

Regulierungs- recht

2. Auflage

Herausgegeben von
Michael Fehling und
Jens-Peter Schneider



MOHR SIEBECK

Michael Fehling und Jens-Peter Schneider (Hrsg.)

Regulierungsrecht



Michael Fehling
Jens-Peter Schneider (Hrsg.)

Regulierungsrecht

2. vollständig überarbeitete, aktualisierte
und erweiterte Auflage

Mohr Siebeck

Michael Fehling ist Professor für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg.

Jens-Peter Schneider ist Professor für Öffentliches Recht mit Europäischem Verwaltungs-, Informations- und Umweltrecht sowie Direktor des Instituts für Medien- und Informationsrecht der Universität Freiburg i.Br.

1. Auflage 2010

2. Auflage 2026

ISBN 978-3-16-200651-6 / eISBN 978-3-16-200652-3

DOI 10.1628/978-3-16-200652-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Martin Fischer, Tübingen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

In den seit der ersten Auflage vergangenen sechzehn Jahren hat sich das Regulierungsrecht als ein Rechtsgebiet eigener Prägung immer weiter ausdifferenziert und fortentwickelt. Die vorliegende Neuauflage spiegelt diese besondere Dynamik wider. So wurden vor allem die Beiträge zu den einzelnen Sektoren der Regulierung grundlegend überarbeitet und mit dem Kapitel über digitale Plattformen und Vermittlungsdienste wurde sogar ein ganz neuer Sektor in das Handbuch aufgenommen. Das Kapitel zur Abfallwirtschaft von Wolfgang Kahl haben zwei neue Autorinnen übernommen und auf das heute prägende Leitbild der Kreislaufwirtschaft ausgerichtet. Nicht mehr enthalten sind die früheren Kapitel zur Wasserversorgung und Finanzmarktaufsicht.

Erheblich verändert und erweitert wurden zudem die sektorübergreifenden Kapitel in Teil 1 und Teil 3. Auf einzelne Beiträge in Teil 1 haben wir für die Neuauflage verzichtet oder verzichten müssen, wie etwa auf die erneute Mitwirkung von Gabriele Britz nach Berufung an das Bundesverfassungsgericht. Dadurch entstand aber auch Raum für Ausführungen zu neueren Entwicklungen oder Diskussionssträngen in den übrigen Beiträgen. Hinzugekommen ist dementsprechend ein neues organisationsrechtliches Kapitel zur Grundsatzfrage der Unabhängigkeit der Regulierungsverwaltung. Zahlreiche Querverweise auf Beiträge der ersten Auflage schaffen eine durchgängige Vernetzung mit den daraus weiter bedeutsamen Erkenntnissen.

Trotz einiger personeller Veränderungen ist der Kreis der Autorinnen und Autoren im Kern stabil geblieben. Wir danken allen Mitwirkenden sehr dafür, dass sie sich erneut oder wie Flemming Maltzahn, Juliane Rausch und Birgit Schmidt am Busch erstmals auf das komplexe Projekt einer regulierungsrechtlichen Perspektive auch außerhalb der traditionellen Netzsektoren eingelassen haben. Besonders hervorheben möchten wir Matthias Ruffert, der wegen neuer Schwerpunkte seiner Forschungsarbeit nicht mehr als Herausgeber dieser Auflage fungiert, aber dem Werk dennoch durch vielfältigen guten Rat und mit der Aktualisierung von einem seiner früheren Beiträge verbunden geblieben ist.

Nicht fehlen darf zudem der Dank an die beiden Lehrstuhlteams aus Hamburg und Freiburg, die über einen langen Zeitraum den Fortgang dieser Neuauflage unterstützt haben. Namentlich hervorheben möchten wir aus Hamburg Larissa Bahmer, Henrik Bousset, Swen Kühn und vor allem Flemming Maltzahn sowie aus Freiburg Jonathan Dollinger, Justin Müll, Simon Oles und Svenja Schneider. Eine große Freude ist es für uns schließlich, dass die zweite Auflage erneut bei Mohr Siebeck erscheinen konnte, und wir danken Frau Daniela Taudt mit ihrem Team für die exzellente Zusammenarbeit.

