnutzer unter Berücksichtigung der spezifischen nationalen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis und unter Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen Zugang haben“ (Art. 1 II). Es geht um den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, um Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse, Karten- und Münztelefone, besondere Maßnahmen für behinderte Nutzer (Art. 4-7). Die Regulierungsbehörden sind betraut mit der Überwachung der Entwicklung und Höhe der Endnutzertarife (Art. 9) und sorgen nach Art. 11 dafür, dass die Anbieter der Universaldienste darüber aktuelle Informationen veröffentlichen und legen für diese Dienste Qualitätsstandards fest. Die Regulierungsbehörden berechnen auch die Kosten und überwachen deren Finanzierung durch die Mitgliedstaaten. Besondere Aufgaben sieht die Richtlinie betreffend Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vor (Art. 16 ff.).

Sehr viel allgemeiner lauten die entsprechenden Bestimmungen im Bereich der Energie zur Grundversorgung und zum Abnehmer- und Verbraucherschutz im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nach Art. 3 III und V der Elektrizitäts- bzw. Art. 3 III und IV der Erdgasrichtlinie. Dabei obliegt es den Regulierungsbehörden, die Modalitäten, Bedingungen und Tarife für den Netzanschluss nach dem Verfahren der Art. 23 II der Elektrizitätsrichtlinie festzulegen. Im Erdgasbereich gibt es eine entsprechende Bestimmung nicht.

Eher indirekt ist die Regelung für die Sicherstellung der Versorgung im Bereich des Eisenbahnverkehrs. Soweit streckenweise Überlastungen nicht über das Entgelt nach Art. 7 IV ausgeglichen werden, können nach Art. 22 IV zusätzliche Vorrangkriterien bei der Zuweisung von Kapazitäten angewandt werden, wobei dem „gesellschaftlichen Nutzen“ Rechnung zu tragen ist. Hier können die Mitgliedstaaten

„zur Sicherstellung angemessener Verkehrsdienste, insbesondere um den Erfordernissen eines öffentlichen Verkehrsdienstes gerecht zu werden oder um die Entwicklung des Schienengüterverkehrs zu fördern, unter nichtdiskriminierenden Bedingungen die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit diese Dienste bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität den Vorrang erhalten“.

Diese Aufgabe kann sicherlich den Regulierungsbehörden übertragen werden.

Die Universaldienste stehen dagegen im Zentrum der Regelungen der Richtlinie. Hier wird in Art. 4 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten festgelegt, für die Erbringung des Universaldienstes Sorge zu tragen, in Art. 5 sind die dafür relevanten Anforderungen definiert, in Art. 7 ist die Harmonisierung der reservierbaren Dienste vorgesehen, Art. 12 betrifft kostenorientierte, erschwingliche Preise, Art. 13 die Endvergütungen im grenzüberschreitenden Postverkehr, Art. 16 ff. betreffen Qualitätsnormen für die Dienste. Dabei sind die nationalen Regulierungsbehörden dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass eine unabhängige Qualitätskon-

trolle stattfindet (Art. 17 III), und sie können Ausnahmen erteilen, wenn „infrastrukturelle oder geographische Gegebenheiten dies erforderlich machen“ (Art. 18 II).

Der Vergleich aller die Universaldienste betreffenden Bestimmungen legt eine übergreifende Regelung insofern nicht nahe. Die vielen Einzelaufgaben der Regulierungsbehörden vor allem im Telekommunikationsbereich lassen dem innerstaatlichen Gesetzgeber wenig Spielraum für sektorübergreifende Regelungen. Einige Grundgedanken des Universaldienstes könnten zwar generell formuliert werden, dann aber wären die Befugnisse und Aufgaben der Regulierungsbehörde sektorspezifisch differenziert zu bestimmen.

c. Übergreifende Aufgaben der Regulierungsbehörde

Auf praktisch allen genannten Aufgabenfeldern kommen den nationalen Regulierungsbehörden also mehr oder weniger umfangreiche und differenzierte Aufgaben zu. Allerdings wird es im Blick auf die vielen Details, die sich in den einzelnen Richtlinien sektorspezifisch finden, nur in einigen Punkten sinnvoll sein, die Zuständigkeit und Befugnisse der Behörde zusammenfassend darzustellen. Hierzu könnte neben den allgemeinen Zielen der Regulierung, insbesondere der Herstellung eines wirksamen Wettbewerbs und der Sicherstellung der Universaldienste und Grundversorgung, die Überwachung der den Unternehmen auferlegten Verpflichtungen gehören, die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den Netzen, die Entgeltkontrolle am Maßstab der effizienten Leistungserbringung sowie die Streitschlichtung auch als Beschwerdeinstanz. Dabei scheint der EuGH besonders Wert darauf zu legen, dass hinsichtlich des effektiven Schutzes der Rechte etwa der Wettbewerber organisatorisch die klare Benennung einer Behörde ebenso wie die Einrichtung transparenter Verwaltungsverfahren für die Inanspruchnahme der in den Richtlinien benannten Rechte unerlässlich sind.⁵⁶ Im übrigen indessen sind die europäischen Vorgaben zu den Aufgaben und Befugnissen der Regulierungsbehörden so vielfältig, dass sich unter diesem Aspekt eine übergreifende Regelung nicht aufdrängt.

3. Regulierungsspezifische Vorschriften zum Verwaltungsverfahrenrecht

Eher knapp sind gleichwohl die Vorgaben der europäischen Richtlinien im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts. Hier dürfte der - als solcher umstrittene -

⁵⁶ Vgl. EuGH 2003, I-5797, Rs. C-97/01, Urt. v. 12. Juni 2003, Kommission/Luxembourg (Wegerechte) zur Richtlinie 90/388/EWG, Rn. 36: „Damit ist jedoch den Anforderungen des Artikels 4d der Richtlinie nicht genügt. Diese soll nämlich die effektive Ausübung der Wegerechte gewährleisten, um die Bereitstellung von Telekommunikationsinfrastrukturen zu liberalisieren. Eine effektive Umsetzung dieser Bestimmung setzt voraus, dass die für die Erteilung solcher Rechte zuständige Behörde klar benannt ist und dass für die Inanspruchnahme dieser Rechte transparente Verwaltungsverfahren eingerichtet werden. Das ist hier aber nicht der Fall“.

Grundsatz der Verfahrens- und Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten⁵⁷ als Leitlinie der Rechtsetzung gedient haben, vielleicht auch unmittelbar das Subsidiaritätsprinzip und der Grundsatz der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die administrative Durchführung des Gemeinschaftsrechts.⁵⁸

- a. Organisations- und Verfahrensregeln, Behördenabstimmung, Beteiligung Dritter
Zur inneren Organisation der Regulierungsbehörden, wie viele Vizepräsidenten, ob sie Beschlusskammern haben sollen etc., schweigen alle Richtlinien. Daher ist die Schaffung der Bundesnetzagentur, so wie sie organisiert ist, europarechtlich unproblematisch. Ausdrückliche Vorgaben existieren auch nicht hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den zuständigen Ministerien, außer dass Art. 30 I der Bahnrichtlinie als mögliche Regulierungsstelle u.a. das für Verkehrsfragen zuständige Ministerium nennt.

Auch zu den Entscheidungs- bzw. Beschlussverfahren der Regulierungsbehörden sind die Richtlinien eher zurückhaltend. In der Postrichtlinie ist nichts zum Verfahren vorgesehen. Immerhin wird in Art. 19 für eine Beschwerdemöglichkeit der Nutzer und Streitentscheidung gesorgt, allerdings ohne dass hierfür eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde gefordert wäre. Für die Eisenbahnen gibt es nur eine einzige Regelung: Nach Art. 30 V Bahnrichtlinie hat die Regulierungsstelle „über Beschwerden zu entscheiden und binnen zwei Monaten nach Erhalt aller Auskünfte Abhilfemaßnahmen zu treffen“. Mehr Regelungen finden sich in den Energie-Richtlinien: So sieht Art. 7 der Elektrizitätsrichtlinie ein Verfahren für die Ausschreibung neuer Kapazitäten vor, mit dem die Regulierungsbehörde betraut werden kann. In Art. 23 V wird für die Streitbeilegung durch die Regulierungsbehörde auf Antrag jedes im Regulierungsbereich gegenständlich betroffenen Beschwerdeführers gegen einen Übertragungs- oder Verteilernetzbetreiber eine Entscheidungsfrist von 2 Monaten festgelegt. Entsprechende Regelungen enthält Art. 25 der Erdgasrichtlinie.

Eine Abstimmung der Regulierungsbehörden mit anderen innerstaatlichen Behörden ist ausdrücklich nur in den Verfahrensregelungen zur Telekommunikation vorgesehen: Nach Art. 3 IV TK-Rahmenrichtlinie ist die Konsultation und Zusam-

⁵⁷ EuGH Rs. C-392/04 und C-422/04, Urt. v. 19.9.2006 – Arcor, Rn. 57, betont, dass „...nach ständiger Rechtsprechung mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind“. Näher Werner Schröder, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung. Existiert ein Prinzip der „nationalen Verfahrensautonomie?“, AöR 129 (2004), 3 (22 ff.). S. auch Thomas Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 36: „Prinzip der institutionellen Autonomie“. Nach Christoph Möllers, Tertiäre exekutive Rechtsetzung im Europarecht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, S. 293 (305), mwN., ist er wohl „auf dem Rückzug begriffen“; krit. auch Felix Arndt, Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund. Eine Typologie der Verwaltungskooperationsformen am Beispiel des Energiesektors, Die Verwaltung 39 (2006), S. 100.

⁵⁸ Vgl. die Erklärung Nr. 43 zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag von Amsterdam (1997).

menarbeit mit den Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörden in Fragen von gemeinsamem Interesse vorgesehen. Zwischen den nationalen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden soll nach Art. 3 V der TK-Rahmenrichtlinie ein Informationsaustausch stattfinden, soweit dies für die Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie und der Einzelrichtlinien erforderlich ist. Anders als in den übrigen Bereichen ist für die Telekommunikation auch eine Anhörung von „interessierten Parteien“ vorgesehen, und die Anhörungsverfahren müssen veröffentlicht werden, ebenso wie die Ergebnisse, außer bei vertraulichen Informationen.

b. Auskunftsrechte, Informationspflichten und Schutz von Betriebsgeheimnissen

In allen Sektoren ist die Regulierungsstelle nach den einschlägigen Vorschriften berechtigt, von den Unternehmen Informationen einzuholen.⁵⁹ Dies betrifft nach Art. 14 VII der Postrichtlinie Informationen über die Kostenrechnung der Universaldienstleister, wobei diese Informationen auf Anfrage auch der Kommission zu übermitteln sind. Nach Art. 18 der Elektrizitätsrichtlinie haben die Regulierungsbehörden das Recht auf Einsichtnahme in die Rechnungslegung der Elektrizitätsunternehmen, sie sind dabei nach Abs. 2 zur Wahrung der Vertraulichkeit „wirtschaftlich sensibler Informationen“ verpflichtet, es sei denn die Mitgliedstaaten hätten die Offenlegung im Interesse der Wahrnehmung der Aufgaben der zuständigen Behörden angeordnet. Nach Art. 23 IX dieser Richtlinie tragen die Mitgliedstaaten Sorge dafür, dass bei Verstößen gegen die etwa nach Art. 12 bzw. Art. 16 auch den Übertragungs- und Verteilernetzbetreibern auferlegten Geheimhaltungsvorschriften „geeignete Maßnahmen“ gegen die „verantwortlichen natürlichen und juristischen Personen ergriffen werden“. Dasselbe sieht Art. 29 IX der Erdgasrichtlinie bezüglich der Fernleitungs- bzw. Verteilernetzbetreiber nach Art. 10 und 14 der Richtlinie vor.

