



Kölner Schriften zu Recht und Staat

Band 53

VINCENT BRENNER

Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Regulierungsrecht

Zu den Möglichkeiten und Grenzen
der Privatrechtsgestaltung mittels
Verwaltungsakt am Beispiel des Eisenbahn-
und Telekommunikationszugangsrechts

Einleitung

Die Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakte ist ein häufiges Phänomen im Regulierungsrecht. Diese Arbeit will die Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse durch Verwaltungsakte herausarbeiten. Zentraler Untersuchungsgegenstand ist das Eisenbahnrecht, welches unter dieser Prämisse noch nicht untersucht wurde, obwohl sich hier viele Befugnisnormen zur Privatrechtsgestaltung durch die Regulierungsbehörde finden. Bereits 1953 war der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als ein „typisches Mittel der modernen Wirtschaftsverwaltung“ identifiziert worden.¹ Bestätigt wird dieser Befund über ein halbes Jahrhundert später durch die Entwicklungen im Recht der Netzwirtschaften, namentlich der Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahn. In allen diesen Sektoren ist der Verwaltungsakt das zentrale Handlungsinstrument der Regulierungsverwaltung.² Das Regulierungsrecht ist dadurch geprägt, dass die Rechtsbeziehungen, die aus ihm resultieren, regelmäßig nicht nur das Rechtsverhältnis Staat-Bürger, sondern auch das Verhältnis Bürger-Bürger bzw. Unternehmen-Unternehmen betreffen. Die Zuteilung von Netzkapazitäten durch den Staat ist immer Privatrechtsgestaltung und erfolgt in der Regel durch Verwaltungsakt. So werden Studierende des Telekommunikationsrechts bereits in den ersten Vorlesungsstunden mit der formelhaften Einordnung der Entgeltgenehmigung nach §§ 31, 35 TKG als „privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt“ konfrontiert.³ In der Betonung der Formelhaftigkeit schwingt die berechtigte Kritik mit, dass sich der Erkenntniswert der Feststellung, einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt „vor sich“ zu haben, hierin auch schon erschöpft. Die Frage, welche rechtlichen oder rechtsdogmatischen Konsequenzen diese Figur hat, wird hingegen meist nicht weiter thematisiert. Dies ist eine der zentralen Fragen, denen die vorliegende Arbeit am Beispiel des Regulierungsrechts nachgehen will.

1 HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 77.

2 So auch U. STELKENS, in: STELKENS/BONK/SACHS, VwVfG Kommentar, § 35, Rn. 8. Zum Verwaltungsakt als Instrument der Regulierungsverwaltung siehe auch WALLERATH, Allg. VwltgsR, § 10, Rn. 138.

3 So die Beobachtung von GEPPERT/HELMES, MMR 2007, 564. Übereinstimmend mit der Bestimmung der Rechtsnatur SCHUSTER/RUHLE, in: GEPPERT/PIEPENBROCK/SCHÜTZ/SCHUSTER, BECK'scher TKG-Kommentar, § 35, Rn. 11.

Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt wirft zudem auch rechtspraktische Probleme auf, die nicht zuletzt der engen Verwobenheit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vorschriften geschuldet sind, durch die sich moderne Wirtschaftsgesetze auszeichnen.⁴ Diese zeigen sich z.B. darin, dass unklar ist, welchen Kontrollmaßstäben die durch die Bundesnetzagentur regulierten Unternehmen unterliegen. Für die Regulierungsbehörde besteht die Unsicherheit, dass sie nicht weiß, welche Maßnahmen sie im Einzelnen ergreifen kann, um Privatrecht zu gestalten und inwieweit sie sich dabei von privatrechtlichen Prinzipien leiten lassen darf.⁵

