

# Regulierung im Telekommunikations- sektor

Herausgegeben von  
MATTHIAS KURTH und  
MATHIAS SCHMOECKEL

*Rechtsordnung und  
Wirtschaftsgeschichte*  
2

---

**Mohr Siebeck**

# Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte

Herausgegeben von  
Albrecht Ritschl, Mathias Schmoeckel,  
Frank Schorkopf und Günther Schulz

2





# Regulierung im Telekommunikationssektor

Chancen und Risiken im historischen Prozess

herausgegeben von

Matthias Kurth und  
Mathias Schmoeckel

in Zusammenarbeit mit

Roman Michalczyk

Mohr Siebeck

*Matthias Kurth* ist Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

*Matthias Schmoeckel* ist Professor für deutsche und rheinische Rechtsgeschichte an der Universität Bonn und Geschäftsführender Direktor des Rheinischen Instituts für Notarrecht.

ISBN 978-3-16-151729-7 / eISBN 978-3-16-160607-6 unveränderte eBook-Ausgabe 2021  
ISSN 2191-0014 (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Die Weltwirtschaftskrise seit 2008 zeigt der industrialisierten Welt, wie abhängig sie von einer verlässlich funktionierenden Wirtschaft ist. Ihre Stabilität hängt dabei von einer Fülle von Faktoren ab, nicht zuletzt auch von dem Vertrauen der Konsumenten. Dieses jedoch wird auch durch eine verständliche Rechtsordnung gewährleistet, die Stabilität, Voraussesbarkeit der Abläufe und Planbarkeit schafft. Die Prosperität der Wirtschaft hängt dabei sicherlich immer noch von der Prosperität der Unternehmen, ihrer Innovationskraft und Ausnutzung profitabler Geschäftsmöglichkeiten ab. Daneben hängt der wirtschaftliche Erfolg jedoch auch davon ab, dass der Staat mit seinen Gerichten, Polizei und der übrigen Infrastruktur die Voraussetzungen schafft, die der Einzelne und das Unternehmen für ihr Wirtschaften benötigen.

Gerade die Wirtschaftskrise seit 2008 führt uns vor Augen, dass eine prosperierende Wirtschaft nicht einfach nur auf der Freiheit des Marktes beruht, sondern auch staatliche Eingriffe benötigt, zum Beispiel um Vertrauen in die Stabilität der Wirtschaftsabläufe zu schaffen. Dabei kann unter bestimmten Umständen sogar die Duldung eines Monopols, in besonderen Ausnahmefällen sogar aus ökonomischen Gesichtspunkten, eine gerechtfertigte Lösung sein. Eine solche Ausnahme hat man im 19. und 20. Jahrhundert, sowohl in Deutschland als auch in den USA, im Telekommunikationsmarkt gefunden. Erst zum Ende des 20. Jahrhunderts wurde das Monopol von AT&T sowie der deutschen Post aufgehoben. Im Hinblick auf die kommende Technologie der Personal Computer und der Mobiltelefonie wurde erst zu diesem Zeitpunkt wieder Wettbewerb auf dem Markt zugelassen.

Der vorliegende Band widmet sich dem Verständnis dieses historischen Vorgangs. Welche Gründe gab es für das Monopol der Telekommunikation in der Vergangenheit? Welche Gründe führten ab den 1980er Jahren dazu, für eine Liberalisierung dieses Marktes einzutreten? Inwieweit wurden für die neuen Situationen grundlegend neue Strukturen im Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft geschaffen? Dabei handelt es sich sicherlich um eine juristische, aber auch um eine wirtschaftliche Fragestellung. Zudem muss deutlich werden, dass die heutigen Auffassungen in Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften nicht die des 20. oder 19. Jahrhunderts sind, sodass zum Verständnis der historischen Entwicklungsschritte auch eine geschichtswissenschaftliche Betrachtung notwendig ist.

Aus diesem Grund unterstützt das Bundesministerium für Bildung und Forschung ein Projekt unter dem Titel „Gestaltung der Freiheit – Regulierung

von Wirtschaft zwischen historischer Prägung und Normierung“, das unter der Leitung der Herausgeber der Reihe in interdisziplinärer Weise versucht, sich diesen Fragestellungen insbesondere am Beispiel der Telefonie und der Eisenbahn zu nähern. In der Verbindung zwischen Wirtschaft und Recht – Rechtsgeschichte und Wirtschaftsgeschichte soll versucht werden, die Voraussetzungen für das moderne Wirtschaften im 20. und beginnenden 21. Jahrhundert besser zu verstehen. Dabei ist es ein besonderes Anliegen, auch mit den Vertretern der Wirtschaft und der Regulierungsbehörde ins Gespräch zu kommen.

Diesem Zweck diene die Tagung „Regulierung im Telekommunikationssektor. Chancen und Risiken im historischen Prozess“, die am 27. Januar 2011 in Bonn durchgeführt wurde.<sup>1</sup> Dabei gab es zunächst den Versuch, durch Vorgaben aus der Wissenschaft mit der Praxis in die Diskussion einzusteigen.

Die meisten der dort gehaltenen Vorträge werden hier im vorliegenden Sammelband vereint. Auch im Vorgriff auf die eigenen wissenschaftlichen Arbeiten der Projektteilnehmer war es uns hier ein Anliegen, auf die Vielfältigkeit der Perspektiven in diesem Marktsegment hinzuweisen und deutlich zu machen, wie unterschiedlich die verschiedenen Fächer und Aufgabenbereiche die Probleme des vorliegenden Bereiches beschreiben. Der Band kann diese Widersprüche weder auflisten noch vollständig zusammenstellen. Er kann vielleicht jedoch als „complexio oppositorum“ jedenfalls ansatzweise die Reichweite der Problematik verdeutlichen.

Zudem soll dieser Band erklären, warum die historische Betrachtungsweise mit einbezogen wird, was bisher meist unterblieb. Zunächst lässt sich ganz banal sagen, dass auch die Telekommunikation mittlerweile eine weit über hundertjährige Geschichte aufweist. Dabei wirken heute viele Grundentscheidungen aus dem 20. Jahrhundert, die vor dem Hintergrund damaliger Wirtschaftserfahrungen und Wirtschaftstheorien getroffen wurden. Um diese Entscheidungen zu verstehen, ist ein Rückblick auf die Geschichte notwendig. Dieser kann uns helfen, zu erkennen, inwieweit solche historische überkommenen Wertungen heute noch aufrecht zu erhalten sind oder nicht.

Dabei entstand in der Tagung eine außergewöhnlich spannende, kontroverse Diskussion, welche allmählich immer schärfer die gegensätzlichen Annahmen offenlegen konnte. Gleichzeitig wurde deutlich, wie die Argumentation der verschiedenen Fächer und Positionen auf Annahmen und Wertungen der anderen Fächer verweisen und die wissenschaftliche Durchdringung des Problemkreises daher durch diesen interdisziplinären Ansatz gefördert wird. Die Herausgeber hoffen sehr, dass die vorliegende Publikation auch dem Leser helfen wird, die eigenen Positionen schärfer bestimmen zu können und dabei die Vielschichtigkeit der Problemlage berücksichtigen zu können.

---

<sup>1</sup> Vergl. den Bericht von Cathrin Kronenberg [<http://hsozkult.geschichte.hu-berlin.de/Tagungsberichte/id=3615>, zuletzt 9.8.2011]

Damit würde dieses Publikationsprojekt ein Ziel des Forschungsprojekts realisieren, das nach der Zielvorgabe des Bundesministeriums der „Übersetzungsfunktion der Geisteswissenschaften“ gewidmet ist. Vielleicht kann gerade diese spezialisierte Fragestellung dabei helfen zu verstehen, welchem Wandel unsere Wirtschaftsordnung gegenwärtig unterworfen ist.

Bonn, November 2011

Mathias Schmoeckel

Matthias Kurth





# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....V

*Carl Christian von Weizsäcker*

Einige Reminiszenzen zur Liberalisierung und Privatisierung der  
Telekommunikation 1975-1996 ..... 1

*Mathias Schmoeckel*

Von den *independent regulatory agencies* zur Regulierungsbehörde.  
Zur Rezeption des Regulierungsrechts am Beispiel des  
Telekommunikationsbereichs..... 5

*Boris Gehlen*

Die deutschen Telekommunikationsmärkte im „langen“ 19. Jahrhundert:  
Marktordnung, Investitionen, Preisbildung ..... 27

*Johannes Rüberg*

Gesetzgebung zwischen Innovation und Tradition: „Neue Märkte“ in der  
Telekommunikation im rechtshistorischen Vergleich..... 53

*Klaus Ferdinand Gärditz*

Die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers im Regulierungsrecht –  
ein Werkstattbericht ..... 67

*Christian Maurer*

Die Frage nach der Direktionskraft der Regulierungsziele.  
Ein Beitrag zur funktionellen Trennung im System des  
Europäischen Telekommunikationsrechts..... 83

*Matthias Kurth*

Die Teilnehmeranschlussleitung – Wettbewerbsförderung durch  
Regulierung..... 101