Nach Art. 5 I der TK-Rahmenrichtlinie muss dafür gesorgt sein, dass die Regulierungsbehörden den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze oder –dienste anbieten, „alle Informationen auch in bezug auf finanzielle Aspekte zur Verfügung stellen“, wobei die Informationslast verhältnismäßig sein und die Ersuchen begründet werden müssen. Die Wahrung der Vertraulichkeit und der Geschäftsgeheimnisse sehen für den Informationsaustausch zwischen den Behörden Art. 3 V und im Verhältnis zur Kommission Art. 5 III vor, nach Art. 5 IV und bei Anhörungen nach Art. 6 S. 4 ist die Veröffentlichung von Informationen den europäischen und nationalen Vorschriften über die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen unterworfen. Dasselbe gilt nach Art. 20 IV für die Veröffentlichung von Entscheidungen im Rahmen der Streitbeilegung durch die Regulierungsbehörde.

⁵⁹ Vgl. Art. 30 IV Bahnrichtlinie: „Die Regulierungsstelle ist berechtigt, sachdienliche Auskünfte von dem Betreiber der Infrastruktur, Antragstellern und betroffenen Dritten in den betreffenden Mitgliedstaaten einzuholen, die unverzüglich zu erteilen sind“.

c. Kooperation der Regulierungsbehörden

Uneinheitlich sind auch die Regelungen über die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Kommission. Sie dienen grundsätzlich der Koordinierung und letztlich der Erreichung des Binnenmarktziels, auch wenn letzteres nicht überall genannt ist. So findet sich in Art. 31 der Bahnrichtlinie nur die Verpflichtung zum Informationsaustausch über ihre Arbeit und ihre Entscheidungsgrundsätze und –praxis mit dem Ziel, diese Grundsätze in der gesamten Gemeinschaft zu koordinieren. Die Kommission soll sie dabei unterstützen. Vom Binnenmarkt als Gegenstand dieser Kooperation ist lediglich im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie die Rede: Eine „stärkere Integration des Eisenbahnsektors“ sei ein „wesentlicher Aspekt“ seiner Vollendung. Die Postrichtlinie sieht in Art. 14 VII die Unterrichtung der anderen nationalen Regulierungsbehörden vor, wenn eine von ihnen einem Universaldienstleister Ausnahmen von den besonderen Kostenrechnungspflichten erteilt. Deutlicher sind Art. 23 XII Elektrizitäts- und Art. 25 XII Erdgasrichtlinie: „Die Regulierungsbehörden tragen zur Entwicklung des Binnenmarktes und zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen durch transparente Zusammenarbeit untereinander und mit der Kommission bei“. Dabei erfolgen nach Art. 23 IV iVm. Art. 23 I a) der Elektrizitätsrichtlinie speziell die Kontrolle und ggf. Änderung der Regeln für das Management und die Zuweisung von Verbindungskapazitäten durch die Regulierungsbehörden „im Benehmen mit der Regulierungsbehörde oder den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten, mit denen ein Verbund besteht“.

Der „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“ ist in der TK-Rahmenrichtlinie ein eigener Artikel gewidmet (Art. 7). Wie im Energiemarkt sollen die nationalen Regulierungsbehörden hiernach „zur Entwicklung des Binnenmarktes beitragen, indem sie miteinander und mit der Kommission auf transparente Weise kooperieren“. Ziel ist die „kohärente Anwendung“ der Richtlinien. Die nationalen Regulierungsbehörden sollen auch dadurch zur Entwicklung des Binnenmarktes beitragen, dass sie u.a. „den Aufbau und die Entwicklung transeuropäischer Netze und die Interoperabilität europaweiter Dienste sowie die durchgehende Konnektivität fördern“ (Art. 8 III b) und

„untereinander und mit der Kommission in transparenter Weise zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen“.

Ein wichtiges Instrument dieser Zusammenarbeit dürfte die in Erwägungsgrund 36 der TK-Rahmenrichtlinie angesprochene, dann durch Beschluss 2002/627/EG der Kommission ins Leben gerufene Gruppe europäischer Regulierungsstellen für

elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁶⁰ darstellen. Für den Energiebereich ist eine entsprechende Gruppe in den Erwägungsgründen 16 bzw. 14 der Elektrizitäts- bzw. der Erdgasrichtlinie vorgesehen und durch den Beschluss 2003/796/EG der Kommission eingesetzt worden⁶¹. Die Gruppen bestehen aus den Leitern der nationalen Regulierungsbehörden oder ihrer Vertreter sowie einem hochrangigen Beamten der Kommission, sie dienen als „formellerer Rahmen“ für die Kooperation und Koordination der Behörden und einer einheitlichen Anwendung der Richtlinien im Bereich der Regulierung. Sie sind auch eingeschaltet in die Vorbereitung von Leitlinien der Kommission etwa nach Art. 8 der Verordnung 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel.⁶² So hat die Gruppe der europäischen Regulierungsstellen Entwürfe für die Leitlinien zu den Grundsätzen der Harmonisierung der Tarifsysteme und des Engpassmanagements an grenzüberschreitenden Kuppelstellen sowie zum Ausgleichsmechanismus für grenzüberschreitende Stromlieferungen erstellt.⁶³ Die nationalen Regulierungsbehörden sind ihrerseits verantwortlich für die Überwachung der Einhaltung der Verordnung und der gemäß ihren Bestimmungen vorbereiteten Leitlinien der Kommission (Art. 9 VO 1228/2003).

Die Intensität der Abstimmung und damit der Konditionierung der Entscheidung jeder nationalen Regulierungsbehörde durch die Berücksichtigung der Stellungnahmen der anderen Regulierungsbehörden und der Kommission ist in den einzelnen Sektoren damit in der Tat unterschiedlich. Dies schließt allerdings eine allgemeine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Kooperation mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission nicht aus.⁶⁴ In ihr sollte deutlich gemacht werden, dass das Ziel des wettbewerblichen Binnenmarktes, nur durch gemeinsames, koordiniertes Handeln zu erreichen ist. Konkrete Informations- und Kooperationspflichten müssten dann allerdings in den jedem Sektor gewidmeten Spezialregelungen präzisiert werden.

d. Europäischen Kommission und nationale Regulierungsstellen

Die Kommission ist auch über die schon genannten Verfahren hinaus als Hüterin des Gemeinschaftsrechts und –interesses je nach Sektor unterschiedlich dicht in

⁶⁰ Beschluss der Kommission vom 29. Juli 2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl. 2002 L 200/38, geändert durch den Beschluss 2004/641/EG, ABl. 2004 L 293/30. Einzelheiten s. unter http://www.erg.eu.int/index_en.htm.

⁶¹ Beschluss der Kommission 2003/796/EG zur Einsetzung der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2003/l_296/l_29620031114de00340035.pdf. Einzelheiten zur Zusammensetzung und Arbeit der Gruppe auf der Webseite der European Regulators Group for Electricity and Gas, http://www.ergeg.org/portal/page/portal/ERGEG_HOME/ERGEG/AREAS_OF_WORK.

⁶² Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. 2003 L 176/1, aufrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2003/l_176/l_17620030715de00010010.pdf.

⁶³ Dies erfolgte unter der Mitarbeit der Bundesnetzagentur, vgl. den Jahresbericht 2005 der Bundesnetzagentur, S. 158.

⁶⁴ Vgl. auch Röhl, Regulierungsverwaltung (Fn. 12), S. 837: „ein übergreifendes Gesetz sollte diese Kohärenzmechanismen als zentrales Verfahrenselement präzisieren...“.

das Regulierungsgeschehen eingeschaltet. Nationale Regulierungsstellen sollen nach Art. 14 VI der Postrichtlinie aufgeschlüsselte Informationen über die von einem Anbieter der Universaldienstleistungen angewandten Kostenrechnungssysteme bereithalten und diese der Kommission auf Anfrage unterbreiten. Nach Art. 14 VIII der Postrichtlinie unterrichten sie die Kommission über alle Entscheidungen, in denen Universaldienstleister von den Pflichten zur besonderen Kostenrechnung dispensiert werden. Dasselbe gilt für Ausnahmen von Qualitätsnormen nach Art. 18 II der Postrichtlinie. Die Kommission unterstützt nach Art. 31 Bahnrichtlinie die Koordinierung der nationalen Regulierungsstellen über ihre Entscheidungsgrundsätze. Die Zusammenarbeit mit der Kommission im Energiebereich regeln die bereits genannten Art. 23 XII Elektrizitäts- und Art. 25 XII Erdgasrichtlinie. Spezieller noch ist nach Art. 22 Erdgasrichtlinie ein Kontroll- und Veto-recht der Kommission für Ausnahmeentscheidungen der Regulierungsbehörde hinsichtlich neuer Infrastrukturen. Nach Art. 3 IX der Elektrizitätsrichtlinie wird die Kommission über alle Maßnahmen unterrichtet, die die Mitgliedstaaten „zur Gewährleistung der Grundversorgung und Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, einschließlich des Verbraucher- und Umweltschutzes, getroffen haben, und deren mögliche Auswirkungen auf den nationalen und internationalen Wettbewerb“ Nach Art. 4 werden die Öffentlichkeit und die Kommission regelmäßig über die von den Behörden gewonnenen Erkenntnisse und getroffenen Maßnahmen zur Versorgungssicherheit unterrichtet. Besondere Kontroll- und Eingriffsrechte sind der Kommission insoweit aber nicht eingeräumt.

Eingriffsrechte hat die Kommission allerdings bezüglich der Schutzmaßnahmen, die ein Mitgliedstaat (oder für ihn die Regulierungsbehörde) bei plötzlichen Marktkrisen im Energiesektor ergreifen darf (Art. 24 III bzw. 26 III Elektrizitäts- bzw. Erdgasrichtlinie). Auch hinsichtlich möglicher Ausnahmen für entstehende und isolierte Märkte wird die Kommission eingeschaltet (Art. 28 Erdgasrichtlinie, vgl. auch Art. 26 Elektrizitätsrichtlinie). Eine Zusammenarbeit mit der Kommission sehen auch die Vorschriften zur Überprüfung der Richtlinien auf Antrag eines Mitgliedstaats vor (Art. 27 bzw. 29).