Hamburg und Freiburg, im Sommer 2026

*Michael Fehling
Jens-Peter Schneider*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	IX

Teil 1: Entwicklung und rechtliches Umfeld der Regulierung

§ 1 Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell – <i>Oliver Lepsius</i>	3
§ 2 Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung – <i>Oliver Lepsius</i>	69
§ 3 Regulierung und Freiheit – <i>Hans-Joachim Cremer</i>	125
§ 4 Begriff – <i>Hans Flemming Maltzahn</i>	216

Teil 2: Einzelne Sektoren der Regulierung

§ 5 Telekommunikation – <i>Jens-Peter Schneider</i>	251
§ 6 Energie – <i>Michael Fehling</i>	329
§ 7 Öffentlicher Verkehr (Bahn, ÖPNV) – <i>Michael Fehling</i>	462
§ 8 Post – <i>Matthias Ruffert</i>	537
§ 9 Medien – <i>Margarete Schuler-Harms</i>	564
§ 10 Kreislaufwirtschaft – <i>Birgit Schmidt am Busch und Juliane Rausch</i>	651
§ 11 Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor – <i>Margarete Schuler-Harms</i>	703
§ 12 Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor (am Beispiel Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen) – <i>Ansgar Hense</i>	783
§ 13 Hochschule – <i>Michael Fehling</i>	903
§ 14 Digitale Plattformen und Vermittlungsdienste – <i>Jens-Peter Schneider</i>	941

Teil 3: Synthese

§ 15 Ziele der Regulierung – <i>Oliver Lepsius</i>	1009
§ 16 Instrumente und Verfahren – <i>Michael Fehling</i>	1051

Inhaltsverzeichnis

§ 17 Unabhängigkeit der Regulierungsverwaltung und demokratische Legitimation – <i>Jens-Peter Schneider</i>	1126
§ 18 Rechtsschutz im Regulierungsverwaltungsrecht – <i>Jens-Peter Schneider</i> und <i>Juliane Rausch</i>	1158
Personen- und Sachregister	1187

Autorenverzeichnis

Professor Dr. jur. utr. Hans-Joachim Cremer,
Universität Mannheim

Professor Dr. jur. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley),
Bucerius Law School, Hamburg

Apl. Professor Dr. jur. Ansgar Hense,
Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands, Bonn

Professor Dr. jur. Oliver Lepsius, LL.M. (Chicago),
Universität Münster

Professor Dr. jur. Hans Flemming Maltzahn,
Universität Mannheim

Dr. jur. Juliane Rausch,
Universität Freiburg

Professor Dr. jur. Matthias Ruffert,
Humboldt-Universität zu Berlin

Apl. Professorin Dr. jur. Birgit Schmidt am Busch, LL.M. (Iowa),
Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. jur. Jens-Peter Schneider,
Universität Freiburg

Professorin Dr. jur. Margarete Schuler-Harms,
Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr, Hamburg

Teil 1

Entwicklung und rechtliches Umfeld der Regulierung

§ 1 Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell¹

Oliver Lepsius

Literaturauswahl *Joshua Bernhardt*, The Interstate Commerce Commission, Baltimore 1923; *Marshall Breger/Gary Edles*, Established by Practice, *Administrative Law Review* 52 (2000), 1111; *Stephen G. Breyer*, Regulation and Its Reform, Cambridge/Mass. 1982; *Stephen G. Breyer/Richard B. Stewart/Cass R. Sunstein/Adrian Vermeule/Michael Herz*, Administrative Law and Regulatory Policy, 9. Aufl., New York 2022; *Winfried Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl., 2001; *Robert Cushman*, The Independent Regulatory Commissions, New York 1941 (Nd. 1972); *Horst Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; *Franz Erath*, Förmliche Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle, 1996; *Daniel R. Ernst*, Tocqueville's Nightmare, 1900–1940, New York 2014; *José Esteve Pardo*, La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América, in: Muñoz Machado/Esteve Pardo (Hrsg.), Derecho de la Regulación Económica, Bd. 1, Madrid 2009, S. 293; *Michael Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001; *Ernest Gellhorn/Richard Pierce jr.*, Regulated Industries, 2. Aufl., St. Paul 1987; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Reform staatlicher Regulierung in den USA, *Der Staat* 23 (1984), 17; *Hans Kleinsteuber*, Staatsintervention und Verkehrspolitik in den USA, 1977; *Antonio La Spina/Giandomenico Majone*, Lo Stato regolatore, Bologna 2000; *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997; *Martine Lombard* (Hrsg.), Régulation économique et démocratie, Paris 2006; *Jerry L. Mashaw*, Creating the Administrative Constitution, New Haven 2012; *Johannes Masing*, Die US-amerikanische Tradition der „regulated industries“ und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, *AöR* 128 (2003), 558; *Jonas Plebuch/Simon Pielhoff*, Verwaltungsstaat als Demokratieideal – Administrative State als Demokratiegefahr?, *Der Staat* 61 (2022), 167; *Robert Rabin*, Federal Regulation in Historical Perspective, *Stanford Law Review* 38 (1986), 1189; *Dominik Rennert*, Amerikanische Krise und Verfassungsrecht, *AöR* 149 (2024), 677; *Matthias Roßbach*, Das Personal der Republik, 2021; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, 2021; *Fritz Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970; *Isaiah Sharfman*, The Interstate Commerce Commission, New York, Bd. 1 1931, