



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

Inhaltsverzeichnis	
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
Gang der Untersuchung	31
Teil 1. Regulierungsrecht und privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt	35
A. Regulierungsrecht	35
I. Zum Begriff „Regulierung“	35
II. Entstehung des Regulierungsrechts	37
III. Europarecht: Motor und Triebfeder der Regulierung	39
1. Entwicklung im Telekommunikationssektor	39
2. Entwicklung im Eisenbahnsektor	41
IV. Allgemeines Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht	43
V. Ökonomische Theorie und Regulierungsrecht	45
VI. Der doppelte Vorbehalt im Regulierungsrecht und Zielpluralität	47
1. Regulierung als Vorbehalt des Gewährleistungsstaates	47
2. Vorbehalt der Sektorspezialität	49
3. Zielpluralität und Zielfdivergenz	49
VII. Fazit	50
B. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt	51
I. Einleitende Bemerkungen	51
II. Die strukturellen Probleme bei der Bestimmung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	53
1. Der vielseitige Einsatz des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	54
2. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt und „Grundfesten“ der Rechtsordnung	56
III. Merkmale des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	58
1. Der Begriff der „Privatrechtsgestaltung“	58
2. Definitionen zum „privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt“	59
a) Merkmale des „Verwaltungsakts“	60
b) Die Definition von „Privatrechtsgestaltung“	61
aa) Erste Definitionen	61
bb) Die Entwicklung der entscheidenden Merkmale bei FORSTHOFF und HUBER	62
cc) Das weitere Merkmal der „Finalität“?	63
dd) Begriffsdefinition	64
3. Die Merkmale des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	65

a) Gesetzliche Grundlage	65
aa) Bestimmtheit	66
bb) Wesentlichkeit	67
cc) Generalklauseln	69
b) Wirkung auf dem Gebiet des Privatrechts	69
aa) Anwendbarkeit der verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften	69
bb) Keine dispositive Wirkung des Verwaltungsakts	71
cc) Die Bestimmung der privatrechtlichen Wirkung	71
c) Begründung, Änderung und Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses	74
aa) Entstehung und Vernichtung von Rechten und Rechtsverhältnissen	74
bb) Umgestaltung von Rechtsverhältnissen	75
d) Die Unmittelbarkeit der Wirkung im Privatrecht	76
aa) Keine weitere Vollzugshandlung als Voraussetzung der „Unmittelbarkeit“	77
bb) Die Abgrenzung zu „mittelbar gestaltenden“ Verwaltungsakten	77
e) Verbindlichkeit der Wirkung	78
aa) Die Unterscheidung in privatrechtsallein- und privatrechtsmitgestaltende Verwaltungsakte	79
bb) Abgrenzung zum gesetzlichen Kontrahierungszwang	80
cc) Maßgeblichkeit der bindenden Wirkung	80
f) Sonderfälle	81
g) Verhältnis zu den anderen Arten von Verwaltungsakten	82
IV. Fazit	83
V. Typologie der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte	84
Teil 2. Das Rechtsregime des AEG und EIBV	89
A. Allgemeine Einführung in das Eisenbahnzugangsrecht	89
I. Akteure, Marktentwicklung, Typus der Regulierung und Rechtsquellen	89
1. Staatliche und internationale Akteure	89
a) Bundesnetzagentur	89
aa) Entstehung der Bundesnetzagentur	90
bb) Aufgaben und Verfahren der Bundesnetzagentur	91
b) Eisenbahnbundesamt	92