Eine gewichtigere Rolle spielt die Kommission im Bereich der Telekommunikation. Bei bestimmten, binnenmarktrelevanten Maßnahmen ist – außer in besonders dringlichen Fällen – eine Vorab-Prüfung der Entwürfe durch die Kommission vorgesehen. Sie kann bei Festlegung des relevanten Marktes in Abweichung von der allgemeinen Empfehlung der Kommission oder bei Feststellung, dass ein oder mehrere Unternehmen zusammen eine beträchtliche Marktmacht haben, ggf. nach Stellungnahme der anderen Regulierungsbehörden durch Entscheidung die nationale Regulierungsstelle auffordern, den Entwurf zurückzuziehen (Art. 7 IV und IV TK-Rahmenrichtlinie).

Eine besonders weitgreifende Art der Kooperation zwischen Regulierungsbehörden und Kommission besteht in dem auf die Leitlinien der Kommission gestützten Verfahren der Marktanalyse und der Feststellung, ob und welche Unternehmen beträchtliche Marktmacht besitzen und ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb besteht (Art. 14 ff. TK-Rahmenrichtlinie). Dabei ist es Aufgabe der Kommission, nach Anhörung der nationalen Regulierungsbehörden durch Entscheidung länderübergreifende Märkte festzulegen (Art. 15 IV). Dagegen obliegt es den nationalen Regulierungsbehörden, auf diesen länderübergreifenden Märkten gemeinsam die Marktanalyse durchzuführen und ggf. einvernehmlich die nötigen spezifischen Verpflichtungen für Unternehmen festzustellen (Art. 16 V).⁶⁵ Überhaupt kann die Kommission nach Art. 19 Empfehlungen zur harmonisierten Durchführung der Richtlinien zum Telekommunikationssektor erlassen, von denen die nationalen Regulierungsbehörden nicht ohne Kontrolle durch die Kommission abweichen dürfen.

5. Rechtsschutz und die Frage des Rechtswegs

Auf den Rechtsschutz gehen die Richtlinien zu den verschiedenen Sektoren nur am Rande ein. So sieht die Bahnrichtlinie Beschwerden an die Regulierungsstelle nur gegen Betreiber der Infrastruktur vor (Art. 30 II), hinsichtlich des Rechtsschutzes begnügt sie sich mit der Pflicht der Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Regulierungsentscheidungen zu gewährleisten (Art. 30 VI). Art. 23 VI der Elektrizitätsrichtlinie legt eine Beschwerdemöglichkeit Betroffener gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde fest, die als Vorverfahren für den Rechtsschutz verstanden werden kann;⁶⁶ die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Entsprechende Regelungen enthält Art. 25 VI der Erdgasrichtlinie. Auch die TK-Rahmenrichtlinie sieht vor, dass eine Beschwerdestelle für den Rechtsschutz eingerichtet wird, die ein Gericht sein kann aber nicht sein muss.

Auch über den Rechtsweg treffen die Richtlinien keine Aussage. Die Wahl wird vollständig den innerstaatlichen Gesetzgebern überlassen. Da es, anders als bei normalen Kartellsachen, nach dem europäischen Ansatz um Entscheidungen eines Trägers von Hoheitsrechten gegenüber Unternehmen oder natürlichen Personen geht, spricht vieles dafür, bei Klagen gegen Maßnahmen der Regulie-

⁶⁵ Genannt sei als Beispiel die Verpflichtung, Netzzugang zu gewähren, s. Art. 8, 12 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. 2002 L 108/7.

⁶⁶ S. auch Art. 23 XI der Elektrizitätsrichtlinie, nach der europäische und nationale Vorschriften über den Rechtsschutz unberührt bleiben.

rungsbehörde die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte generell und übergreifend festzulegen.⁶⁷

C. Gesamtkonzeption des Regulierungsrechts

Wird angesichts der bestehenden Vorgaben und Spielräume der Richtlinien eine übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts in Deutschland erwogen, so liegt es nahe, über das ihr zugrunde zu legende Konzept nachzudenken. Ein Vorschlag hierzu ist eines der zentralen Anliegen des Gutachtens von *Johannes Masing*, dem es bei der Frage der übergreifenden Regelung „nicht um die Befriedigung akademischer Systematisierungsbedürfnisse“ geht, sondern um „eine echte, auch tiefgreifende Reform in der Sache“⁶⁸ (dazu I.). Aus europäischer Sicht fällt dabei auf, dass *Masing* dabei zwar immer wieder auf die Richtlinien Bezug nimmt, die europäische Dimension aber konzeptionell nicht ausreichend berücksichtigt. Denn Regulierung ist vom Ausgangspunkt her keineswegs nur ein nationales, sondern sie ist auch, vielleicht sogar primär ein europäisches, auf die Vollendung eines wettbewerblichen Binnenmarktes bei gleichzeitiger Gewährleistung der Grundversorgung gerichtetes Anliegen. Dem entspricht organisations- und verfahrensrechtlich, was in der Literatur unter dem Stichwort des europäischen „Regulierungsverbunds“ schon verschiedentlich thematisiert wurde⁶⁹ (dazu II.). Einige der Implikationen für die Gestaltung des nationalen Regulierungsrechts stimmen insoweit nur z.T. mit den Schlussfolgerungen von *Masing* überein, in einigen Punkten gehen sie darüber hinaus (dazu III.).

I. Die Gesamtkonzeption von *Masing*

Gibt es einen grundsätzlichen Unterschied zwischen allgemeinem Verwaltungsrecht, Wettbewerbsrecht und dem Recht der Regulierungsverwaltung? *Masing* nimmt dies an und zieht aus seiner Gesamtkonzeption weitreichende Schlussfolgerungen für die Rechtfertigung der Existenz einer eigenständigen Behörde und des Regulierungsrechts überhaupt sowie für die übergreifende Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts.⁷⁰ Dieses neue Rechtsgebiet sei geprägt von einem weiten Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde, dem „Regulierungsermessen“, und demgemäß von einer beschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit

⁶⁷ In diesem Sinne votieren zutreffend auch Bernd Holznagel/Christian Schulz/Christoph Werthmann/Simone Grünhoff, Gerichtliche Kontrolle im Lichte der Novellierung des TKG, 2003, S. 23 ff., 31 ff.

⁶⁸ *Masing*, Gutachten (Fn. 4), S. 12, 62.

⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 I 4 GWB, 2004, Rn. 42, 92, 95. S. auch Hans-Heinrich Trute, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: FS Selmer, 2004, S. 565; Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, 525; Gabriele Britz, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn – EuR 2006, 46 ff.; Arndt, Vollzugssteuerung Fn. 57), S. 104 ff. 115 ff.; zuletzt der Begleitaufratz zum DJT 2006 von Röhl, Regulierungsverwaltung (Fn. 12), S. 835, 837.

⁷⁰ *Masing*, Gutachten (Fn. 4), S. 154.

ihrer Entscheidungen⁷¹ sowie von einem Schutzzweck, der neben dem Wettbewerb auch die Wettbewerber einschließt.⁷²

1. Regulierung als Gestaltungsaufgabe

Ausgangspunkt ist für *Masing* die „Notwendigkeit eines gestaltenden Zugriffs bei der Konkretisierung der Missbrauchstatbestände – z.B. bei den Preisbildungsanforderungen“. Wettbewerb sei nicht vorausgesetzt, sondern erst noch zu schaffen. Die Aufgabe der Regulierung sei „marktkonstituierend und damit multidimensional gestaltend“. Das Regulierungsrecht behalte seinen besonderen vom allgemeinen Wettbewerbsrecht unterschiedenen Charakter so lange, „als dem Wettbewerb in den Netzwirtschaften eine prinzipielle Labilität anhaftet und er insofern der proaktiv und prospektiv gestaltenden und begleitenden Wettbewerbs-sicherung“ bedürfe.⁷³ Zusammenfassend:

„Die Notwendigkeit eines prospektiven Zugriffs auf das Geschäftsgebaren der *incumbents* in Form einer Konkretisierung der Missbrauchsverbote durch gestaltende Vorgaben zu Netzzugang, Netzanschluss und zur Preisbildung sowie die aktive Mittlerfunktion als Streitschlichter zwischen den Wettbewerbern legitimieren erst die Einrichtung einer eigenen Behörde und definieren das Regulierungskonzept“.⁷⁴

Die „übergreifende Prämisse“, die *Masing* für seinen Neuansatz annimmt, ist „dass die Gemeinbelange auf der Basis eines unverfälschten Wettbewerbs zu sichern sind und Regulierung eine möglichst effektive Beseitigung von Wettbewerbsblockaden durch marktmächtige Unternehmen zu gewährleisten hat“.⁷⁵ Damit trifft er im Kern das Grundanliegen auch des europäischen Rechts. Der Ansatz impliziert für ihn allerdings, dass eine übergreifende Regelung die Aufgaben der Regulierungsbehörde „als gestaltende Konkretisierung eines gesetzlich nicht konditional, sondern final strukturierten Handlungsprogramms“ ausgeformt werden muss.⁷⁶ Dies bedarf der Überprüfung aus europarechtlicher Perspektive ebenso, wie im Grundsätzlichen.

2. Kritik: Der Regulierungsauftrag aus europarechtlicher Sicht

Regulierung ist aus der Sicht des europäischen Rechts ein Instrument zur Herstellung bzw. des Schutzes des Wettbewerbs, der durch die Liberalisierung der Märkte und ihr Zusammenwachsen entstehen soll, aber auch die Grundlage für die Gewährleistung der flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung in den betreffenden Sektoren. Würde jetzt der Regulierungsbehörde proaktiv die

⁷¹ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 152 ff.

⁷² Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 147 ff.

⁷³ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 50 f.

⁷⁴ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 164.

⁷⁵ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 12.

⁷⁶ So Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 195, These 18.

Steuerung des Marktverhaltens der betreffenden Unternehmen übertragen, so wäre das – etwas überspitzt gesagt – die Rückkehr zur zentralen staatlichen Planung, wie sie der staatlichen Monopolwirtschaft eignete und die das europäische Recht gerade überwinden will. Das ist vom Vertrag nicht so gewollt, und auch nicht von den Richtlinien. Wettbewerb lässt sich nicht planen. Es kann nur darum gehen, Monopole und marktmächtige Unternehmen so unter Kontrolle zu nehmen, dass Freiraum für Wettbewerb geschaffen wird. Dafür genügt das normale Instrumentarium des Verwaltungsrechts aufgrund konditional formulierter Normen.

Die Gefahr wäre sonst, dass die Regulierungsbehörde zum unkontrollierbaren Vormund der Unternehmen im Markt würde. Der Staat oder eine Behörde kann den Markt und die freien unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich nicht ersetzen. Den „richtigen Preis“ gibt es nicht, möglich ist allenfalls eine Kontrolle am Maßstab eines hypothetisch bestimmten angemessenen Preises.⁷⁷ Es geht um eine Kontrolle grundsätzlich freier unternehmerischer Entscheidungen, bei der dem Entscheidungsspielraum der Unternehmen durch behördliche Aufsicht, soweit um der Einführung und Stärkung des Wettbewerbs und der Sicherung der Versorgung willen erforderlich, Grenzen gesetzt werden. Darauf ist die Finalität eines vom Europarecht her grundsätzlich konditional strukturierten Handlungsprogramms gerichtet.

3. Gestaltende Verwaltung als Sonderfall?

Dass die Regulierungsverwaltung ein von besonders offenen Normen und weitgehenden gesetzlichen Beurteilungs- und Einschätzungsprärogativen geprägtes Gebiet der Verwaltung ist, steht außer Frage. Zu prüfen ist nur, ob sich hieraus im Grundsätzlichen, also qualitativ, ein Spezifikum ergibt, oder ob es sich nur um eine quantitative Besonderheit handelt. Dies hängt davon ab, wie man die Verwaltungsfunktion im demokratischen Rechtsstaat generell einstuft, als schlichten Gesetzesvollzug oder aber, wie etwa *Eberhard Schmidt-Aßmann* betont, als gestaltende Gesetzesanwendung:

„Unterstrichen wird damit die allgemeine methodologische Erkenntnis, dass Gesetzesanwendung sich nicht in Subsumtion erschöpft, administrative Gesetzesanwendung folglich mit einer Vollzugsdoktrin nicht angemessen erfasst werden kann“.⁷⁸

Der Gesetzgeber sucht mit offenen Begriffen, die der Verwaltung zusammen mit klaren Zielvorgaben eigene Konkretisierungs-, ja Gestaltungskompetenz geben, in bestimmten Bereichen „arbeitsteilig“ zum Gesetzgeber sachgerechte Lösungen zu verwirklichen, die der Differenziertheit des Sachgebiets und der Dynamik der

⁷⁷ In diesem Sinne zu recht Thomas von Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung, DÖV 2004, 977 (981 f.).

⁷⁸ Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (364).

gewünschten Entwicklung angemessen sind.⁷⁹ Das eigenverantwortliche, schöpferisch Gestaltende der Gesetzesanwendung ist daher für Verwaltung weder untypisch – im Gegenteil, es entspricht ihrer Funktion,⁸⁰ – noch bedarf es besonderer kompensatorischer Legitimationsquellen. Es sind gesetzlich übertragene und damit legitimierte Einschätzungsprärogativen, Ausgestaltungs- und Wertungsspielräume, die im Wege der Interpretation als solche auch von den Gerichten zu erkennen und zu berücksichtigen sind. Trotz der großen Bedeutung abstützender, Gesetzgebung und Anwendung leitender Zielvorgaben sollte das Regulierungsverwaltungsrecht insofern also nicht als neues, grundsätzlich andersartiges Verwaltungsrecht begriffen und ausgestaltet werden.⁸¹

Der Berücksichtigung bedarf indessen die gegenüber dem klassischen deutschen Verwaltungsrecht für das Regulierungsrecht mehr noch als für andere Bereiche des Verwaltungsrecht systemprägende europäische Dimension. Hier ist ein Umdenken gefordert, insofern bedarf es der Fortentwicklung neuer Ansätze in der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik und insbesondere einer wirklichen „Europäisierung“ unseres Regulierungsverwaltungsrechts.

II. Regulierungsverbund und Binnenmarkt

Die europäischen Richtlinien enthalten, wie sich auch aus dem Überblick über die Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörden ergibt, eine Vielzahl unterschiedlich präzise konditional formulierter Vorgaben zum Inhalt des von den Mitgliedstaaten zu verwirklichenden Regulierungsrechts,⁸² Vorgaben, die weit über den normalen Inhalt von Richtlinien hinausgehend auch konkrete Pflichten der Unternehmen⁸³ sowie Pflichten und Eingriffsbefugnissen der nationalen Regulierungsbehörden festlegen.⁸⁴ Um die Verwirklichung ihrer Zielsetzungen zu gewährleisten, begründen sie darüber hinaus ein Netzwerk dieser Behörden zusammen mit der Kommission, das in seiner Bedeutung unterschätzt wird. Was durchaus auch in anderen Politikbereichen der EU, etwa mit dem Europäischen

⁷⁹ Vgl. näher Ingolf Pernice, Billigkeit und Härteklausele in öffentlichen Recht. Grundlagen und Konturen einer Billigkeitskompetenz der Verwaltung, 1991, S. 406 ff., 415 ff.

⁸⁰ S. näher Pernice, Billigkeit (Fn. 78), S. 421 f., mwN.

⁸¹ S. auch Matthias Ruffert, Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation - , AöR 124 (1999), S. 237, der für das Privatisierungsfolgerecht von neuem „Referenzgebiet“ spricht (ebd., S. 240), in dem sich aber „die überkommenen Strukturen des Allgemeinen Verwaltungsrechts bewahren“ (ebd., S. 280). Zur Einordnung s. auch Schulze-Fielitz, Grundmodi (Fn. 16), Rn. 59: „qualitativ neuartiges Regulierungsverwaltungsrecht“, die staatliche Einflussnahme „...ist weder einfacher Gesetzesvollzug und vollumfänglicher gerichtlicher Kontrolle unterworfen noch weitgehend kontrollfreie staatliche Wettbewerbsplanung“.

⁸² S. etwa Art. 7 der Elektrizitätsrichtlinie zur Ausschreibung neuer Kapazitäten. Sogar Rechte der Mitgliedstaaten werden präzisiert, wie etwa in Art. 18 Elektrizitätsrichtlinie: Recht auf Einsichtnahme in die Rechnungslegung.

⁸³ Vgl. Art. 14 Elektrizitätsrichtlinie: Aufgaben der Verteilernetzbetreiber. S. auch Art. 4 III, 15 Bahnrichtlinie zur Zusammenarbeit der Betreiber der Infrastruktur, Art. 5: Ansprüche der Eisenbahnunternehmen, 13 Bahnrichtlinie: Rechte an Fahrwegkapazität, etc.

⁸⁴ Vgl. etwa Art. 16 TK-Rahmenrichtlinie zur Marktanalyse bzw. Art. 12 der TK-Zugangsrichtlinie zur Durchsetzung des Zugangs zu bestimmten Netzeinrichtungen, oder ebd., Art. 13 über die Preiskontrolle.

Wettbewerbs-Netzwerk im Kartellrecht⁸⁵ oder mit dem IMPEL im Umweltrecht⁸⁶ zu beobachten ist, gilt für das Regulierungsrecht noch nachhaltiger. Die Richtlinien enthalten nicht nur „vertikal“ Umsetzungspflichten der Mitgliedstaaten, sondern organisieren den Vollzug als gemeinsame, kooperative Aufgabe der innerstaatlichen Behörden. Diese und ihre Zusammenarbeit untereinander und mit der Kommission sind generell mehr und mehr als integrierender Teil des Gesamt-(Mehrebenen-)systems europäischer Politikverwirklichung zu verstehen, ohne sie könnte die Europäische Union nicht funktionieren, würden ihre Ziele nicht erreicht. Neben den Regeln über die gegenseitige Anerkennung und der europäisch vermittelten Rechtswirkung „transnationaler Verwaltungsakte“⁸⁷ ist die horizontale Verflechtung der nationalen Verwaltungen und ihre Zusammenarbeit gemäß dem in Bedeutung und Differenziertheit ständig zunehmenden „VerwaltungsKooperationsrecht“⁸⁸ ein wesentliches Element dessen, was ich an anderer Stelle als die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbunds bezeichnet habe.⁸⁹

Vor diesem Hintergrund verdient die von den Richtlinien zur Marktöffnung und –organisation in netzabhängigen Wirtschaften etablierte Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden besondere Aufmerksamkeit auch in der Diskussion einer Neuregelung des Regulierungsverwaltungsrechts in Deutschland (dazu 1.). Die institutionelle Gestaltung korrespondiert indessen mit den inhaltlichen Maßstäben, die im Blick auf die europäische Dimension der Regulierung für die dynamische Verwirklichung eines wettbewerblichen Binnenmarktes in den netzabhängigen Sektoren von den Richtlinien formuliert und bei der innerstaatlichen Praxis zu berücksichtigen sind (dazu 2.).

⁸⁵ Vgl. Erwägungsgrund 15 der Verordnung 1/2003, sowie die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzwerks der Wettbewerbsbehörden, ABl. 2004 C 101/43. Allg. s. die Informationen auf der Webseite des Netzwerks: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/ecn_home.html.

⁸⁶ Vgl. die Informationen unter <http://ec.europa.eu/environment/impel/index.htm>.

⁸⁷ Vgl. schon Eberhard Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, 924 ff.; weiterführend etwa: Matthias Ruffert, Der transnationale Verwaltungsakt, DV 34 (2001), S. 453 ff., insbes. zur Legitimationsfrage ebd., S. 477 ff.

⁸⁸ Zum Begriff: Gernot Sydow, Vollzug des europäischen Unionsrechts im Wege der Kooperation nationaler und europäischer Behörden, DÖV 2006, 66 ff., mwN. Zu den Erscheinungstypen Helmuth Schulze-Fielitz, Die Verwaltung im europäischen Verfassungsgefüge, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), Verwaltung unter dem Einfluss des Europarechts, 2006, S. 91 (113 fff).

⁸⁹ Ingolf Pernice Die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes – Europäische Justizpolitik im Lichte von Pupino und Darkazanli, in: FS Jürgen Meyer, 2006, S. 359 (369 ff.), mwN. Das Verdienst, die horizontale Komponente schon früh „entdeckt“ und artikuliert zu haben, kommt Armin von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, S. 16 ff., zu, mit der sinnigen Bemerkung: „Hier wird der Nationalstaat nicht ‚nach oben‘, sonder ‚zur Seite‘ porös“ (ebd., S. 18). Zum Konzept des Verfassungsverbundes Ingolf Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, S. 225 (261 ff.); mit Nachw. zur Debatte ders. in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 17 mit Fn. 104.

1. Verwaltungskooperation im Europäischen Regulierungsverbund

Wie bereits angedeutet, gehen die Richtlinien zur Marktöffnung und –organisation der netzabhängigen Wirtschaften in unterschiedlichem Maße von der Kooperation und Koordination der nationalen Regulierungsbehörden aus.⁹⁰ Sie sehen u.a. für den Telekommunikations- und die Energiemärkte Gruppen Europäischer Regulierungsstellen vor, in deren Rahmen diese Zusammenarbeit institutionell abgesichert ist.⁹¹ Außerhalb und auch vor der Schaffung dieser Gruppen spielen im Energiesektor auch die von der Kommission seit 1998 gebildeten Europäischen Foren, das eine für Elektrizitätsregulierung (Florenz),⁹² das andere für die Erdgasregulierung (Madrid)⁹³ eine wichtige Rolle.⁹⁴ In ihnen sind die Kommission, die nationalen Regulierungsbehörden sowie die europäischen Verbände der Marktteilnehmer vertreten. Sie sind für die europäische Regulierung die spezielle institutionelle Ausdrucksform von dem, was *Eberhard Schmidt-Aßmann* dogmatisch erarbeitet hat und als Entsprechung zum „normativen Verfassungsverbund“ den „realen Verwaltungsverbund“ bezeichnet.⁹⁵ Wird in Anknüpfung daran als „gesteigerte Form der Verbundidee“⁹⁶ seit einiger Zeit vom europäischen „Regulierungsverbund“ gesprochen,⁹⁷ so ist darunter exemplarisch die (Ein-)Bindung der nationalen Regulierungsbehörden (auch) als Teil eines horizontal und vertikal vernetzten europäischen Vollzugs- und Gestaltungsinstrumentariums zu verstehen, ohne deren maßgebliche Berücksichtigung die Konzeption eines übergreifenden Regulierungsverwaltungsrechts in Deutschland nationales Stückwerk bliebe.

Die europarechtlich vorgegebene und formalisierte Zusammenarbeit, die etwa im Telekommunikationssektor jede nationale Regulierungsbehörde zwingt, bei der Festlegung des relevanten Marktes oder der Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen den Stellungnahmen der anderen nationalen Regulierungsstellen und der Kommission „weitestgehend Rechnung“ zu tragen (Art. 7 V und 16 III-VI TK-Rahmenrichtlinie), wird im Schrifttum etwa von *Ladeur/Möllers* insofern kritisch betrachtet, als hier deutsche Behörden „in einen unmittelbaren Zusammenhang, damit aber auch in

⁹⁰ S. auch den Überblick bei Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 53 ff.

⁹¹ Vgl. oben, S. 33 ff.; näher zur Bedeutung der Gruppen Arndt, *Vollzugssteuerung* (Fn. 57), S. 113 f.

⁹² European Electricity Regulations Forum, s. http://ec.europa.eu/energy/electricity/florence/index_en.htm.

⁹³ European Gas Regulations Forum, s. http://ec.europa.eu/energy/gas/madrid/index_en.htm.

⁹⁴ S. näher Arndt, *Vollzugssteuerung* (Fn. 57), S. 104 ff.

⁹⁵ So Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2. Aufl. 2004, S. 393 f.; zum dogmatischen Ansatz weiterführend: ders., *Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie*, in: FS Steinberger, 2002, S. 1375 (1383); weiter ders., *Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des europäischen Verwaltungsrechts*, in: ders./Bettina Schöndorf-Haubold, (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, 2005, S. 1 ff. zum Begriff des Verbunds vgl. v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus* (Fn. 89), S. 11 ff., 14 f., mit der wichtigen Differenzierung zwischen dem „vertikalen“ und dem „horizontalen“ Aspekt des europäischen Verbunds (ebd., S. 16 ff.); weiterführend zum Regulierungsverbund: Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 47 ff., mwN. ebd., S. 46, Fn. 3.

⁹⁶ So Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 46.

⁹⁷ S. oben, Fn. 69.

unmittelbare Abhängigkeit von der Willensbildung anderer nationaler Behörden“ kommen.⁹⁸

Dies genau aber ist der Zweck der Einbindung der nationalen Behörden in den europäischen Regulierungsverbund. In den Abstimmungsverfahren wird der Blick über die nationalen Grenzen hinaus gerichtet, werden die Bedingungen der ausländischen Märkte innerhalb der EG einbezogen, ebenso wie die legitimen Interessen und Rechtsansichten der Partnerbehörden und der Kommission. Das Ergebnis kann im Einzelfall durchaus ein anderes sein, als ohne die europäische Kooperation. Die nationalen Behörden entscheiden also insoweit nicht mehr souverän. Die Auslegung der relevanten Vorschriften, die Abwägung der relevanten Belange, die Einschätzung der ökonomischen Folgen einer bestimmten Bewertung sind, soweit die Richtlinien die Koordinierung vorsehen, jeweils das Ergebnis eines kooperativen Verfahrens auf europäischer Ebene⁹⁹ und nicht (allein) einer internen Willensbildung.

Probleme, die sich daraus gegenüber der klassischen Verwaltungsentscheidung im Blick auf die ministerielle Verantwortung für die Behörde – oder auch ihre Unabhängigkeit vom Minister – ergeben, aber auch für den Rechtsschutz und die gerichtliche Kontrollrechte,¹⁰⁰ verlangen eine Lösung, die die europäischen Bindungen, Loyalitätspflichten und auch Wirkungsmöglichkeiten der nationalen Verwaltung nach außen ebenso einbezieht, wie die Bedeutung der europäischen Verfassungsebene für die Fragen der Legitimation des kooperativen Verwaltungshandelns und des Rechtsschutzes.

Wenn für *Masing* und eine verbreitete Auffassung die besondere (Gestaltungs-) Aufgabe der Regulierungsverwaltung ein besonderes Regulierungsermessen impliziert,¹⁰¹ so sieht *Gabriele Britz* in der zwischen den nationalen Regulierungsbehörden ggf. in der Gruppe der europäischen Regulierungsstellen zu leistenden Abstimmung und in der Kontrollkompetenz der Kommission in zentralen Fragen der Regulierung ihrerseits ein nötiges Gegenstück und die Konsequenz eines solchen Handlungsspielraums der einzelnen Behörden, unabdingbar für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung. Für sie ist dann der Regulierungsverbund die

⁹⁸ So Ladeur/Möllers, Regulierungsverbund (Fn. 69), S. 528. Vgl. auch Trute, Regulierungsverbund (Fn.), S. 579 ff. zu Fragen des Verfassungsrechts, 582 ff. zur Problematik der gerichtlichen Kontrolle).

⁹⁹ S. auch Ladeur/Möllers, Regulierungsverbund (Fn. 98), S. 534: „Diese wechselseitige Berücksichtigung hat entsprechend dem nichthierarchischen Netzwerkcharakter des Regelungsverbundes keinen eindeutig definierten Ort, weil die Konkretisierung erst durch ein kooperatives Verfahren erfolgen soll“.

¹⁰⁰ Ladeur/Möllers, Regulierungsverbund (Fn. 98), S. 531.

¹⁰¹ Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 152 ff.; s. auch schon Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht (Fn. 69), S. 141; s. auch Britz, Verwaltungsverbund (Fn. 69), S. 55 f., mwN. Differenzierend dagegen Martin Burgi, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, 269 (274 ff.), der zwei Stufen unterscheidet: Die „Festlegungen“, in denen ein Beurteilungsspielraum und „Letztentscheidungsbefugnisse“ bestehen können, und auf der zweiten Stufe die „gegenüber Netzbetreibern anknüpfenden Entscheidungen“ ohne Entscheidungsspielräume (ebd., S. 276).

„institutionelle Antwort auf das Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma der TK-Netzzugangsregulierung“.¹⁰²

Findet man demgegenüber mit *Thomas von Danwitz* für solch weitreichende Gestaltungsprärogativen der Regulierungsbehörden weder im Gemeinschafts- noch im deutschen Recht eine Grundlage¹⁰³ und versteht, wie hier vorgeschlagen, die Zusammenarbeit im Regulierungsverbund eher als spezifisches Instrument für die effektive Verwirklichung der Zielsetzung, einen wettbewerblichen Binnenmarkt und die Sicherung der flächendeckenden Grundversorgung in Netzwirtschaften administrativ sicherzustellen, so wäre umgekehrt mit dieser besondere Gestaltung des Verfahrens sowohl ein ministerielles Weisungsrecht als auch eine unbegrenzte inhaltliche Kontrolle der Entscheidungen durch die Gerichte unvereinbar.¹⁰⁴

Wie man es auch betrachten mag: Die einzelne Entscheidung als Ergebnis eines Koordinierungsverfahrens¹⁰⁵ ist zwar nicht wegen der Offenheit der Begriffe, wohl aber insofern „unvertretbar“, als die zuständigen Gerichte dieses Verfahren der Koordinierung weder selbst durchlaufen noch nachvollziehen können. Jede gerichtliche Korrektur über die Kontrolle der Beachtung der gesetzlichen Kriterien und Verfahrensvorschriften hinaus würde die Kooperations- und Abstimmungsverpflichtungen aus der TK-Rahmenrichtlinie und, in abgeschwächter Form, aus den anderen Richtlinien verletzen.

Dasselbe muss gelten für Korrekturen durch ministerielle Weisungen. Zu recht stellt *Hans-Heinrich Trute* fest:

Das damit geschaffene Netzwerk von Verwaltungen entzieht sich naturgemäß der ausschließlichen Steuerung in den klassischen parlamentarischen Steuerungszusammenhängen von Gesetzgeber – Regierung – Verwaltung und Gerichten oder besser, modifiziert diese Steuerungszusammenhänge durch eine Europäisierung.¹⁰⁶

Ihr muss der Gesetzgeber bei einer Neuregelung des Regulierungsrechts Rechnung tragen. Die Bundesnetzagentur ist demnach organisatorisch wie auch hinsichtlich ihrer Aufgaben und Befugnisse als Teil des europäischen Regulierungsverbundes zu konzipieren, der horizontale und vertikale Kooperationselemente in sich trägt.¹⁰⁷ Die Bindung an die Kooperationspflichten und damit auch die Maßgeblichkeit der kooperativ gewonnenen, wenn nicht ausdrücklich von der Kom-

¹⁰² Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 56 f. Dieses Dilemma wird ebenso bei der Energiemarkt-Regulierung festgestellt, nicht aber im Eisenbahn- und Postsektor, vgl. ebd., S. 59 ff., 67, bzw. S. 75 f. Hier wird nur bestätigt, dass die „Verflechtungsintensität... andere Gründe haben kann“ (ebd., S. 76).

¹⁰³ Vgl. v. Danwitz, *Regulierung* (Fn. 103), S. 978 f. Vorsichtiger auch oben, S. 38.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch Ladeur/Möllers, *Regulierungsverbund* (Fn. 98), S. 534, zur entsprechenden Verfahrensgestaltung nach §§ 10 ff. TKG.

¹⁰⁵ S. auch Arndt, *Vollzugssteuerung* (Fn. 57), S. 109 ff., 116 f.

¹⁰⁶ Trute, *Regulierungsverbund* (Fn. 99), S. 569.

