

Inkook Kay

# Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungs- verwaltung

Eine rechtsdogmatische Untersuchung  
zur Einordnung der Regulierung  
in das Staats- und Verwaltungsrecht

## **Regensburger Beiträge zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Herausgegeben von Gerrit Manssen

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	<b>5</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>7</b>
<b>Kapitel 1: Einleitung</b> .....	<b>17</b>
A. Problemstellung und Ziel der Untersuchung .....	17
B. Grundriss der Regulierung .....	23
I. Hintergrund der Regulierung .....	23
1. Der allgemeine Sprachgebrauch .....	23
2. Die gemeinsamen Ansätze des tradierten Regulierungsbegriffs .....	24
II. Theorie der Wirtschaftsregulierung .....	26
1. Denkansätze der Regulierung .....	27
(1) Normative Regulierungstheorie .....	27
(2) Positive Regulierungstheorie .....	28
2. Die Gründe für staatliche Intervention in die Marktwirtschaft .....	29
(1) Ökonomisches Marktversagen .....	29
(2) Ausnahmegründe der allgemeinen Wirtschaftsaufsicht .....	31
(a) Natürliches Monopol .....	31
(b) Externe Effekte .....	31
(c) Informationsdefizit .....	32
(d) Bereitstellung öffentlicher Güter .....	32
(e) Zielkonflikte .....	33
3. Die normative Regulierungstheorie als Ausgangspunkt .....	34
<b>Kapitel 2: Der Wandel der staatlichen Aufgabenwahrnehmung</b> .....	<b>36</b>
A. Einleitung .....	36
B. Die staatliche Aufgabenwahrnehmung .....	38
I. Problemstellung .....	38
II. Die staatliche Aufgabe und Gemeinwohlverwirklichung .....	39
1. Staatliche Gemeinwohlverwirklichung .....	40

(1) Gemeinwohl und Staat .....	40
(2) Gemeinwohlverwirklichung durch den Staat oder durch die Gesellschaft? .....	41
(3) Arbeitsteilige Gemeinwohlverwirklichung von Staat und Gesellschaft .....	43
III. Entwicklung der Staatsaufgabenlehre .....	45
1. Klassische Staatszwecklehre: Anleihe bei der Allgemeinen Staatslehre .....	45
2. Vom Staatszweck zur Staatsaufgabe .....	47
IV. Wandel der Staatsaufgabenlehre .....	48
1. Hintergrund der Umwandlung .....	48
2. Debatte um die Kernstaatsaufgabe .....	50
(1) Zu einer vorgegebenen Kernstaatsaufgabe .....	50
(2) Die formale Kernstaatsaufgabe .....	52
(3) Notwendige Staatsaufgabe .....	52
3. Kritik an der Annahme einer Kernstaatsaufgabe .....	54
(1) Kein dauerhafter Katalog der Kernstaatsaufgaben .....	54
(2) Kein vorgegebener Staat .....	55
(3) Gleichsetzung von Kompetenz und Aufgabe? .....	56
4. Zwischenergebnis .....	57
V. Das Verhältnis der Aufgabenfelder .....	59
1. Begriffsbestimmung der öffentlichen Aufgabe .....	59
(1) Verwendungsweise des „Öffentlichen“ .....	59
(2) Öffentliche Aufgabe und Gemeinwohl .....	60
2. Öffentliche Aufgabe und Privataufgabe .....	61
3. Öffentliche Aufgabe und Staatsaufgabe .....	62
(1) Gleichsetzung oder Gegenbegriff? .....	62
(2) Staatsaufgabe als Teil- oder Schnittmenge der öffentlichen Aufgaben .....	64
4. Fazit .....	65

VI. Zwischenergebnis.....	66
C. Die staatliche Verantwortung für die Gemeinwohlverwirklichung.....	67
I. Einführung in die Verantwortungslehre .....	67
1. Entwicklung des Verantwortungsbegriffs.....	68
2. Der Verantwortungsbegriff im öffentlichen Recht.....	69
(1) Der Verwaltungsbegriff als Staatsprinzip .....	69
(2) Der Verantwortungsbegriff in dem methodischen Wandel der Verwaltungsrechtswissenschaft.....	70
II. Konkretisierung der Verantwortungsverantwortung.....	72
1. Begriff der Verantwortungsverantwortung .....	72
2. Verantwortung als heuristischer und normativer Begriff .....	73
3. Verwendungsweise des Verantwortungsbegriffs.....	75
(1) Vorhandene Verwendungsweise in der Rechtswissenschaft .....	75
(2) Funktionelle Verwendungsweise des Verantwortungsbegriffs.....	76
(a) Voraussetzung der Struktur arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung.....	76
(b) Verantwortung und Aufgaben .....	78
III. Gewährleistungsverantwortung des Staates für die Gemeinwohlverwirklichung .....	80
1. Begriff der Gewährleistungsverantwortung.....	80
2. Funktion der Gewährleistungsverantwortung .....	83
D. Fazit.....	85
<b>Kapitel 3: Konzept der Regulierung in der Gewährleistungsverwaltung ...</b>	<b>86</b>
A. Einführung.....	86
B. Geschichtliche Ableitung und Hintergrund der Regulierung.....	87
I. Hintergrund und Entstehung: „economic regulation“ .....	88
1. Historische Besonderheit in den USA und „common law“ .....	88
(1) Historischer Einfluss .....	88
(2) „Common law“ in den USA.....	88