Ein „klassisches“ Beispiel für die praktische Relevanz der Unterscheidung von Öffentlichem und privatem Recht, ist die Frage nach dem zu beschreitenden Gerichtsweg.⁶ Die deutsche Rechtsordnung sieht in § 13 GVG vor, dass die „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ vor die ordentlichen Gerichte gehören. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt, dass die Verwaltungsgerichte für die „öffentlich-rechtlichen“ Streitigkeiten zuständig sind.⁷ Die Rechtsordnung knüpft die prozessuale Behandlung einer Rechtssache an das jeweils anzuwendende materielle Recht.⁸ Dies soll die Effektivität des Rechtsschutzes steigern, indem es die unterschiedlichen Rechtssachen den jeweiligen Fachgerichtsbarkeiten zuordnet.⁹ Dieses für die deutsche Rechtsordnung charakteristische Phänomen erfährt durch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Regulierungsrecht eine besondere Wendung. Ein einheitliches Rechtsschutzsystem bzw. eine klare Abgrenzung der Gerichtszuständigkeiten gibt es hier nicht, insbesondere nicht im Bereich der Zugangsregulierung. Im AEG liegt die Wahl über den Weg des Rechtsschutzes grundsätzlich in der Hand des Netzzugangspetenten. Dieser kann wählen, ob er direkt gegen das (vermeintlich) zugangsverpflichtete Unternehmen

4 SÄCKER, in: SÄCKER/RIXECKER, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Einl., Rn. 4 spricht von „öffentlich-privatrechtlichen Mischgesetzen“.

5 Diese Unsicherheit wurde durch eine Entscheidung des BVerwG von 2011 noch verschärft. BVerwG NVwZ 2012, 307 ff. Dieses Urteil sowie die in diesem Kontext ergangene Rechtsprechung des BGH werden in dieser Arbeit umfassend gewürdigt.

6 SCHMIDT, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 52. Die Unterscheidung entscheidet heute nicht mehr - wie im 19. Jhd. - über den Rechtsschutz überhaupt, sondern vielmehr über die Gerichtszuständigkeit.

7 Für die anderen Fachgerichtsbarkeiten vgl. § 2 ArbGG, § 51 SGG und § 33 FGO.

8 SCHMIDT, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 49.

9 SCHNEIDER, in: FEHLING/RUFFERT, Regulierungsrecht, § 22, Rn. 5 ff., welcher auch für eine einheitliche Rechtswegzuordnung plädiert.

zivilrechtlich vorgeht oder erst die Behörde vorschaltet, ggf. sogar vorschalten muss.¹⁰ Es gilt daher auch zu untersuchen, wie sich der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt in das Rechtsschutzsystem einfügt und ob er ggf. ein zivilrechtliches Vorgehen sperrt.

Das Regulierungsrecht wird in der neueren Literatur als „ein Musterbeispiel für die Neujustierung des Verhältnisses zwischen öffentlichem und Privatrecht“¹¹ verstanden. Durch RADBRUCH ist schon lange bekannt, dass „das Wert- und Rangverhältnis öffentlichen und privaten Rechts [...] der geschichtlichen Wandlung, der weltanschaulichen Wertung unterworfen“ ist.¹² Als gesichertes Erkenntnis dürfte gelten, dass die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht nichts der Rechtsordnung wesenhaft Vorgegebenes, nichts Apriorisches, ist.¹³ Dennoch bemerkt RADBRUCH, dass der Charakter der Gesamtrechtsordnung durch nichts so gut zum Ausdruck komme, „wie durch das Verhältnis, in das sie öffentliches und privates Recht zueinander stellt, und durch diese Weise, wie sie die Rechtsverhältnisse

-
- 10 Im Rahmen der Entgelt- und Konditionenkontrolle im AEG ist unklar, ob nicht ein Vorrang des zivilrechtlichen Rechtsschutzes besteht. Ablehnend SÄCKER, in: RONELLENFITSCH/SCHWEINSBERG/HENSELER-UNGER, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIV, 159 (163). Für eine zurückhaltende Position gegenüber der Kontrolle zivilrechtlicher Wertungen OVG NRW, N & R 2008, 94 (96).
- 11 RÖHL/RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, S. 426.
- 12 RADBRUCH, in: KAUFMANN, Rechtsphilosophie II, S. [122/123], 359. Siehe ausführlich zur Geschichte der Unterscheidung BULLINGER, in: LÖWISCH/SCHMIDT-LEIHOFF/SCHMIEDEL, FS für RITTNER, S. 69 ff.
- 13 So bereits KELSEN, AöR 31 (1913), 190 (218, 221); DE WALL, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, S. 6. Anders RADBRUCH, in: KAUFMANN, GUSTAV RADBRUCH Gesamtausgabe Bd. 2, Rechtsphilosophie II, S.359, jedoch mit der Maßgabe, dass apriorisch nur die für den einzelnen Rechtssatz sinnvolle Frage ist, ob er dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sei. Dies bedeutet freilich nicht, dass die Unterscheidung damit gegenstandslos oder belanglos wird. Kritisch gegenüber der „normologischen Theorie“ SÄCKER, in: SÄCKER/RIXECKER, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, Einl., Rn. 2; JESTAEDT, in: JESTAEDT (Hrsg.), HANS KELSEN – Reine Rechtslehre, XLI; BYDLINSKI, AcP 194 (1994), 319 (323). Dazu passt auch ein *Bonmot* OTTO V. GIERKES: „Privatrecht und öffentliches Recht sind eben Kinder Einer Mutter, die zwar ein jedes einen eignen Beruf verfolgen, aber eben nicht wie feindliche Brüder auseinanderstreben, sondern zuletzt immer wieder sich in der Arbeit am gemeinsamen Werk zusammenfinden.“ v. GIERKE, Die Soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 34.

zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufteilt.¹⁴ Das Regulierungsrecht als modernes Wirtschaftsrecht ist eine „Mischung aus Öffentlichem und Privatrecht“¹⁵ und ist durchzogen vom Verhältnis und der Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht. Dies kommt im privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt zum Ausdruck. Die folgende Untersuchung will sich seinem Wesen und seinen Funktionsbedingungen annähern sowie die Grenzen seiner Steuerungskraft aufzeigen.

14 RADBRUCH, in: KAUFMANN, Rechtsphilosophie II, S. [125/126], 362.

15 RÖHL/RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, S. 426.

Gang der Untersuchung

Bevor die sektorspezifische Analyse der Grundlagen der Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt erfolgt, soll der Gegenstand des Regulierungsrechts als Recht der Netzwirtschaften mit seinen Charakteristika dargestellt werden. Es werden insbesondere die europarechtlichen Grundlagen im Überblick vorgestellt, die dieses Rechtsgebiet maßgeblich geprägt haben. Zudem wird in diesem Teil die Figur des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts näher bestimmt. Eine allgemein anerkannte Definition des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts gibt es bisher noch nicht. Dies ist auch dem Umstand geschuldet, dass zwischen „privatrechtsgestaltenden Staatsakten“ und „privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten“ nicht deutlich genug unterschieden wird. Daher soll an dieser Stelle eine präzise Bestimmung dieser Rechtsfigur, gestützt auf die bisherige Literatur und Rechtsprechung, vorgenommen werden, die es erlaubt, ihre dogmatischen Besonderheiten zu analysieren (Teil 1).

Für den Bereich der Telekommunikation wurde teilweise schon der Versuch unternommen, den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt im Regulierungsrecht an die wissenschaftlichen Ergebnisse zur Figur des „privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts“ als allgemeine verwaltungsrechtliche Erscheinung rückanzukoppeln. So wird z.B. bei der Entgeltgenehmigung zwischen privatrechtsalleingestaltenden und privatrechtsmitgestaltenden Verwaltungsakten unterschieden.¹⁶ Für den Sektor der Eisenbahnwirtschaft ist eine solche Systematisierung der Befugnisnormen noch nicht vorgenommen worden. Die privatrechtsgestaltende Wirkung ist in der Literatur an einzelnen Stellen der Gesetzeskommentierung zwar bemerkt, jedoch noch nicht eingehender analysiert worden.¹⁷ Dabei enthält gerade das Eisenbahnzugangsrecht eine Fülle von verschiedenen Möglichkeiten, privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte zu erlassen, die in dieser Arbeit heraus-

16 SCHUSTER/RUHLE, in: GEPPERT/PIEPENBROCK/SCHÜTZ/SCHUSTER, BECK'scher TKG-Kommentar, § 35, Rn. 11 m.w.N. Mit Schwerpunkt auf die Rückwirkung einer Entgeltgenehmigung nach TKG KIEBS, Regulierung durch Privatrechtsgestaltung, S. 218 ff. Ausführlich - allerdings noch zum TKG 1996 - STAMM, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, S. 74 ff.

17 So z.B. KRAMER, in: KUNZ (Hrsg.), Eisenbahnrecht Bd. I, § 13 AEG, Rn. 10 bei der Anordnung des physischen Anschlusses nach § 13 AEG oder GERSTNER, in: HERMES/SELLNER, AEG-Kommentar, § 14f, Rn. 49 bei der nachträglichen Prüfung durch die Regulierungsbehörde nach § 14f AEG.

gearbeitet werden sollen. Das Fehlen einer klaren Konzeption des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts führt dazu, dass es bei der Bestimmung privatrechtsgestaltender Maßnahmen zu Widersprüchen oder zumindest Inkonsistenzen kommt. Damit die privatrechtsgestaltenden Befugnisse herausgearbeitet werden können, ist es jedoch zunächst notwendig, sich mit den Grundlagen des Eisenbahnzugangsrechts vertraut zu machen (Teil 2). Es werden auch die aktuellen Entwicklungen im Eisenbahnregulierungsrecht, namentlich der jüngst vorgelegte Entwurf für den Erlass eines Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG-E), besonders berücksichtigt.¹⁸

Nachdem die eisenbahnrechtlichen Grundlagen gelegt worden sind, sollen die privatrechtsgestaltenden Befugnisse im Eisenbahnzugangsrecht herausgearbeitet und einer dogmatischen Analyse unterzogen werden. Die Analyse soll sich an konkreten, problembezogenen Einzelfragen orientieren. Es sollen die dogmatischen Bedingungen für die Privatrechtsgestaltung im Eisenbahnrecht herausgearbeitet werden, immer im Hinblick auf ihr dogmatisches „Vehikel“, den Verwaltungsakt (Teil 3). Die Untersuchung widmet sich den zahlreichen dogmatischen Problemlagen, die der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Eisenbahnrecht aufwirft. Es stellt sich z.B. die Frage, welche Anforderungen an die Aufhebbarkeit einer Netzzugangsanordnung zu stellen sind. Es muss zudem die Wirkung des Unionsrechts auf die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten berücksichtigt werden, welche die Gewichtung von Vertrauensschutzgesichtspunkten möglicherweise zugunsten der unionsrechtlichen Grundsätze der „Äquivalenz“ und „Effektivität“ einschränkt.¹⁹ Im Hinblick auf das Ermessen der Bundesnetzagentur, die anwendbaren Vorschriften für die privatrechtsgestaltende Regulierungsaufsicht, das Zusammenwirken von Verwaltungsakt und Privatrecht sowie den Rechtsschutz wirft der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt weitere Fragen auf, die näher untersucht werden müssen.

18 Zugrunde gelegt wird aus Gründen der Nachvollziehbarkeit die Fassung des ERegG-E, wie sie Niederschlag in der BR-Drs. 552/12, S. 1 ff. gefunden hat. Dank gebührt dem Bundesverkehrsministerium, das seinen Entwurf auf Anfrage zur Verfügung stellte. Daneben wurde auch ein umfassender Reformvorschlag vom Netzwerk der Privatbahnen e.V. vorgelegt. Erarbeitet von und abgedruckt in GRÜN/BERSCHIN, N & R Beilage 1/2011, 2 (5 ff.).