*Wolfgang Kopf*

Transitorische oder unendliche Regulierung? ..... 127

Autorenverzeichnis..... 143

## Einige Reminiszenzen zur Liberalisierung und Privatisierung der Telekommunikation 1975-1996

*Carl Christian von Weizsäcker*

Als ich Mitte der Siebzigerjahre begann für das Thema der Telekommunikation zu interessieren, erweckte ich damit bei meinen Fachkollegen ganz überwiegend Erstaunen, da es sich doch offenkundig um etwas sehr Langweiliges handeln musste. Meine eigene Auffassung hierzu war eine andere, weil ich im Zusammenhang mit einem Beratungsauftrag für das führende Datenverarbeitungsunternehmen IBM Einblicke in die Entwicklungen der IT-Branche gewonnen hatte. Ich wusste daher, dass der Telekommunikation eine technische Revolution bevorstehen würde: nämlich der Übergang zur Digitalisierung. Diese aber bedeutete unter anderem, dass alle Information, gleichgültig welcher Art, nach den gleichen technischen Prinzipien gespeichert und transportiert werden konnte. So aber mussten die unterschiedlichen Sektoren, in denen das Speichern und das Transportieren von Information ein wichtiger Teil der Dienstleistung war, stärker zusammenwachsen und damit auch stärker in Konkurrenz zueinander treten. Ich antizipierte deswegen, dass die Digitalisierung ein großes Potenzial für die Liberalisierung der Telekommunikation schaffen werde. Gerade auch in der Datenverarbeitung war das Verständnis der Behörden, insbesondere der Wettbewerbsbehörden, über das, was dort Wettbewerb bedeutet, den neuen Entwicklungen noch nicht gewachsen. Mein Auge war daher geschärft, nach neuen Formen des Wettbewerbs Ausschau zu halten. Diese haben sich in der IT-Branche ja auch seither in immer kürzeren Abständen eingestellt.

In den späten siebziger Jahren diskutierte man, was die Telekommunikation betrifft, allerdings noch sehr viel weniger die Fragen der Digitalisierung und viel mehr die Frage, ob denn überhaupt Wettbewerb im Telekommunikationsbereich möglich sei. So wurde zum Beispiel ein großer Unterschied zwischen der Telekommunikationsinfrastruktur, insbesondere dem Telekommunikationsnetz, und andererseits den Endgeräten gesehen. Es bestand der Wille den vorhandenen Wettbewerb bei den Endgeräten zu verstärken. Hierbei allerdings gingen die Meinungen darüber auseinander, ob der Netzmonopolist Mitspieler im Endgerätewettbewerb sein dürfe oder nicht. In einem Gutachten, das ich zusammen mit Günter Knieps und Jür-

gen Müller im Auftrage der Monopolkommission 1980 erstellt habe, habe ich dafür plädiert, den Netzmonopolisten als Wettbewerber im Endgerätebereich zuzulassen.

Es war nicht zuletzt die Datenverarbeitungsindustrie, die darauf drängte den Telekommunikationsbereich zu liberalisieren. So haben IBM und andere den Politikern gezeigt, dass Wettbewerb im Telekommunikationsbereich funktionieren könne. Dieser wurde dann auch in Deutschland schrittweise eingeführt. Dabei war sicher mit entscheidend, dass man in den angelsächsischen Ländern, insbesondere in den USA und in Großbritannien mit der Liberalisierung sehr rasch voranging. Aber auch in Deutschland und anderen kontinentaleuropäischen Staaten gewann der Weg in die Liberalisierung an Dynamik, zumal das Argument immer richtiger wurde, dass eine monopolistische Struktur der Telekommunikation die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie auf den internationalen Märkten beeinträchtigen müsse.

Immer wieder haben regionale Gerechtigkeitsüberlegungen Argumente gegen eine völlige Liberalisierung geliefert. Denn naturgemäß erfolgten die Innovationen als Früchte der Liberalisierung zuerst in den Ballungsgebieten. Dort konnte man mit geringeren Stückkosten neue Produkte und Dienstleistungen auf den Markt bringen als dies auf dem flachen Land mit geringer Bevölkerungsdichte möglich war. Auch die Branchen, die primär als Kunden infrage kamen, waren überwiegend in den Ballungsgebieten ansässig. Die konservative Seite, die der Liberalisierung skeptisch gegenüber stand, bestand darauf, dass neue Dienstleistungen jeweils sofort gleichzeitig überall verfügbar sein sollten. Es ist dies die alte Diskussion über den Universaldienst. Aber trotz solcher Hemmnisse wie es Universaldienstverpflichtung eben darstellen, ergab sich schon wegen der technischen Dynamik ein hohes Tempo in der Bereitstellung neuer Dienstleistungen. Diese technische Dynamik konnte zusammengefasst werden in „Moore's Gesetz“: alle 18 Monate halbiert sich in der Elektronik das Preis-Leistungsverhältnis.

Dort, wie in Deutschland, wo traditionell die Telekommunikation staatlich war, ging es aber auch um die Privatisierung. Der damalige Postminister Schwarz-Schilling setzte durch, dass ein zweites Mobilfunknetz ausgeschrieben wurde und sich private Anbieter um das Betreiben dieses Netzes bewerben konnten. Hiergegen gab es Widerstand bei den Gewerkschaften, die die Arbeitnehmer im Post- und Telekommunikationsbereich vertraten. Eine wichtige Rolle bei der Überwindung dieses Widerstands hat dann gespielt, dass man die Mobiltelefonie für einen Nischenmarkt hielt. Auch dies ist ein schönes Beispiel für Prognoseirrtümer, die sich bei dynamischen Entwicklungen vielfach einstellen.

Die Dynamik der Entwicklung wurde sicherlich auch deswegen ganz allgemein unterschätzt, weil das Verständnis für die beschleunigend wirkenden Netzwerkeffekte nicht von vorneherein da war. Auch in der ökonomischen Theorie entwickelte sich zum Beispiel die Theorie der „two-sided markets“ erst so richtig, nachdem die Lawineneffekte in der Wirklichkeit beobachtet wurden, die ganz wesentlich auf diesen Netzwerkeffekten beruhten. Wenn man sich die Entwicklung in den letzten drei Jahrzehnten ansieht, so hat man den Eindruck einer ständigen Beschleunigung. Wir hatten Anfang der Achtzigerjahre auf solche Lawineneffekte etwa bei einem Dienst wie Bildschirmtext gehofft. Damals ist diese Lawine aber nicht losgegangen. Dann kam in den neunziger Jahren die große Lawine des Internet ins Rollen. Seither wandelt sich die Szene aufgrund immer neuer Lawinenabgänge in immer kürzerer Zeit. Ich erinnere nur an die Kürze der Epoche, in der man Microsoft als dominanten Spieler ansehen konnte. Bald trat Google auf den Plan und eröffnete neue Formen der Konkurrenz, die Microsoft ganz schön zugesetzt haben. Aber auch Google begegnet heute wachsender Konkurrenz, indem es Apple gelungen ist, mindestens eine neue Lawine los zu treten. Und neuerdings sind Spieler wie Facebook auf der Bühne, ohne dass zu erwarten steht, dies sei die letzte los getretene Lawine gewesen.

Hatten sich die Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden immer schon schwergetan mit den Produkten der Digitalisierung, so gilt dies heute natürlich erst recht. Ein Verfahren über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist notwendigerweise ein sich über viele Jahre hinziehender Prozess. Der Tendenz nach ist die marktbeherrschende Stellung am Ende des Verfahrens schon verflogen, so dass die Ahndung des Missbrauchs viel zu spät kommt.

Nicht zuletzt durch die jahrzehntelange Beobachtung der involvierten Branchen der Digitalisierung ist bei mir die Überzeugung gereift, dass es das dezentral organisierte Wirtschaftssystem ist, welches Veränderungen und Innovation praktisch ausschließlich zu Stande bringt, während es Funktion des Staates ist, den Bewahrer zu spielen, der „Entschleuniger“, der Bremsen zu sein. Diesen muss es auch geben, schon um den sozialen Zusammenhalt zu gewährleisten, auf dem unsere demokratische Staatsform natürlich beruht.

Wie anders die Dinge laufen können, das macht uns der Energiesektor vor. Auch dort hat man sich nicht zuletzt wegen des Drucks aus Brüssel in den neunziger Jahren zu einer weitgehenden Liberalisierung des Strommarktes entschlossen. Wir konnten im Energiewirtschaftlichen Institut an der Universität Köln hierzu etwas mithelfen. Dem folgten massive Preissenkungen, die auch zu einer erheblichen Umstrukturierung der Unternehmen im Strommarkt geführt haben. Mit der Energiewende dieses Jahres

soll nun allerdings ganz offensichtlich der Wettbewerb wieder abgeschafft werden. Endziel ist eine Vollversorgung mit erneuerbaren Energien, die aber in einer Weise in den Markt gedrückt werden, die mit Wettbewerb nichts mehr zu tun hat. Die Preise in der Form der Einspeisevergütungen werden vom Gesetzgeber festgelegt. Jeden Tag nimmt der Anteil derjenigen Energieträger ab, die sich im Wettbewerb durch Preisgünstigkeit bewähren müssen. Niemand hat wohl im Jahr 1998, als der Wettbewerb im Strommarkt eingeführt wurde, diese Abkehr vom Wettbewerb prognostiziert.

Die kleine Gruppe von Ökonomen, die damals Ende der Siebzigerjahre an der Universität Bonn unter meiner Anleitung sich mit den Fragen der Telekommunikation und ihrer Liberalisierung beschäftigt hat, kann sich sehen lassen. Ich brauche hier nur die Namen aufzuzählen – und jeder Kenner der Szene weiß, welche wichtigen Beiträge diese Herren in der Telekommunikationspolitik geleistet haben: Ingo Vogelsang, Günter Knieps, Jürgen Müller, Karl-Heinz Neumann, Arnulf Heuermann, Falk von Bornstädt.