aa) Funktion und Aufgaben	92
bb) Überschneidungen mit der Bundesnetzagentur	93
cc) Die Befugnisse des Eisenbahnbundesamts	94
c) Bundeskartellamt	95
d) Eisenbahninfrastrukturbeirat (§ 35 AEG) und Monopolkommission (§ 36 AEG)	96
aa) Eisenbahninfrastrukturbeirat	96
bb) Monopolkommission	96
e) Europäische Eisenbahnagentur und INDEPENDENT REGULATORS' GROUP	97
2. Marktstruktur und private Akteure	98
a) Marktstruktur	98
b) DB AG und die Wettbewerber	100
3. Regulierungstypus und Rechtsquellen	102
4. Fazit	103
II. Zum Geltungsbereich und Telos des AEG	103
1. Ziele	103
a) Die drei Ziele des § 1 Abs. 1 AEG	103
b) Die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 1 S. 2 AEG	104
2. Anwendungsbereich	106
III. Zugangsverpflichtung und -berechtigung	107
1. Eisenbahninfrastrukturunternehmen	107
a) „Betriebsanlage“ und „Eisenbahninfrastruktur“	108
b) Betreiber der Schienenwege	109
c) Betreiber von Serviceeinrichtungen	110
2. Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen BdS und BvS	112
3. Eisenbahnverkehrsunternehmen	112
4. Öffentliche Eisenbahnunternehmen	113
5. Fazit	114
B. Der Netzzugang nach AEG	115
I. Netzzugang und Netzanschluss nach §§ 13 und 14 AEG	115
1. Abgrenzung von Netzanschluss und Netzzugang	115
a) „Recht auf die Anschlussweiche“ und Netzzugang	115
b) Voraussetzungen des Netzanschlusses	116
c) Zuständigkeit des EBA	118
2. Inhalt der Zugangsverpflichtung nach § 14 Abs. 1 AEG	118
a) Die zwei Pflichten des § 14 Abs. 1 AEG	118

b) Die unterschiedlichen Leistungen im Rahmen der Zugangsregulierung	120
c) Die „Doppelnatur“ des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG	121
II. Das Trassenvergabeverfahren nach AEG und EIBV	124
1. Erstellung des Netzfahrplans zur Zuweisung von Trassen	124
a) Der Netzfahrplan als Grundlage der Trassenvergabe	124
b) Die Rolle des Netzfahrplanentwurfs	125
2. Entscheidungs- und Koordinierungsverfahren	126
a) Gebot der größtmöglichen Antragsentsprechung	126
b) Vorrangskriterien bei kollidierenden Trassenanträgen	127
c) Anträge auf Zugang zu Serviceeinrichtungen	128
III. Eisenbahnvertragsrecht	129
1. Vertragsrecht nach Maßgabe der EIBV	129
a) Das Recht an Zugtrassen	129
b) Sonderkündigungsrecht	130
c) Sicherheitsleistungen	131
d) Die Minderung nach § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV	132
2. Rahmenverträge nach § 14a AEG, § 13 EIBV	133
a) Die Funktion des Rahmenvertrages	133
b) Die Grenzen einer rahmenvertraglichen Vereinbarung	134
c) Überwachung durch die Regulierungsbehörde	135
3. Benutzungsbedingungen	136
a) Schienennetz-Nutzungsbedingungen	136
aa) Das Spektrum der Nutzungsbedingungen	137
bb) Der Mindestinhalt der SNB	138
cc) Das Verfahren zu den SNB	139
b) Die Rechtsnatur der SNB	139
c) Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen	141
IV. Das Recht der Entgeltregulierung	142
1. Entgeltmaßstab und Entgeltgrundsätze	142
a) Entgeltmaßstab	143
b) Entgeltgrundsätze	143
2. Der Entgeltmaßstab im AEG	144
a) Die Vorgaben des Unionsrechts	144
b) Der Maßstab des AEG	145
3. Die Entgeltgrundsätze	146
V. Fazit	147

C. Die Regulierungsbefugnisse im Eisenbahnzugangsrecht	148
I. Die Befugnisse der Bundesnetzagentur	148
1. Die Aufgaben der Regulierungsbehörde und die Mitteilungspflichten	149
a) Die Aufgaben der Bundesnetzagentur nach § 14b AEG	149
b) Die Mitteilungspflichten nach § 14d AEG	149
2. Die Generalklausel und die Mitwirkung nach § 14c AEG	151
a) Zur Entstehung der Regulierungsbefugnisse	151
aa) Die Abkehr vom Anweisungsmodell	152
bb) Die „verspätete“ Generalklausel	153
b) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14c Abs. 1 AEG	154
c) Ermessen und Bestimmtheit	155
d) Die Durchsetzung der Mitwirkungspflichten	156
3. Die Befugnisse ex ante	157
a) Die Prüfungsgegenstände und die Prüfungsfristen	157
b) Die Reichweite der Widersprüche und die Rechtsnatur der Sperrwirkung	159
4. Die Befugnisse ex post	160
a) Die Befugnisse nach § 14f AEG	160
b) Die Befugnisse nach § 14f Abs. 3 Nr. 2	162
aa) Festlegung der Vertragsbedingungen und Unwirksamkeitserklärung	162
bb) Das Problem der „Geltung von Verträgen“	162
5. Die Konkurrenzverhältnisse der Befugnisse	164
a) §§ 14e und 14f AEG als leges speciales	164
b) Das Verhältnis von § 14e AEG zu § 14f AEG	166
6. Einheitliches Tatbestandsmerkmal in den Regulierungsbefugnissen?	167
7. Fazit	168
II. Die Befugnisse des EBA	169
1. § 9a AEG i.V.m. § 5a Abs. 2 AEG	170
a) Die Struktur des § 9a AEG	170
b) Die „Unbundling“-Regulierungsbefugnisse des EBA	171
aa) Das Verbandsverbot nach § 9a Abs. 2 S. 2 AEG	171
bb) Die Befugnisse nach § 5a Abs. 2 i.V.m. § 9a Abs. 1 AEG	172
2. Der Anschluss ans Schienennetz und die Freistellung von Entgeltgrundsätzen	173