(3) „Regulation“ unter dem „common law“ .....	90
2. Der Ansatz der „economic regulation“ im Eisenbahnsektor .....	90
3. „Independent Regulatory Commission“ als eine Regulierungsorganisation .....	92
II. Das Konzept der „economic regulation“ .....	94
1. Korrektur des Marktversagens .....	94
2. Unmittelbare Rezeption der ökonomischen Kriterien ins Gesetz.....	95
III. Bewertung und Ausblick.....	97
1. Punktuelle und ex-post-Kontrolle .....	97
2. Dogmatische Systematisierung.....	98
(1) „Regulation“ als öffentliches Recht? .....	98
(2) “Economic regulation” als Regulierungsverwaltung? .....	98
IV. Fazit.....	101
C. Regulierung in der Entwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft.....	101
I. Juristische Methode als Tradition der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft.....	102
1. Juristische Methode und das liberale Rechtsstaatsbild .....	102
2. Betrachtung der Leistungsverwaltung mit der juristischen Methode.....	103
3. Bewertung der juristischen Methode .....	105
II. Rezeption der gesellschaftlichen Frage in das Rechtsstaatsprinzip und in die Leistungsverwaltung .....	106
1. Die materiale Rationalität im Recht.....	106
2. Das materielle Rechtsstaatsprinzip .....	107
3. „Das regulative Recht“ .....	109
III. Entstehung eines neuen Staatsbildes.....	110
1. Krise der sozialen Gesetzlichkeit und des „regulativen Rechts“ .....	110
2. Reaktion gegen die Krise des regulativen Rechts.....	113
(1) Liberalisierung.....	114
(a) Liberalisierungsansatz .....	114

(b) Inhalt .....	115
(aa) Marktöffnung .....	115
(bb) Wettbewerbsförderung durch den Abbau des Monopols..	115
(c) Liberalisierung als eine tendenzielle Politiklinie .....	117
(2) Deregulierung .....	118
(a) Das bestehende Verständnis .....	118
(b) Umbau der Deregulierungsgliederung .....	121
(c) Ausgangspunkt zur qualitativen Umwandlung .....	124
(3) Privatisierung.....	128
(4) Fazit: Zum neuen Staatsbild .....	132
3. Gewährleistungsstaat als eines neues Staatsbild.....	133
(1) Aufgabenverständnis .....	133
(2) Schaffung der arbeitsteiligen und kooperativen Struktur.....	136
(3) Dialektische Entfaltung .....	139
IV. Gewährleistungsverwaltung und Regulierung.....	141
1. Zur Gewährleistungsverwaltung .....	141
(1) Notwendigkeit der Gewährleistungsverwaltung .....	141
(2) Grundrechtsdogmatik: Die normative Erklärung.....	143
(3) Verbindung mit den dogmatischen und staatsrechtlichen	
Konzepten.....	146
(4) Grundversorgung in der Gewährleistungsverwaltung.....	148
(5) Fazit .....	149
2. Regulierung als Erscheinungsform der	
Gewährleistungsverwaltung .....	151
(1) Regulierung im Verwaltungsrechtssystem.....	151
(2) Skala der Regulierung .....	156
(a) Hoheitliche Regulierung.....	157
(b) (Gesellschaftliche) Selbstregulierung.....	160
(c) Mechanismus der regulierten Selbstregulierung .....	162

(d) Fazit .....	168
(3) Abgrenzung zu anderen Formen .....	171
(a) Regulierung als Privatisierungsfolgenrecht? .....	171
(b) Regulierung und allgemeines Wettbewerbs- und Kartellrecht .....	172
V. Zwischenergebnis .....	175
D. Die Grundlage der Netzregulierung .....	176
I. Netzwerk und Netzregulierung .....	176
1. Merkmale der sektorspezifischen Netzregulierung .....	177
(1) Netz und Netzeigenschaft .....	177
(a) Netzbegriff .....	177
(b) Netzeigenschaft .....	180
(aa) Sektorspezifität .....	180
(bb) Polyzentralisierung .....	181
(2) Infrastrukturgewährleistung - spezifische Sektoren .....	183
(a) Begriff der Infrastruktur .....	183
(b) Überschneidung von Netz und Infrastruktur .....	184
(c) Begrenzung des Infrastrukturbegriffs .....	186
(d) Regulierung in den Infrastruktursektoren .....	188
II. Verfassungsrechtliche Grundlage der Netzregulierung .....	189
1. Das soziale Rechtsstaatsprinzip .....	189
(1) Staatlicher Interventionsgrund .....	190
(2) Grundlage des öffentlichen Wirtschaftsrechts .....	191
2. Infrastrukturgewährleistung in Art. 87e Abs. 4 und Art. 87f Abs. 1 GG .....	195
(1) Gewährleistungsklausel .....	195
(2) Staatszielbestimmung .....	196
3. Wirtschaftsrelevante Grundrechte .....	198
(1) Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG .....	198

(a) Allgemeines .....	198
(b) Regulierender Eingriff in die Berufsfreiheit .....	200
(2) Eigentumsgarantie von Art. 14 GG .....	205
(a) Die Normgeprägtheit des Art. 14 GG .....	205
(b) Wohl der Allgemeinheit und Sozialbindung des Eigentums ..	207
(c) Rechtfertigung der Regulierungsverpflichtung .....	208
(d) Herstellung von Wettbewerb und die Sozialbindung des Eigentums .....	211
4. Fazit .....	214
<b>Kapitel 4: Das Instrumentarium der Netzregulierung .....</b>	<b>215</b>
A. Themabegrenzung .....	215
I. Wirtschaftliche Netzregulierung .....	215
1. Unterscheidung der wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Regulierung .....	215
2. Regulierung in der Wirtschaftsverwaltung .....	216
II. Regulierungsinstrument im mehrpoligen Rechtsverhältnis .....	217
B. Zielsetzung und Instrument der Netzregulierung .....	218
I. Kontur der Regulierungsziele .....	219
1. Legaldefinition .....	219
2. „Hauptziele“ der Regulierung .....	220
(1) Regulierter Wettbewerb .....	221
(2) Gemeinwohlziel .....	222
(3) Einfluss der Zielverknüpfung auf die Regulierungsinstrumente .....	222
II. Die Eigenschaft und Funktion der Regulierungsinstrumente .....	223
1. Sektorspezifität der Regulierungsinstrumente .....	223
2. „Paket der Handlungsformen“ .....	224
3. Zur typischen Handlungsform der Gewährleistungsverwaltung .....	226
III. Fazit .....	227



C. Die wirtschaftliche Ausübung öffentlicher Verwaltung und die Netzregulierung .....	228
I. Wirtschaftsaufsicht, -lenkung und -politik .....	228
1. Wirtschaftsaufsicht.....	228
2. Abgrenzung der Wirtschaftslenkung von Wirtschaftsaufsicht .....	230
II. Regulierung als eine „neue“ Form der Wirtschaftsaufsicht? .....	234
1. Die Bezogenheit mit der Wirtschaftsaufsicht .....	234
2. Abweichung von der Gemeinwohlvorstellung .....	236
(1) Gemeinwohl in der Kartellaufsicht .....	236
(2) Gemeinwohl in der Regulierung .....	237
3. Prozess der Gemeinwohlverwirklichung .....	239
4. Fazit.....	241
III. Zwischenergebnis.....	241
D. Formen der Regulierungsinstrumente .....	241
I. Die Genehmigung als Regulierungsinstrument .....	241
1. Die „typische“ Form der Genehmigung.....	242
(1) Kontrollerlaubnis.....	242
(2) Konzession.....	243
(3) Kritik an der schematischen Unterscheidung.....	243
(4) Genehmigung zur „strukturellen Querschnittsaufgabe“ .....	245
2. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Genehmigungserfordernis .....	247
(1) Allgemeines.....	247
(2) Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt und Regulierung .....	248
3. Entgeltgenehmigung im TKG als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt.....	248
(1) Genehmigungspflicht .....	248
(2) Der Maßstab der Entgeltgenehmigung.....	249
(a) Gesetzliche Maßstäbe .....	249

(b) Materieller Maßstab der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ .....	249
(3) Rechtswirkung .....	250
4. Fazit .....	252
II. Staatliche Güterverteilung in der Gewährleistungsverwaltung .....	253
1. Verteilungsverwaltung .....	253
(1) Verteilungsverfahren .....	253
(2) Die Knappheit der Güter und die staatliche Intervention .....	254
(3) Daseinsvorsorgerelevante Güter .....	256
2. Die Verteilungsentscheidung im Wandel .....	258
(1) Kontingentierung als eine klassische Instrument im Verteilungsverfahren .....	259
(2) Verteilung in der Gewährleistungsverwaltung .....	261
(3) Verteilungsregulierung .....	263
III. Frequenzvergabe im TKG als Referenzgebiet .....	265
1. Allgemeines .....	265
2. Frequenzbereichszuweisungs- und Frequenznutzungsplan nach § 53 und 54 TKG .....	266
3. Frequenzzuteilung nach §§ 55 TKG .....	267
(1) Zusätzliche Verhaltenskontrolle .....	267
(2) Allgemeinzuteilung und Einzelzuteilung (§ 55 Abs. 2 und 3 TKG) .....	268
(3) Zuteilung der Frequenzen im mehrstufigen Vergabeverfahren (§ 55 Abs. 3 und 9, § 61 TKG) .....	269
(a) Vergabeverfahren .....	269
(b) Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren .....	269
(c) Festlegung als eine Form der Verteilungsregulierung im Vergabeverfahren .....	273
4. Fazit .....	275

<b>Kapitel 5: Zusammenfassung</b> .....	<b>276</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>281</b>