# Von den *independent regulatory agencies* zur Regulierungsbehörde

Zur Rezeption des Regulierungsrechts am Beispiel des  
Telekommunikationsbereichs

*Mathias Schmoeckel*

## I. Einleitung – Fragestellung

Nach dem bisherigen Schrifttum wurde das Regulierungsrecht zweimal geboren<sup>1</sup>, einmal in den USA nach 1900, zum anderen aufgrund europarechtlicher Vorgaben in Deutschland in den 1980er und 1990er Jahren<sup>2</sup>. Immer wieder hat man die Einführung dieses neuen Verhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft mit dem Hinweis auf das US-amerikanische Vorbild legitimiert<sup>3</sup>. Im Folgenden soll diesem Zusammenhang nachgegangen werden mit der Frage, inwieweit tatsächlich zwischen dem US-Recht und der deutschen Regelung inhaltliche Zusammenhänge bestehen.

Zur Entstehung des Regulierungsrechts ist bisher insbesondere die Geschichte der Eisenbahn untersucht worden<sup>4</sup>. Dabei wurde schon herausgestellt, dass die USA in größerem Maß bereit waren, den freien Wettbewerb agieren zu lassen. Die Devise lautete hier, dass sich dieser Wirtschafts-

---

<sup>1</sup> *Oliver Lepsius*, § 1: Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: M. Fehling/ M. Ruffert (Hg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, 3-75, 3 Rn.1.

<sup>2</sup> Vgl. dazu den Überblick bei *Birgit Müller*, *Entflechtung und Deregulierung. Ein methodischer Vergleich*, (Schriften zum Weltwirtschaftsrecht, 178), Berlin 2004, 140 zu den europarechtlichen Vorgaben, 142 zur deutschen Umsetzung.

<sup>3</sup> Z.B. *Herbert Kubicek*, *Die Universaldienstdefinition in der Telekommunikation*, in: A. Picot (Hg.), *10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland. Bestandsaufnahme und Perspektiven der Regulierung*, München 2009, 179-207, 181.

<sup>4</sup> Grundlegend jetzt *Roman Michalczyk*, *Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb. Eine rechtshistorische interdisziplinäre Suche nach einer europäischen Regulierungstradition am Beispiel der Entwicklung der Eisenbahn in England, Preußen und den USA*, Tübingen 2010.



zweig am besten von selbst regelt<sup>5</sup>. Dies zeigt sich besonders deutlich am Problem des Ausbaus paralleler Schienenstränge durch rivalisierende Unternehmen. In den USA wurden parallele Streckenführungen zweier Bahnunternehmen grundsätzlich zugelassen<sup>6</sup>. Dagegen wurde in Preußen von Anfang an seitens der Staatsspitze ein Gesamtplan konzipiert, innerhalb dessen Unternehmen zum Ausbau von Teilstrecken und – netzen konzessioniert wurden<sup>7</sup>. Am Anfang war es also der Staat, der aus übergeordneten politischen Gründen einen Plan entwickelte, wo und wie sich die Strecken entwickeln sollten. Auch wenn in Preußen bis 1870 der politische Liberalismus in der Bahnpolitik herrschte, so gab es doch von Anfang an dominierende staatliche Vorgaben und die Vorstellung, dass sich der gesamte Wirtschaftsbereich übergeordneten gesamtstaatlichen Zielen unterordnen sollte.

Zum besseren Verständnis der Entstehung von Regulierung im technischen Sinne bietet sich ein Blick auf die Telekommunikationsgeschichte an, weil sich in Europa, insbesondere Deutschland, die Regulierung v.a. am Telekommunikations- und Postsektor entwickelte. Im Vorfeld der ersten Postreform von 1989 und der zweiten Postreform von 1994 stehen zahlreiche wissenschaftliche Bemühungen, die Regulierungswissenschaft der USA in Deutschland bekannt zu machen<sup>8</sup>. Carl Christian v. Weizsäcker und sein Schüler Ingo Vogelsang seien hier als prominente Beispiele genannt. Der Rückgriff auf das US-amerikanische Modell macht es allerdings nötig, etwas stärker in die Geschichte zurück zu gehen. Nicht der Telecommunications Act von 1996 oder gar 2006 könnten sich auf das deutsche Recht ausgewirkt haben, sondern allenfalls deren Vorläufer, insbesondere der Telecommunications Act in seiner ursprünglichen Fassung von 1934.

Es wird daher notwendig sein, zunächst kurz auf die Entwicklung der Regulierung im Telekommunikationsmarkt in den USA v.a. seit Entwicklung des Telefons einzugehen (dazu II. 1). Der historische Überblick soll in diesem juristischen Zusammenhang nur dazu dienen, die Einrichtung der Regulierungs-*agencies* vorzuführen: Mit welcher Organisation und welchem Aufgabenbereich wurden sie ausgestattet und welche Entscheidungsgewalt kam ihnen zu (dazu II. 2)? Dadurch wird dann ein Vergleich mit der RegTP bzw. Bundesnetzagentur möglich (dazu III.). Dabei ist vorweg-

---

<sup>5</sup> *Michalczyk*, Europäische Ursprünge (Fn. 4), 211: “The theory has always been, [...], that the transportation business, like other commercial affairs, would regulate itself on the principle of competition.”