Teil 3. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Eisenbahnrecht	175
A. Übersicht über die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte und ihre Wirkung	175
I. Die privatrechtsgestaltenden Befugnisse der Bundesnetzagentur	176
1. Die Regulierungsbefugnisse nach § 14e Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AEG	176
a) Der Widerspruch gegen ablehnende Entscheidungen über einen Zugangsantrag	176
aa) Die Rechtsnatur des Zugangsantrags nach § 6 Abs. 1 EIBV und dessen Ablehnung	177
bb) Die Wirkung des Widerspruchs	179
b) Der Widerspruch bei Ablehnung eines Rahmenvertrags	180
c) Der Widerspruch gegen SNB/NBfS	182
2. Die Befugnisse nach § 14f AEG	183
a) Die Entstehungsgeschichte des § 14f AEG im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Privatrechtsgestaltung	183
b) Die Befugnisse nach § 14f Abs. 1 AEG	184
aa) Privatrechtsgestaltende Wirkung?	184
aaa) Keine Privatrechtsgestaltung nach § 14f Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AEG	185
bbb) Privatrechtsgestaltung nach § 14f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AEG	185
bb) Die ex nunc-Wirkung als Ausschluss der unmittelbar privatrechtsgestaltenden Wirkung?	186
c) Die Befugnisse nach § 14f Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 AEG	187
aa) Die privatrechtsgestaltende Wirkung des § 14f Abs. 3 AEG	187
bb) Eingreifermaßen bei Maßnahmen nach § 14f Abs. 3 AEG?	188
cc) Adressaten der Maßnahmen nach § 14f Abs. 3 AEG	190
dd) Nur einheitliche Entscheidung nach § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG?	191
3. Die Befugnis nach § 14c Abs. 1 AEG	191
4. Die Entgeltgenehmigung nach § 33 ERegG-E	192
5. Fazit	193
II. Die privatrechtsgestaltende Wirkung der Befugnisse des EBA	194
1. Privatrechtsgestaltung im Rahmen des § 9a AEG	194

a) Die Anordnung nach § 9a Abs. 2 S. 2 AEG	194
b) Die Maßnahmen nach § 9a Abs. 1 S. 2 i.V.m § 5a Abs. 2 AEG	194
aa) Privatrechtliche Wirkung der Pflicht zur rechtlichen Selbstständigkeit nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AEG	195
bb) Organisatorische Selbstständigkeit durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt?	196
aaa) Keine Durchsetzung der organisatorischen Selbstständigkeit	196
bbb) Die Verwendungsuntersagung von Konzernangestellten	196
ccc) Verbot der unzulässigen Weisungen nach § 9a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AEG	197
cc) Erlass von „Compliance“-Maßnahmen durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt?	197
2. Die privatrechtsgestaltenden Wirkungen nach § 13 AEG	199
3. Die Allgemeinverfügung nach § 14 Abs. 4 S. 4 Nr. 2 AEG	201
III. Fazit	202
B. Dogmatische Probleme des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	203
I. Aufhebbarkeit von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten	204
1. Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG und Meinungsstand zur Aufhebbarkeit von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten	205
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG neben dem AEG	205
b) Argumente gegen die Aufhebbarkeit	206
c) Argumente für die Aufhebbarkeit	208
2. Differenzierungskriterien für die Aufhebbarkeit	209
a) Ausgangspunkt der Diskussion für die dogmatische Sonderbehandlung	210
b) Die Ausnahmen von der Aufhebbarkeit	212
aa) „Endgültigkeit“	212
bb) Sonstige Ausnahmen	213
c) Die Rechtsfolge und die Rechtsnatur der Aufhebung	214
aa) Die Rechtsfolge der Aufhebung	214
bb) Die Rechtsnatur der Aufhebung	215
3. Die Aufhebung im AEG	215

a) Mögliche Probleme der Aufhebung im AEG	216
b) Würdigung der Diskussion	217
aa) Die Fixierung auf den privatrechtsmitgestaltenden Verwaltungsakt	217
bb) Eine endgültige Wirkung auch bei privatrechtsalleingestaltenden Verwaltungsakten	218
cc) Keine „endgültige“ Wirkung bei schuldrechtsbegründenden Verwaltungsakten	219
c) Der Vertrauensschutz im AEG	220
aa) Aufhebung von Trassennutzungszuweisungen	220
bb) Aufhebung von Rahmenverträgen	222
d) Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Dauerverwaltungsakt	223
aa) Die Merkmale des Dauerverwaltungsakts	223
bb) Die Vollzugsfähigkeit als konstitutives Merkmal des Dauerverwaltungsakts?	224
cc) Der privatrechtsbegründende Verwaltungsakt als Dauerverwaltungsakt	225
4. Aufhebung zugunsten der „Äquivalenz“ und „Effektivität“ des Unionsrechts?	226
a) Die Besonderheiten des indirekten Vollzugs von Unionsrecht und die Vorgaben des „Äquivalenzprinzips“ sowie des „effet utile“	227
b) Die unionsrechtlich gebotene Rücknahme belastender und begünstigender Verwaltungsakte	230
c) „Äquivalenz“ und „Effektivität“ im AEG	231
d) Rücknahmepflicht bei Entscheidung der Kommission nach Art. 61 des Recast?	233
aa) „Anwendungsmaßnahmen“ der Kommission	233
bb) Aufhebung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte?	234
5. Fazit	236
II. Sonstige dogmatische Besonderheiten im AEG?	236
1. Nichtigkeit und Erledigung	237
a) Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte und § 44 VwVfG	237
b) Erledigung durch privatrechtliche Regelung?	237
2. Nebenbestimmungen	239
a) Grundsätzliche Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	239

b) Nebenbestimmungsfeindliche Befugnisse im Eisenbahnrecht	241
3. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Allgemeinverfügung?	242
III. Ermessen	243
1. Besondere Ermessensanforderungen bei der Privatrechtsgestaltung?	244
a) Ausgangspunkt der Überlegung	244
aa) Entscheidung des HessVGH zum „Privatrechtsgestaltungsermessen“	244
bb) Die Entscheidung im Revisionsverfahren	245
b) Begründung besonderer Ermessenserwägungen	246
aa) Einfachrechtliche Herleitung	246
bb) Verfassungsrechtliche Herleitung	247
c) Übertragung des Grundsatzes auf die privatrechtsgestaltenden Befugnisse im AEG?	250
aa) Anforderungen an die Herleitung besonderer Ermessenserwägungen	250
bb) Subjektiv-öffentliche Rechte im Eisenbahnzugangsrecht	251
cc) Zwischenfazit	252
2. Grundrechtsfähigkeit der DB AG als objektive Ermessensschränke?	253
a) Die DB AG als grundrechtsgebundene Eigengesellschaft?	253
b) Zur Grundrechtsfähigkeit der DB AG	254
3. Regulierungsermessen im AEG?	256
a) Entstehung und Voraussetzungen des Regulierungs- ermessens	257
b) Übertragbarkeit auf den Eisenbahnsektor	259
aa) Voraussetzungen der Übertragbarkeit	259
bb) Kein Beschlusskammerverfahren im AEG	260
cc) Finale Normstruktur des § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG?	261
dd) Durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung?	262
c) Regulierungsermessen im ERegG-E	262
4. Fazit	264
C. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im AEG und Privatrecht	264

I. Der Prüfungsmaßstab der Bundesnetzagentur im Spiegel der höchstrichterlichen Judikatur	265
1. Prüfungsmaßstab nach der Rechtsprechung des BVerwG	266
2. Kein grundsätzlicher Ausschluss zivilrechtlicher Normen durch das Eisenbahnrecht	267
a) Konfligierende Rechtsprechung des BGH	267
b) Konsequenzen eines „nur“ öffentlich-rechtlichen Prüfungsmaßstabs	268
3. Stellungnahme zum Prüfungsmaßstab der Bundesnetzagentur	269
a) Kritik an der Rechtsprechung des BVerwG	269
b) Anlassbezogener uneingeschränkter Prüfungsmaßstab	270
II. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im System des Zivilrechts	271
1. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB?	272
a) Das Verbotsgesetz nach § 134 BGB	273
b) § 9a Abs. 2 S. 2 AEG als Grundlage für die Wirkung des § 134 BGB?	274
aa) Das Gesetz als Auslöser?	274
bb) Der Verwaltungsakt als Verbotsgesetz?	274
cc) Ermächtigungsgrundlage und Verwaltungsakt als Verbotsgesetz?	275
c) § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG als Verbotsgesetz?	276
d) Fazit	277
2. Schadensersatzansprüche beim Verstoß gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte?	277
a) Die „Lehre vom gestreckten Verbotstatbestand“	278
b) Anwendbarkeit der Lehre auf das AEG	279
c) Spezialgesetzlicher Ausschluss deliktischer Ansprüche im Eisenbahnrecht?	279
3. Die vertragsersetzende Maßnahme als „schonender“ Eingriff?	280
a) Der Sachverhalt und die Entscheidung des VG Köln	281
b) Die Bedeutung der Entscheidung für die Privatrechtsgestaltung	281
III. Rechtsschutz gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte	282
1. Die Zulässigkeit des Doppelrechtswegs?	283
a) Argumente gegen einen doppelten Rechtsweg im AEG	283

b) Stellungnahme	284
aa) § 14f Abs. 2 AEG als abschließend spezielles Verfahren?	284
bb) Rechtswegentscheidung nach dem Klagebegehren	285
cc) Kein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis?	286
2. Rechtsschutzlücke bei privatrechtsgestaltenden Entscheidungen?	287
D. Fazit	289
Teil 4. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im TKG	291
A. Marktstruktur und Grundlagen der Regulierung nach TKG	291
I. Marktstruktur	291
1. Der Begriff der „Telekommunikation“ nach TKG	291
2. Aktuelle Marktentwicklungen	292
3. Die Regulierungsbedürftigkeit im TKG	293
II. Regulierung im TKG	294
1. Das Marktregulierungsverfahren	294
a) Marktdefinitionsverfahren	295
b) Marktanalyseverfahren	296
c) Die Regulierungsverfügung, § 13 TKG	298
2. Die Regulierungsstruktur des TKG	300
a) Die Zugangsregulierung	300
aa) Angebotspflicht nach § 16 TKG	300
bb) Die Differenzierung des § 18 TKG	301
cc) Die „Kernnorm“ des § 21 TKG	302
dd) Der Vorrang der Vertragsverhandlungen im TKG	302
b) Die Entgeltregulierung	303
aa) Vorabregulierung	304
bb) Nachträgliche Regulierung	305
c) Besondere Missbrauchsaufsicht	306
B. Die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte im TKG	307
I. Privatrechtsrelevante Befugnisse der Bundesnetzagentur	307
1. Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG und § 18 TKG	307
2. Das Standardangebot nach § 23 TKG	309
a) Funktion und Verfahren des Standardangebots	309
b) Das Standardangebot als „nur“ privatrechtsrelevanter Verwaltungsakt	310
II. Die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte im TKG	312
1. Die Zugangsanordnung nach § 25 TKG	312

a) Zur Beschaffenheit der Norm	312
b) Die Zugangsanordnung als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt?	313
aa) Die herrschende Meinung	313
bb) Die Gegenansicht	314
cc) Stellungnahme	315
2. Entgeltgenehmigung nach §§ 35, 37 TKG	315
a) Die Voraussetzungen einer Entgeltgenehmigung	315
b) Die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung	316
3. Die Befugnisse nach § 38 Abs. 4 TKG und nach § 42 Abs. 4 S. 2 TKG	318
a) Die Befugnisse in der nachträglichen Entgeltregulierung	318
aa) Unwirksamkeitserklärung nach § 38 TKG	318
bb) Die Anordnung von Entgelten nach § 38 TKG	319
b) Die Regelung des § 42 Abs. 4 S. 2 TKG	320
4. Der streitentscheidende Verwaltungsakt nach § 133 TKG	321
III. Fazit	322
C. Vergleich des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts in den Sektoren	323
I. Aufhebbarkeit	323
1. Die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten im AEG	323
2. Spezialregelungen zu §§ 48, 49 VwVfG?	324
a) § 13 Abs. 1 TKG als lex specialis?	324
b) Aufhebung einer Zusammenschaltungsanordnung	324
3. Aufhebbarkeit der vertragsbegründenden Verwaltungsakte	325
a) Grundsätzliche Aufhebbarkeit	325
b) Dauerwirkung des auf das Privatrecht zielenden Regelungsgehalts	326
c) Investitionssicherheit als Ausschlussgrund der Aufhebbarkeit?	327
d) Fazit	328
II. Ermessen	329
1. Regulierungsermessen und privatrechtsgestaltende Befugnisse	329
a) Regulierungsermessen im TKG	329
b) Regulierungsermessen bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten?	330