19 Zu diesen Grundsätzen in der Rechtsprechung des EuGH siehe LUDWIGS, DVBl. 2008, 1164 (1172).

Die dogmatische Bearbeitung soll in einen größeren regulierungsrechtlichen Zusammenhang gestellt werden. Eine der am intensivsten geführten Debatten im Regulierungsrecht ist die Frage nach der Möglichkeit und auch Sinnhaftigkeit eines „Allgemeinen Regulierungsrechts“. Der Grundkonflikt, der sich in besonderer Deutlichkeit an der Frage einer einheitlichen Regulierungskodifikation²⁰ entzündet, besteht darin, ob die Regulierung der Netzwirtschaften überhaupt einer positivierbaren Verallgemeinerung fähig ist. Dagegen wird eingewandt, dass mit Generalisierungen die Gefahr eines rechtsstaatlich bedenklichen Maßes an Unbestimmtheit einhergehe, wodurch ein „Interpretationswettstreit der Rechtsanwender“ verstärkt werde.²¹ Letztlich steht dahinter die Frage, ob die unbestritten bestehenden sektorspezifischen Besonderheiten eine sinnvolle Verallgemeinerung regulierungsverwaltungsrechtlicher Prinzipien überhaupt erlauben. Die Antwort auf diese Frage kann nur durch einen sektorübergreifenden Rechtsvergleich beantwortet werden. Ein Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, ein sektorübergreifendes Phänomen aufzunehmen und dessen Anwendung, Ausgestaltung und Wirkung in den untersuchten Rechtsgebieten in Beziehung zu setzen. Es gilt die Frage zu beantworten, ob der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt Teil eines allgemeinen Regulierungsverwaltungsrechts sein kann. Daher wird im Anschluss an die dogmatische Betrachtung des Eisenbahnzugangsrechts die Perspektive sektoral erweitert. Es werden die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte aus dem Bereich des Telekommunikationsrechts dargestellt und ebenfalls einer dogmatischen Untersuchung zugeführt (Teil 4).

Der Sektor der Telekommunikation als Referenzmaterie wird bewusst gewählt, weil der Markt und der Regulierungsgegenstand im Vergleich zum Eisenbahnwesen sehr große Unterschiede aufweisen.²² So ist der Eisenbahnmarkt geprägt von der Abhängigkeit von faktisch nicht duplizierbaren Schienennetzen²³, wohingegen im Telekommunikationssektor eine

20 Ein solche verlangt MASING, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten, Teil D, S. 192 im Hinblick auf die Regulierungsaufgaben der Bundesnetzagentur.

21 So skeptisch BURGI, NJW 2006, 2439 (2443). Ablehnend BREDT, DÖV 2010, 430. Zum Meinungsstand siehe KNAUFF, VerwArch 2007, 382 (385), Fn. 38 f.

22 RÖHL, JZ 2006, 831 (836).

23 Für den EuGH ist der Fahrweg sogar ein „natürliches Monopol“. EuGH, Rs. C-556/10, Rn. 106 (BECK-online).

Verschiebung des Wettbewerbs von einem rein dienstebasierten zu einem infrastrukturbasierten Wettbewerb zu beobachten ist, welche zum Beispiel auf die Möglichkeit der Schaffung flächendeckender konkurrierender Breitbandnetze zurückzuführen ist.²⁴ Gerade die Verschiedenheit der unterschiedlichen Märkte soll die Belastbarkeit abstraktionsfähiger regulierungsrechtlicher Erwägungen unterstreichen.

Im letzten Teil werden die zentralen Ergebnisse der Arbeit aufgegriffen und Überlegungen angestellt, wie z.B. das bestehende Regulierungsrecht an die Besonderheiten der Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt angepasst werden kann und ob dieser Verwaltungsakt zum „Baustein“²⁵ eines Regulierungsverwaltungsrechts taugt. Zudem werden die Rolle des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts und der Umgang mit ihm zum Anlass genommen, das Verhältnis von Öffentlichem Recht und Privatrecht in der aktuellen Rechtsordnung zu reflektieren (Teil 5).

24 SCHERER, NVwZ 2010, 1321 (1327).

25 Formulierung nach KÜHLING, JZ 2012, 341, welcher diesen Term für die neue Regelung zu den „Regulierungskonzepten“ des § 15a TKG verwendet.