<sup>6</sup> *Michalczyk*, Europäische Ursprünge (Fn. 4), 213f.

<sup>7</sup> *Verf.*, Ideengeschichte der Regulierung im 19. Jahrhundert am Beispiel der Bahn, in: P. Collin (Hg.), Frankfurt am Main, 2011, noch nicht erschienen.

<sup>8</sup> Dazu *Verf.*, Dauerhaft engpassfreie Märkte durch „Regulierung“? Erfolgsgeschichte eines Begriffs, FHI 2009.

zuschicken, dass, wenn wesentliche Unterschiede beschrieben werden sollen, diese nicht in den sekundären Details zu finden sind. Vielmehr ist auf die prägenden Charakteristika der US-amerikanischen und deutschen Organisation einzugehen. Dazu gehört auch, dass die Regulierungsinstrumente beider Staaten auf die ihrem Auftrag zugrunde liegende wirtschaftspolitische Überzeugung hin verglichen werden müssen (dazu IV.). Nicht auszuschließen ist nämlich, dass, selbst wenn beide Systeme die Freiheit verteidigen wollen, darunter anderes verstanden wird.

## II. Beschreibung der *independent agencies* in der Telekommunikationsbranche

### 1. Entwicklung bis zum *Communications Act 1996*

Die Umriss der Entwicklung der Regulierung im Telekommunikationssektor in den USA sind gut bekannt<sup>9</sup>. In den ersten Jahren der Telephonie achtete man die 1876 und 1877 gewährten Patente des von Alexander Graham Bell gegründeten Unternehmens<sup>10</sup>, aus dem dann 1885 die „American Telephone and Telegraph Company“ hervorging, welche 1899 die anderen Bell Unternehmen übernahm. Es gab keine einheitlichen Preise und gelegentlich verweigerten die Bell-Unternehmen auch den Anschluss. 1894 lief das zweite Patent aus. Danach bildeten sich über 6000 Telefon-Unternehmen, die auf diesen Markt drängten. Die Zahl der Anschlüsse vervielfältigte sich und in vielen Gegenden wurden nun zum ersten Mal Kabel verlegt. Doch aufgrund dieser Vielzahl an Unternehmen bildeten sich daraus keine echten Konkurrenten. Es gab auch keine Verbindungen zwischen den Netzen, so dass man nur miteinander telefonieren konnte, wenn man Kunde desselben Unternehmens war. Vor diesem Hintergrund

---

<sup>9</sup> Vgl. zusammenfassend *Tim Wu*, Art. Telecommunications Regulation, in: St. Katz (Ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, vol. 5, Oxford 2009, 95-99; *Ingo Vogelsang*, *Federal Versus State Regulation in U.S. Telecommunications*, (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste. Diskussionsbeiträge, 134), Bad Honnef 1994; weitergehend der Vergleich bei *Patrick Alexander Neuhaus*, *Regulierung in Deutschland und den USA. Eine Bewertung der Regulierungssysteme in der Telekommunikation mit einem Ausblick auf den Energiesektor*, (Europäische Hochschulschriften II. Rechtswissenschaft, 4854), Frankfurt a.M. u.a. 2008; eine interessante Periodisierung findet sich bei *Jeffrey E. Cohen*, *The Politics of Telecommunications Regulation. The States and The Divestiture of AT&T*, (Bureaucracies, Public Administration, and Public Policy), New York 1992, 17ff, 22: 1876-1880, 1880-1894, 1894-1907, 1907-1914, danach wären aufzulisten 1914-33 und 1934-1984 oder sogar bis 1996.

<sup>10</sup> Näher zur Auseinandersetzung mit „Western Union“ *Robert Britt Horwitz*, *The Irony of Regulation. The Deregulation of American Telecommunications*, New York/ Oxford 1989, 97.

war auch AT&T bereit, sich Bedingungen des Geschäfts vom Staat vorgeben zu lassen.

So kam es 1910 zu einem ersten staatlichen Eingriff auf Bundesebene in Form des Mann-Elkins-Act<sup>11</sup>. Die schon 1887 für die Eisenbahnen gegründete „Interstate Commerce Commission“ (ICC) wurde nun auch für den Telekommunikationssektor zuständig<sup>12</sup>. Die ICC erhielt dabei das Recht, Tarife, Regeln und Praktiken zu bestimmen; sie sollten „fair“ und „reasonable“ sein. Von den Unternehmen gewünschte Tariferhöhungen konnten aufgeschoben werden, bis ihre Angemessenheit nachgewiesen war. Die Unternehmen waren dafür beweispflichtig. Die Commission wurde in dieser Tätigkeit durch die Grundsätze des „fair return“ geleitet, die in der Entscheidung *Smyth v. Ames* von 1898 festgelegt worden waren<sup>13</sup>. Das Unternehmen hatte dadurch ein verbrieftes Recht, einen Gewinn für das eingesetzte Kapital erzielen zu können; nur gegen exorbitante, das Allgemeinwohl verletzende Preise konnte die *agency* vorgehen.