2. Die Wirkung auf das Zivilrecht als Ermessens Gesichtspunkt im TKG?	331
III. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im TKG und Privatrecht	332
1. Der Gestaltungsmaßstab der Bundesnetzagentur im TKG	332
2. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im System des Zivilrechts	334
a) Das Verhältnis von Verwaltungsakt und § 134 BGB	334
aa) Der gegenseitige Ausschluss von Verbotsgesetz und privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt	334
bb) Das Dilemma des Ermessens	336
cc) Die Doppelwirkung im Recht	337
b) Die Anwendbarkeit des Zivilrechts bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten	339
aa) Die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Normen auf angeordnete Verträge	339
bb) Der Sachverhalt der Entscheidung des OLG Düsseldorf	339
cc) Die Würdigung durch das OLG Düsseldorf	340
dd) Konsequenzen der Entscheidung	341
Teil 5. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Regulierungsrecht	343
A. Baustein eines allgemeinen Regulierungsrechts	344
I. Dogmatische Konvergenz	344
1. Die Unterscheidung zwischen vertragsersetzenden und -ändernden Verwaltungsakten	344
a) Der dauerhafte Charakter des vertragsersetzenden Verwaltungsakts	344
b) Keine Aufhebung von privatrechtsändernden Verwaltungsakten	345
2. Die Schranken des „Privatrechtsgestaltungsermessens“	346
a) Die besondere Bedeutung der Investitionssicherheit	346
b) Rücksichtnahme auf die Verträge der regulierten Unternehmen	346
II. Die Privatrechtsgestaltungsbefugnisse als Bestandteile eines allgemeinen Regulierungsverwaltungsrechts?	348
1. Unterscheidung zwischen privatrechtsgestaltenden und sonstigen Befugnissen	348
a) Systematisierung der privatrechtsgestaltenden Befugnisse	348

b) Die Kennzeichnung von privatrechtsgestaltenden Befugnissen	349
2. Normative Regelung des Gestaltungsmaßstabs	350
a) Die Regelung des § 25 Abs. 5 TKG als Vorbild für das AEG	350
b) Ein gesetzlicher Rahmen als Bedingung für die Privatrechtsgestaltung	351
III. Rechtsschutzdefizit beim privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt?	351
1. Der Rechtsweg bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten	352
2. Stärkung des Informationsaustauschs zwischen den Gerichten	353
B. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im System des Zivilrechts	354
I. Inkompatibilität des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts	355
1. Der Verwaltungsakt und § 134 BGB	355
2. Die exkludierende Konkurrenz von Verbotsgesetz und Verwaltungsakt	355
II. Grundsatz für die Handhabung angeordneter Verträge	356
C. Öffentliches Recht und Privatrecht im Lichte des Regulierungsrechts	357
I. Ein Überblick über die Abgrenzungsdebatte	357
II. Die Stellung des Regulierungsrechts in der Abgrenzungsdebatte	359
III. Symptome einer abgrenzenden Konzeption von Öffentlichem Recht und Privatrecht	361
1. Ist das Zugangsrecht öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich?	361
2. Die Trennung der Teilrechtsordnungen	362
IV. Die Herstellung eines Rechtsverbundes im Regulierungsrecht	363
1. Die Relationen nach der Verbundperspektive	363
2. Die Relationen in den untersuchten Rechtsgebieten	364
3. Die Trennung als „Wahrnehmungsdefizit“ der Rechtsanwender	365
Zusammenfassung in Thesen	367
Literaturverzeichnis	381