¹⁰⁷ Mit der Abgrenzung zur Verwaltungskooperation im Blick auf „hierarchische Beziehungselemente“ s. auch Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 53.

mission auferlegten Ergebnisse mit allen ihren Folgen beruht auf der Geltungskraft der EG-Richtlinien und damit letztlich auf Art. 249 II EG iVm. Art. 23 I GG.¹⁰⁸

2. Entwicklungsdynamik des Wettbewerbs im Binnenmarkt

Die organisatorisch-institutionelle Ausgestaltung der Regulierung im europäischen Regulierungsverbund entspricht der Zielsetzung des gesamten Prozesses: Wirksamer Wettbewerb und – letztlich durch diesen – auch Sicherheit der Versorgung für die Verbraucher zu erschwinglichen Preisen. Die Dynamik der hierfür durch europäisch koordiniertes Vorgehen gemäß den Richtlinien geleisteten Marktöffnung und Wettbewerbsentwicklung könnte über absehbare Zeit dazu führen, dass mit wachsendem Erfolg der Regulierung diese sich selbst überflüssig macht und der Übergang zu einer bloßen Wettbewerbsaufsicht nach Art. 81 und 82 EG möglich wird. Dass dies letztlich das Ziel ist, deuten verschiedene Bestimmungen auch der geltenden Richtlinien bereits an.¹⁰⁹ Ansätze dafür, dass dieses Ziel nicht unrealistisch ist, werden auf dem Telekommunikationsmarkt sichtbar, wenn inzwischen der Festnetzanschluss schrittweise durch einen Mobilanschluss ersetzt wird, Internet über UMTS zu erreichen ist und über Breitbandtechnologien Alternativen zum Telefon-Festnetz eingeführt werden.

Zweifel ergeben sich vor allem aber im Blick auf die bleibende Netzabhängigkeit im Energie- und Eisenbahnbereich. Auch hier wird die völlige Öffnung der Märkte zwar im operativen Geschäft erheblichen, auch und vor allem grenzüberschreitenden Wettbewerb mit sich bringen, vor Ort aber ist immer die „natürliche“ Monopolstellung der Betreiber der Infrastruktur das zentrale Problem. Deshalb bleibt es nach *Franz Jürgen Säcker* bei der Regulierung als „Daueraufgabe“, das Regulierungsrecht werde „zum gemeinwohlorientierten Widerlager des privaten Netzmonopols bei lebenswichtigen, nicht ausreichend duplizierbaren Gütern“.¹¹⁰

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in diesen regulierten Märkten Wettbewerb gegenüber den Netzmonopolen durchaus besteht und sich weiter entwickelt.¹¹¹ So könnte der intermodale Wettbewerb im Verkehrsbereich, wie er etwa im 10. Erwägungsgrund der Bahnrichtlinie angesprochen wird, erheblichen Druck auch

¹⁰⁸ Die gesetzliche Regelung würde ihr nach Röhl, Regulierungsverwaltung (Fn. 12), S. 837, zusätzliche parlamentarische Legitimation verleihen. Zur Frage der Legitimation s. unten, S. 48 f.

¹⁰⁹ Vgl. Erwägungsgrund 21 der Elektrizitätsrichtlinie „schrittweise Öffnung des Marktes zum freien Wettbewerb“, sowie Erwägungsgrund 30: als Ziel „...die Schaffung eines vollfunktionierenden Elektrizitätsbinnenmarktes, auf dem fairer Wettbewerb herrscht“, zum monitoring der Entwicklung s. die Berichte ab 2010 nach Art. 23 VIII der Elektrizitätsrichtlinie; ähnl. Erwägungsgrund 1 der TK-Rahmenrichtlinie: „Phase des Übergangs von Monopolbetrieben zum vollständigen Wettbewerb“, ebd. Erwägungsgrund 22: „Voraussetzungen für einen lautereren, wirksamen Wettbewerb“; zur Rücknahme spezieller Verpflichtungen im Falle, dass die Marktanalyse wirksamen Wettbewerb ergibt, s. Art. 16 IV TK-Rahmenrichtlinie. Zur Perspektive eines funktionierenden intermodalen Wettbewerbs im Verkehrsbereich s. Erwägungsgrund 10 und Art. 6 I 2 Bahnrichtlinie.

¹¹⁰ Franz Jürgen Säcker, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, AöR 130 (2005), S. 180 (188, 200).

¹¹¹ Die Perspektive der diese Monopolsituation relativierenden Entwicklung des Substitutionsgüterwettbewerbs betont auch Säcker, Regulierungsrecht (Fn. 110), S. 185 f.

auf die Entgelte für die Eisenbahnfahrwege bewirken, wenn es darum geht, ob diese überhaupt noch benutzt werden oder die Transportwege etwa über Straße und Wasser bevorzugt werden. Für den Personenverkehr geht bereits erheblicher Druck von den Billig-Fluglinien aus. Das mit dem Fahrweg gegebene „natürliche Monopol“, das im 40. Erwägungsgrund als Grund bezeichnet wird, „den Betreibern der Infrastruktur Anreize zur Kostensenkung und zur effizienten Verwaltung ihrer Fahrwege“ zu geben, gerät also angesichts der ggf. konkurrierenden Flug-, Wasser- und Straßenwege durchaus unter Druck.

Im Bereich der Elektrizität könnte mittelfristig durch dezentrale Alternativen zur klassischen Stromversorgung (Solar- und Windenergie, Brennstoffzelle) neuer Wettbewerb entstehen. Der Erdgas-Markt könnte ebenfalls unter Druck geraten, wenn es gelingt, die Gaspreise von denen für Mineralöle zu entkoppeln und über erneuerbare Energien, wie etwa Biogase und –treibstoffe, die dezentral produziert werden oder ganz netzunabhängig sind, die Nachfrage so zu senken, dass die Netzbetreiber zumindest mittelbar gezwungen sind, ihre Tarife den Marktbedingungen anzupassen. Dass dies nicht kurzfristig möglich sein wird, sollte nicht dagegen sprechen, eine solche Entwicklung bei der Konzeption eines übergreifenden Regulierungsrechts nicht nur mit im Auge zu behalten, sondern auch weitestgehend zu fördern.

III. Implikationen für das Regulierungsverwaltungsrecht

Die Implikationen dieser konzeptionellen Überlegungen für die Gestaltung eines übergreifenden Regulierungsverwaltungsrechts in Deutschland sind vielfältig, im wesentlichen lassen sie sich aber auf folgende fünf zentrale Leitgesichtspunkte zusammenführen:

1. Die europäische Funktion der nationalen Regulierungsbehörden

Die europäische Dimension des Marktes sowie die Kooperationspflichten der nationalen Regulierungsbehörden im europäischen Verbund sollten dazu führen, diese auch in einer übergreifenden Regelung des Regulierungsverwaltungsrechts in Deutschland als „europäische Behörden“ zu konzipieren,¹¹² welche flexibel genug sind, der Dynamik der Entwicklung der Märkte und des europäischen Rechts zu folgen. Profil und Selbstverständnis der Behörden würden so auf ihre Einbindung in das Mehrebenensystem kooperativer Zielverwirklichung gerichtet, im Dienste der Vollendung eines wettbewerblichen Binnenmarktes und der Sicherung der Grundversorgung zum Nutzen aller Unionsbürgerinnen und –bürger.

¹¹² Vgl. schon die allgemeine Beobachtung bei John Temple Lang, *The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law*, *ELRev.* 23 (1998), 109: „Just as every national court is now a Community law court, every national authority is now a Community authority.“ S. auch Ingolf Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), S. 148 (177), mwN.

2. Kooperationspflichten und Entscheidungsspielräume der Regulierung

Die umstrittene Frage nach einem Entscheidungs- oder Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Prüfung der Kostenorientierung nach den europäischen Vorgaben wurde kürzlich in einer Vorlage des VG Köln gestellt. Sie liegt gegenwärtig dem EuGH vor¹¹³ und sollte für bestimmte Entscheidungen eine positive Antwort finden. Dass der Behörde in einigen Bereichen, wie der Bestimmung der anrechenbaren Kosten oder vor allem der Festsetzung der angemessenen Entgelte und Preise, Entscheidungsspielräume eingeräumt werden müssen, ergibt sich aus ihrer besonderen Aufgabenstellung. Niemand kennt die Kosten und vor allem die angemessenen Preise bestimmter Leistungen von Großunternehmen exakt im Voraus. Die bestimmt der Markt. Unternehmen treffen ihre Entscheidungen im Verfahren von Versuch und Irrtum, unter dem Druck des Wettbewerbs ggf. mit entsprechenden Sanktionen. Wenn die Regulierungsbehörde Preise und Entgelte festlegt, stellt sie sich aber an die Stelle des Marktes. Sie fällt normativ gebundene Entscheidungen anhand gewollt unbestimmter Rechtsbegriffe. Sie übt kein Ermessen aus, sondern eine ihr übertragene Kompetenz zur Entscheidung in die Zukunft bei Ungewissheit und mit erheblichem Fehlerrisiko. Ihr Entscheidungsspielraum folgt aus der Tatsache, dass es die „richtige“ Entscheidung nicht gibt bzw. allenfalls ex post zu rekonstruieren ist. Der Regulierungsbehörde ist dafür die Expertise und die Kenntnis der konkreten Markt- und Unternehmensdaten gegeben. Nichts spricht dafür, dass der Richter hier kompetenter wäre.

Dies gilt besonders für diejenigen Entscheidungen, für welche die erwähnte europäische Koordinierung maßgebend ist. An diesem Verfahren nimmt der Richter nicht teil. Würde er seine Wertung an die Stelle derjenigen der Behörde stellen, wäre dies ein Verstoß gegen vorrangiges Gemeinschaftsrecht. Umgekehrt folgt daraus, dass die Behörde nach den Vorgaben der europäischen Richtlinien organisatorisch so auszustatten und die Verfahren so zu gestalten sind, dass die Voraussetzungen für angemessene Ergebnisse optimiert werden. Dazu gehört auch die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von jeder direkten politischen Einflussnahme.

3. Die Grenzen des Rechtsschutzes im Regulierungsrecht

Rechtsschutz gegenüber den kooperativ im europäischen Regulierungsverbund erarbeiteten Rechtsakten ist demnach notwendig begrenzt auf die Kontrolle der ausreichenden und richtigen Rechtsgrundlage, die Einhaltung der wesentlichen Verfahrensvorschriften und der Einbeziehung aller relevanten Umstände – und

¹¹³ Rechtssache C-55/06, Arcor AG & Co KG gegen die Bundesrepublik Deutschland, Beigeladene: Deutsche Telecom AG, ABl. 2006 C 96/3.

nur dieser - in die Abwägung. Darüber hinaus zwingt aus europäischer Sicht zwar nichts zur Einräumung besonderer Beurteilungsspielräume der Behörde, zumal bei der Anwendung von Begriffen, die auch im Wettbewerbsrecht der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Hier ist die Auslegungsprärogative des EuGH im Vorlageverfahren nach Art. 234 EG ein zentrales Instrument auch der Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, das die in den Kooperationsverfahren erreichte Abstimmung ergänzt und ggf. überlagert. Bei der hypothetischen ex-ante-Bestimmung der anrechenbaren Kosten oder des angemessenen Entgelts aber wäre auch sachlich die Kontrolldichte der Gerichte auf formale, Verfahrens- und evidente Abwägungsfehler zu beschränken.

4. Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde und ministerielle Weisungen

Die Pflicht zur Koordinierung der Rechtsanwendung im europäischen Regulierungsverbund setzt auch der ministeriellen Verantwortlichkeit Grenzen und schließt ein Weisungsrecht des zuständigen Ministers zumindest in den betreffenden Fragen aus. Denn seine Weisung würde, wenn sie auf eine Änderung des kooperativ gewonnenen Entscheidungsinhalts abzielte, zwangsläufig die Kooperationspflichten aus den Richtlinien unterlaufen. Ähnliches gilt auch für die Frage, in welchem Umfang allgemeine, von den Richtlinien den Regulierungsbehörden zugewiesene Regelungsbefugnisse auf andere Behörden oder als Verordnungsermächtigung auf die Ministerialebene übertragen werden können, etwa zur Festlegung der Methoden der Berechnung oder der Bedingungen für den Netzananschluss einschließlich der Tarife für die Übertragung von Strom nach Art. 23 II a Elektrizitätsrichtlinie.¹¹⁴ Würde dies dem Verordnungsgeber zugewiesen, könnte die Pflicht zur Koordinierung des Vorgehens zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und mit der Kommission schwerlich erfüllt werden.

Die von *Masing* hier zu recht aufgeworfene Frage der (demokratischen) Legitimation¹¹⁵ ist folglich über die Legitimationskette vom gewählten Parlament über die Regierung zurück zur von ihr kontrollierten Verwaltung nur unzureichend zu beantworten. Denn die hier vorausgesetzte Kontrolle kann die Regierung im Regulierungsverbund nicht unbeschränkt haben. Die Unabhängigkeit der Behörde mag, wie von *Masing* vorgeschlagen,¹¹⁶ als „Modus explizit demokratisch gewollter Aufgabenwahrnehmung“ eine Rechtfertigung finden. Doch bedarf es weiterer Elemente, um für ihre Entscheidungen ein „hinreichendes Legitimationsniveau“¹¹⁷

¹¹⁴ Die Frage wird von Röhl, *Regulierungsverwaltung* (Fn. 12), S. 838, aufgeworfen. S. auch Britz, *Verwaltungsverbund* (Fn. 69), S. 60.

¹¹⁵ Masing, *Gutachten* (Fn. 4), S. 73 ff.; zum Problem s. besonders auch *Georg Hermes*, *Gemeinschaftsrecht*, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, in: *FS Zuleeg*, 2005, S. 410 (419 ff.).

¹¹⁶ Masing, *Gutachten* (Fn. 4), S.78.

¹¹⁷ So der Maßstab in *BVerfGE* 93, 37 (66).

zu gewährleisten.¹¹⁸ Die Grenzen des Modells politisch-hierarchischer Steuerung und Legitimation überhaupt¹¹⁹ werden am Beispiel des Regulierungsverbundes besonders deutlich. An seine Stelle muss – freilich weit weniger stringent und messbar – eine Pluralität legitimationsstiftender Faktoren“ treten.¹²⁰ Im Blick auf die durch das europäische Recht bedingten Bindungen und ihre Folgen für Stellung und Verfahren der Bundesnetzagentur muss zunächst Art. 23 I GG in den Blick genommen werden. Mit *Matthias Ruffert* wird man sodann speziell wegen der hier verwirklichten Netzwerkkonzeption neue, nicht-hierarchische Wege der Legitimation suchen müssen.¹²¹ Die spezifische europäisch vermittelte Kooperationsform verlangt wegen des involvierten, für die Sache unerlässlichen Sachverständs ein gewisses Maß „legitimer“ Autonomie. Ein Stück legitimatorische Wirkung entfaltet immerhin das Zusammenwirken und damit auch die gegenseitige Kontrolle der nationalen Behörden,¹²² die jeweils hinsichtlich ihrer Leitung personell und wegen der im (von gemeinsamen europäischen Gemeinwohlzielen) geprägten) Gesetz präzisierten Aufgabenstellung auch inhaltlich-sachlich demokratisch legitimiert sind. Dasselbe gilt für Mitwirkung und Kontrolle durch die dem europäischen Gesetz unterworfenen Europäische Kommission, die ihrerseits über den EU- und EG-Vertrag legitimiert ist. Weitere Legitimation sollte die Rückkopplung der Tätigkeit der Regulierungsbehörden zu Öffentlichkeit und demokratischen Institutionen durch im Gesetz genau bestimmte Berichts- und Rechenschaftspflichten stiften.¹²³ Ferner dürfte die Partizipation der Betroffenen einschließlich der Wettbewerber im Verfahren und die Einräumung von Klagerechten für Wettbewerber, Nutzer und Verbraucher sowie ihrer Verbände zusätzliches Legitimationspotential bieten, wenn dadurch sachgerechtere und gesetzesnahe Entscheidungen gewährleistet werden und so der „output“ optimiert wird.¹²⁴ Eine

¹¹⁸ Zum Begriff und zu den verschiedenen Arten der Legitimation in ihrem Zusammenwirken richtungweisend: Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation (Fn. 78), S. 355 ff., 367 f., 371 ff.

¹¹⁹ Vgl. schon Gertrude Lübbe-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (zum allgemeinen Problem und seinen Wurzeln: zunehmende Aufgabenkomplexität und erhöhte gesellschaftliche Differenzierung: ebd., S. 265f., Aufgabenverlagerung nach außen: ebd., S. 267 f., neue notwendige Legitimationsformen, „in denen bürgerschaftliches Engagement unmittelbarer, spezialisierter, vertieft sachbezogen eingebracht werden, dafür aber nicht jedes Mal die Gesamtheit aller Bürger sich artikulieren kann“, ebd., S. 281 ff.). Ausführlich auch Utz Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 230 ff., insbes. S. 276 ff., 287 f.; hinsichtlich der Verwaltungskooperation Schultze-Fielitz, Verwaltung (Fn. 88), S. 127 ff.

¹²⁰ Vgl. Schultze-Fielitz, Verwaltung (Fn. 88), S. 130.

¹²¹ Vgl. Ruffert, Verwaltungsrechtslehre (Fn. 1), S. 311 ff. Erste Ansätze versucht András Sajó, EU Networks under the New Constitution: Impact on Domestic Constitutional Structures, in: Ingolf Pernice/Jirí Zemanek (eds.), A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond, 2005, S.183 (193 ff.).

¹²² Den Aspekt der wechselseitigen Kontrolle der nationalen Verwaltungen im Verbund hebt als Entwicklungstendenz hervor: Schultze-Fielitz, Verwaltung (Fn. 88), S. 120, 122, 134.

¹²³ Zu Letzterem Masing, Gutachten (Fn. 4), S. 79.

¹²⁴ Dass die Betroffenenpartizipation trotz der positiv-abstützenden Wirkung auf die gesetzesvermittelte sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation Defizite dieser Grundform der Legitimation nicht kompensieren kann, also insofern differenzierend zu betrachten ist, zeigt überzeugend Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation (Fn. 78), S. 371 ff.; ähnl. zu Legitimationspotential und Grenzen der Partizipation Lübbe-Wolff, Verfassungsrecht (Fn. 119), S. 282 ff. Dass „im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft... besondere Formen der Beteiligung von Betroffenen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ nicht nur vorgesehen werden können, sondern darin die gleiche „Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung“ verwirklicht, betont BVerfGE 107, 59 (91 f.). Hermes, Gemeinschaftsrecht (Fn. 115), S. 425, sieht darin eine

Rechenschaftspflicht und Kontrolle durch ein interparlamentarisches Gremium, das sich aus Vertretern der nationalen Parlamente wie auch des Europäischen Parlaments zusammensetzt, würde schließlich auf europäischer Ebene eine demokratische Rückkopplung ermöglichen, wie sie durch die auf die deutsche Behörde begrenzte Beiratslösung nach § 4 BNetzAG iVm. § 120 TKG 2004 nicht erzielt werden kann.¹²⁵

5. Die subjektiven Rechte der Wettbewerber und Verbraucher

Wenn sich die Frage stellt, ob das Regulierungsrecht nur den Schutz des Wettbewerbs betrifft oder auch den Schutz der Wettbewerber und Verbraucher,¹²⁶ so verweist Masing zutreffend darauf, dass das Gemeinschaftsrecht diese Unterscheidung nicht trifft. Ausdrückliche Beschwerderechte von Betroffenen und die Vorschriften über die Streitbeilegung durch die Regulierungsbehörden¹²⁷ zeigen indessen, dass es tatsächlich darum geht, den Nutzern und auch den Verbrauchern individuelle Rechte einzuräumen. Wie im Gemeinschaftsrecht allgemein,¹²⁸ könnte eine solche Einräumung subjektiver Rechte auch der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und dem Wettbewerb selbst dienlich sein.

Das Verwaltungsgericht Köln hat dem EuGH mit Entscheidung vom 26. Januar 2006 in der Sache *Arcor* für das Regulierungsverwaltungsrecht nunmehr die Frage vorgelegt, ob

„die Erfordernisse der Kostenorientierung zumindest auch dem Schutze von Wettbewerbern als Begünstigten (dienen), und zwar mit der Folge, dass diese Wettbewerber Rechtsschutz gegen nicht an den Kosten orientierte Zugangsentgelte in Anspruch nehmen können“.¹²⁹

In einer anderen Vorlage wird der EuGH ersucht, darüber zu entscheiden, ob als „betroffene“ Parteien im Marktanalyse-Verfahren nach Art. 4 und 16 der TK-Rahmenrichtlinie

„auch solche auf dem relevanten Markt als Wettbewerber auftretende Unternehmen zu verstehen sind, denen gegenüber in einem Marktanalyseverfahren spezifische Verpflichtungen nicht auferlegt, beibehalten oder abgeändert werden“.¹³⁰

„prinzipielle Abkehr von der Exklusivität traditioneller parlamentarisch-repräsentativer Legitimitätsvermittlung und zugleich als Öffnung gegenüber ‚neuen‘ Formen output-orientierter Legitimation.“

¹²⁵ Auch Hermes, *Gemeinschaftsrecht* (Fn. 115), S. 424, sieht Möglichkeiten, „die Unabhängigkeit von Verwaltungseinrichtungen von der Regierung durch verstärkte parlamentarische Kontrolle zu kompensieren“.

¹²⁶ Vgl. näher dazu Masing, *Gutachten* (Fn. 4), S. 147 ff.

¹²⁷ Vgl. dazu oben, S. 27.

¹²⁸ So besonders eindrücklich schon EuGHE 1963, 1 – Van Gend & Loos, Rn. 15, mit Verweis auf die „Wachsamkeit der Bürger an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt“. Vgl. auch Johannes Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts - Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, 1997.

¹²⁹ Rechtssache C-55/06, *Arcor AG & Co KG gegen die Bundesrepublik Deutschland*, Beigeladene: Deutsche Telecom AG, ABl. 2006 C 96/3.