Man sah in dieser Zeit vor allem die Notwendigkeit, öffentliche Interessen gegen die Übermacht des einen Unternehmens durchzusetzen. Die verschiedenen Begründungsansätze dieser Art werden als „public interest“-Theorien bezeichnet<sup>14</sup>. Gegen eine Aufteilung des Marktes in verschiedene Wettbewerber sprach die Auffassung, die vor allem von AT&T vertreten wurde, dass mit der Einrichtung der Telefonleitungen ein „natürliches Monopol“ des Unternehmens entstanden sei, das allenfalls verstaatlicht, nie jedoch aufgebrochen werden könne<sup>15</sup>. „One policy, one system, and universal service“ war der Slogan von Theodore Veil, dem Leiter von

---

<sup>11</sup> *Neuhaus*, Regulierung in Deutschland (Fn. 9), 141; *Michalczyk*, Europäische Ursprünge (Fn. 4), 246ff; Zur ICC seit 1910 vgl. auch *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, Tübingen 1997, 97.

<sup>12</sup> Zum Wachsen („rise“) der ICC vgl. *Horwitz*, The Irony of Regulation (Fn.10), 63f; zum Entstehen der *regulatory agencies* s. *Reuel E. Schiller*, Art. Administrative Agencies, in: St. N. Katz (ed.), The Oxford International Encyclopedia of Legal History, vol.1, Oxford 2009, 25-33 m.w.Lit., hier 26; grundlegend *Stephen Skowronek*, Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920, Cambridge 1982; als Eröffnung eines neuen Verhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft beschrieben bei *Robert L. Rabin*, Deregulation – Unresolved Tensions in the Administrative State, 38 Stanford Law Review May 1986, 1189-1326, 1189.

<sup>13</sup> *Bernard Schwartz*, A History of the Supreme Court, New York/ Oxford 1993, 181/414 Fn. 55. Zum Fall vgl. *Stephen G. Breyer/ Richard B. Stewart/ Cass R. Sunstein/ Adrian Vermeule*, Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases, 6. ed. New York 2006, 225f. Diese Entscheidung betraf ein Bahnunternehmen, die Regeln der Bahnregulierung wurden durch den Mann-Elkins-Act auf die Telekommunikationsindustrie übertragen.

<sup>14</sup> Zur Darstellung vgl. *Horwitz*, The Irony of Regulatory Reform (Fn. 10), 23ff.

<sup>15</sup> Dazu *Horwitz*, The Irony of Regulation (Fn. 10), 99.

AT&T<sup>16</sup>. Damit wollte er betonen, dass nur die Einheitlichkeit der Leitungen und ihrer Bewirtschaftung zu einem leistungsfähigen, alle miteinander verbindenden Netz führen würde. Anders als bei den Eisenbahnen im 19. Jahrhundert sollten keine parallelen Leitungen verschiedener Unternehmen mit unterschiedlichen Leistungen gebaut werden. Nur ohne Konkurrenz könne das eine Unternehmen alle notwendigen Leistungen in gleicher Weise anbieten.

Vor dem Hintergrund einer expansiven Unternehmenspolitik, in der sich AT&T zahlreiche Konkurrenten einverleibte, regte sich allerdings kartellrechtlich begründeter Widerstand gegen das Unternehmen. Neben dem Regulierungsansatz und der Verstaatlichungsoption bildete dies eine weitere Grundlage, maßgeblich in die Geschäftstätigkeit von AT&T einzugreifen. Gemäß dem Sherman Antitrust Act von 1880 ermittelte die Antitrust-Einheit des US-Justizministeriums gegen das Unternehmen. Dieses Gesetz diente sicherlich dem Schutz des freien Wettbewerbs, richtete sich aber gegen Kartelle und nicht gegen selbstständig marktbeherrschend große Unternehmen. Daneben gab es durchaus auch Pläne einer Verstaatlichung des Unternehmens<sup>17</sup>. Zur Vermeidung eines langwierigen Rechtsstreits erklärte sich der Vizepräsident von AT&T, Nathan C. Kingsbury, in einem Schreiben an den Attorney General vom 19.12.1913, zu bedeutenden Zugeständnissen bereit. Dieser steht dem US-amerikanischen Justizministerium vor und ist damit auch Leiter der Antitrust-Abteilung. Im „Kingsbury Commitment“ verpflichtete sich das Unternehmen, Wettbewerber zu seinem System und dabei insbesondere im Bereich der Ferngespräche zuzulassen. Ebenso versprach es, zahlreiche Geschäftsbereiche wieder aus dem Unternehmen auszugliedern und von weiteren Zukäufen dann abzusehen, wenn die ICC daran Anstoß nahm<sup>18</sup>. Tatsächlich verhinderte AT&T auf diese Weise kostspielige Schadensersatzklagen und behielt dabei faktisch sein Monopol<sup>19</sup>. Die USA sanktionierten damit grundsätzlich dieses faktische Monopol, das zugleich eines der lukrativsten der amerikanischen Geschichte darstellt<sup>20</sup>. In den 1930er Jahren hielt AT&T etwa 80% der Telefonanschlüsse der USA und war dazu der einzige Anbieter von Fernverbindungen. Die Unternehmen der restlichen 20% waren nicht nur vom Ferndienst, sondern auch von dem Nachschub und der Materialzufuhr ab-

---

<sup>16</sup> Dazu *Tim Wu*, *The Master Switch. The Rise and Fall of Information Empires*, New York 2010, 51f.

<sup>17</sup> Vgl. *Cohen*, *The Politics of Telecommunications Regulation* (Fn. 9), 39.

<sup>18</sup> *Neuhaus*, *Regulierung in Deutschland* (Fn. 9), 139.

<sup>19</sup> Dazu näher *Wu*, *The Master Switch* (Fn. 16), 52, 56.

<sup>20</sup> *Wu*, *Art. Telecommunications Regulation* (Fn. 9), 96.

hängig, der von AT&T-Geschäftsbereichen oder durch von ihnen abhängigen Unternehmen geleistet wurde<sup>21</sup>.

Die ICC unternahm jedoch, vielleicht wegen ihrer Konzentration auf den Bahnsektor, nahezu nichts gegen die Marktmacht von AT&T<sup>22</sup>. Die Einzelstaaten wollten über ihre eigenen Regulierungs-*agencies* den Telefonmarkt mitbestimmen, weil ihre Interessen durchaus von der Bundespolitik differierten. So konnte AT&T den staatlichen „Public utility commissions“ (PUC) den Ausbau des Netzes in den ländlichen Regionen mit einem Einheitspreis anbieten, wenn dafür im Gegenzug ihr Monopol gewahrt bleibe<sup>23</sup>. Die in den Einzelstaaten geschaffenen staatlichen Regulierungsbehörden büßten ihren Einfluss jedoch durch die Rechtsprechung des Supreme Court seit 1914 ein<sup>24</sup>. Daher wurde eine neue Aufteilung zwischen der Bundes- und Staatenkompetenz erforderlich<sup>25</sup>.

Im rapide wachsenden Radio-Bereich sprachen die Gerichte der Regierung das Recht zur Intervention mangels einer gesetzlichen Grundlage ab. Gleichzeitig entwickelte AT&T sein Netz des „National Broadcasting System“, das mit geschickter Werbung zum allgemeinen Standard wurde<sup>26</sup>. Dies führte zum Radio Act von 1927, durch den eine „Federal Radio Commission“ einberufen wurde, die auch für den Telekommunikationsmarkt zuständig wurde<sup>27</sup>. Damit reagierte der Gesetzgeber auf die Untätigkeit der ICC der vergangenen Jahre.

Der Radio Act von 1927 wurde 1934 erweitert<sup>28</sup> zum Communications Act, die *agency* in „Federal Communications Commission“ (FCC) umbenannt. Die Zuständigkeit der ICC wurde insoweit auf die neue FCC übertragen, die nicht mit zusätzlichen Rechten ausgestattet wurde. Aber auch die FCC griff trotz einer grundsätzlich kritischeren Position<sup>29</sup> kaum in den Telekommunikationssektor ein<sup>30</sup>. Dafür werden verschiedene Gründe ausgemacht. Zum einen hielt man den Telefonsektor aufgrund der von den

<sup>21</sup> *Vogelsang*, Federal Versus State Regulation (Fn. 9), 4.

<sup>22</sup> *Cohen*, The Politics of Telecommunications Regulation (Fn. 9), 47; *Neuhaus*, Regulierung in Deutschland (Fn. 9), 141.

<sup>23</sup> Dazu *Cohen*, The Politics of Telecommunications Regulation (Fn. 9), 55.

<sup>24</sup> *Vogelsang*, Federal Versus State Regulation (Fn. 9), 24; *Peter W. Huber/ Michael K. Kellogg/ John Thorne*, Federal Telecommunications Law, 2.ed. Gaithersburg/ New York 1999, 216f zum „Shreveport Rate Case“.

<sup>25</sup> *Huber/ Kellogg/ Thorne*, Federal Telecommunications Law (Fn. 24), 218.

<sup>26</sup> *Wu*, The Master Switch (Fn. 16), 76.

<sup>27</sup> *Wu*, Art. Telecommunications Regulation (Fn. 9), 96; näher *Horwitz*, The Irony of Regulation (Fn. 10), 117.

<sup>28</sup> Die Vorlage des Radio Act betont auch *Horwitz*, The Irony of Regulation (Fn. 10), 122.

<sup>29</sup> Dazu *Cohen*, The Politics of Telecommunications Regulation (Fn. 9), 53.

<sup>30</sup> Dazu näher *Huber/ Kellogg/ Thorne*, Federal Telecommunications Law (Fn. 24), 215.