¹³⁰ Ersuchen um Vorabentscheidung, vorgelegt aufgrund des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofs vom 22. November 2005, Rechtssache C-426-05, *Tele2 UTA Telecommunication GmbH gegen Telekom-Control-Kommission*, ABl. 2006 C 22/9.

Für eine Auslegung der betreffenden Vorschriften dahingehend, dass auch betroffene Dritte, also Wettbewerber oder Nutzer eine gerichtliche Überprüfung ihrer Entscheidungen beanspruchen können,¹³¹ spricht das erwähnte Ziel der Richtlinien, durch die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt und im Bereich natürlicher Monopole oder beträchtlicher Marktmacht durch Entgelt- und Preiskontrollen die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb und die sichere Versorgung erst noch zu schaffen. Ebenso spricht dafür die machtvolle Rolle, welche die europäisch vernetzten Regulierungsbehörden bei der Verwirklichung dieses Ziels mit Wirkung für die unmittelbar betroffenen Unternehmen spielen, aber auch für Wettbewerber und Verbraucher, die ihren Entscheidungen gegenüber nicht wehrlos bleiben dürfen.¹³² Die gerichtliche Überprüfung wäre allerdings im Blick auf den Entscheidungsspielraum der Behörden beschränkt auf formale Fragen und insbesondere Verfahrens- und Abwägungsfehler.¹³³

D. Schlussbemerkung und Ausblick

Das europäische Recht wird häufig als Fremdkörper im innerstaatlichen Recht betrachtet und abgewehrt. Sogar von einem Besatzungsregime wurde gesprochen, als der EuGH die rechtliche Verbindlichkeit von Verwaltungsvorschriften als Mittel der Umsetzung von Richtlinien nicht für ausreichend erkannte. So wird auch das Thema der „Europäisierung“ des Verwaltungsrechts zuweilen unter dem Aspekt diskutiert, wie wir uns vor der übermächtigen Vorschriftenflut und dem Änderungsdruck aus Brüssel schützen oder wenigstens uns ohne zu großen Schaden damit arrangieren können. Diese Sicht beruht auf einem grundlegenden Missverständnis.

Die Europäische Union ist vor allem ein gemeinsam mit den Bürgern der anderen Mitgliedstaaten geschaffenes Instrument zur Bewältigung von Aufgaben, die der einzelne Staat unter heutigen Bedingungen nicht erfüllen kann, die also über ihn hinaus wachsen. Selten wird gesehen, dass niemand anderes als wir, Bürger Deutschlands und der Europäischen Union, als Juristen oder als Politiker für das, was in Brüssel, Straßburg und auch in Luxemburg passiert, letztlich verantwortlich sind. Deutschland als größter Mitgliedstaat der Union bestimmt deren Politik und Recht ganz wesentlich mit. Dass unsere Regierung, Bundestag und Bundesrat, wir Wähler auf Landes-, Bundes- und Europaebene dadurch die Chance haben, das Recht, die Wirtschafts- und Lebensbedingungen europaweit mitzugestalten, um Dinge zu erreichen, die wir allein nicht erreichen können – und dafür ist Brüssel da – spricht sich nur allmählich herum. Die ehemals monopolisierten Märkte in

¹³¹ I.E. ebenso Röhl, Regulierungsverwaltung (Fn. 12), S. 838.

¹³² Krit. Holznagel/ Schulz/ Werthmann/ Grünhoff, Gerichtliche Kontrolle (Fn. 67), S. 55 ff., 63 ff., insbes. mit Blick auf die Nachteile hinsichtlich der Verfahrensbeschleunigung (ebd., S. 67 f.).

¹³³ Vgl. oben, S. 47.

Europa und das dazu gehörige Recht sind ein Beispiel: Das deutsche Recht der Regulierung wird zumindest in dem Rahmen europäisch determiniert, der von Art. 16 und 86 EG vorgegeben wird. Könnte man das Ziel allein durch nationale Gesetze erreichen?

Die Liberalisierung der einst monopolisierten nationalen Märkte und ihre Öffnung zu einem wettbewerblichen Binnenmarkt ist einer der großen Erfolge der Europäischen Union. Ihre Verwirklichung erfolgt aufgrund gemeinsam geschaffener Normen institutionell dezentralisiert im Rahmen des europäischen Regulierungsverbundes mit nationalen Regulierungsbehörden als Akteuren, im gemeinsamen europäischen – aber damit eben auch im nationalen – Interesse. Das nicht nur im Sinne des Effektivitätsprinzips wirksame, sondern auch im Blick auf nationale Strukturen gemäß dem Autonomieprinzip¹³⁴ durchaus rücksichtsvolle Konzept muss, wenn es seinen Zweck erfüllen soll, in den nationalen Rechtsordnungen, für uns in der Gestaltung eines übergreifenden deutschen Regulierungsverwaltungsrechts, so umgesetzt werden, dass die Bundesnetzagentur ihre Aufgaben proaktiv zusammen mit den Partnerinstitutionen in der europäischen Perspektive erfüllen kann und tatsächlich erfüllt.

Die Debatte darüber, wie dies im einzelnen geschehen soll, erlaubt zugleich, hiermit exemplarisch und prospektiv System und Strukturen des deutschen Verwaltungsrechts unter den neuen Bedingungen eines europäischen Verfassungs- und Verwaltungsverbundes fortzuentwickeln.

Thesen (vom Juni 2006)

1. Die Liberalisierung der ehemals von staatlichen Monopolen geprägten Märkte durch europäische Maßnahmen zur Verwirklichung eines wettbewerblichen europäischen Binnenmarktes in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Eisenbahnverkehr zwingt die Mitgliedstaaten zu einer Regulierungsgesetzgebung, in der die europarechtlichen Vorgaben loyal, präzise und effektiv umgesetzt werden.
2. Aus europarechtlicher Sicht besteht keine Pflicht zur einheitlichen sektorübergreifenden Regelung der innerstaatlichen Regulierungsgesetzgebung. Die einschlägigen Richtlinien begründen allerdings auch weder ein Verbot einer solchen Regelung des Regulierungsrechts in den Mitgliedstaaten noch schließen sie diese aus sachlichen Gründen aus. Eine Zusammenfassung und Konsolidierung der

¹³⁴ Den Kompromisscharakter des Verwaltungsverbundes im Blick auf diese beiden Prinzipien betont Britz, Verwaltungsverbund (Fn. 69), S. 50.

- sektorspezifischen Regelungen auf Gemeinschaftsebene ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.
3. Eine sektorübergreifende Regelung des Regulierungsrechts bietet sich als Folge der Konzentration der regulierungsbehördlichen Zuständigkeiten auf die Bundesnetzagentur an, bündelt Erfahrungen aus den verschiedenen Sektoren, erlaubt Synergien und ist vor allem im Interesse der Transparenz und Kohärenz, dh. der Rechtsvereinfachung und -sicherheit in diesem Bereich geboten. Dabei sollte auf Sonderregelungen gegenüber dem allgemeinen Verwaltungs(-verfahrens-)recht im größtmöglichen Umfang verzichtet werden.
 4. Die übergreifende Regelung sollte in einem allgemeinen Teil die gemeinsamen Ziele, Grundsätze und Kriterien der Regulierung sowie Regelungen zu Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren der Bundesnetzagentur einschließlich der den Rechtsschutz betreffenden Bestimmungen enthalten. In einem besonderen Teil könnten, soweit unverzichtbar, sektorspezifische Abweichungen und Einzelheiten festgelegt werden.
 5. Ziel eines übergreifenden Regulierungsgesetzes muss die Herstellung und nachhaltige Sicherung wirksamen Wettbewerbs in ehemals monopolisierten bzw. netzabhängigen Märkten der europäischen Gemeinschaft sein, bei gleichzeitiger Gewährleistung flächendeckender Versorgungssicherheit. Trotz nationaler Zuständigkeit für die Regulierung ist die europäische Dimension der betreffenden Märkte mit der Verpflichtung zu beachten, zur Verwirklichung des Binnenmarktes beizutragen, einschließlich der Geltung der Art. 81 und 82 EG, aber auch der Art. 16 und 86 II EG.
 6. Zu den allgemeinen, nach europäischen Vorgaben in einem Bundesregulierungsgesetz aufzunehmenden Grundsätzen des Regulierungsrechts gehören:
 - die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörden bei gleichzeitiger Verpflichtung zur Kooperation untereinander und zur gegenseitigen Information (europäischer Regulierungsverbund);
 - die Sicherstellung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Markt- (bzw. Netz-)Zugang aller Marktteilnehmer zu angemessenen Preisen, ggf. durch Entflechtung und (Preis-)Kontrolle vertikal integrierter Anbieter;
 - die Gewährleistung flächendeckender Versorgungssicherheit bei angemessenen Preisen in dem Umfang, in dem Marktmechanismen und wirksamer Wettbewerb als Steuerungsinstrumente versagen.
 7. Ein Bundesregulierungsgesetz hat nicht nur in Bezug auf die Einrichtung, die Aufgaben, Kompetenzen der Behörden, sondern auch hinsichtlich Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz detaillierte europarechtliche Vorgaben zu beachten und die innerstaatliche Regulierung als Teil des europäischen Verwaltungsver-

bunds auszugestalten. Informelle „Regulierungsforen“, die Einrichtung sektorspezifischer „Gruppen Europäischer Regulierungsstellen“ oder zwingende horizontale und vertikale Konsultationsverfahren sind das organisatorische *pendant* zur notwendigen Ausrichtung der Regulierung auf das Ziel eines wettbewerblichen Binnenmarktes.

8. Fragen der demokratischen Legitimation und Kontrolle eines weitgehend verselbstständigten europäischen Netzwerks von Regulierungsbehörden mit tiefgreifenden Kompetenzen und Gestaltungsaufgaben bei der Verwirklichung eines wettbewerblichen Binnenmarktes sind nur teilweise mit dem Appell an eine präzise Umsetzung der Ziel- und Aufgabenbestimmungen der Behörden im Gesetz oder einem Umdenken zum Begriff der Demokratie lösbar. Ein europäisch-national gemischtes parlamentarisches Kontrollgremium könnte die betreffenden Defizite kompensieren helfen.

Europarechtlich vorgegebene Eingriffsbefugnisse und Pflichten im Rahmen der Regulierung, insbesondere hinsichtlich der Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen, der Öffnung des Netzzugangs, der Preis- und Vertragsgestaltung gegenüber Abnehmern sowie der Weitergabe von Informationen, sind im Blick auf die grundrechtlichen Garantien von Eigentum und Berufsfreiheit nicht unproblematisch. Eine Eigentums-Entflechtung ist europarechtlich nicht gefordert. Die innerstaatliche Konkretisierung der europarechtlich geforderten Maßnahmen im Rahmen einer sektorübergreifenden Regelung des Regulierungsrechts wäre bei strenger Wahrung der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.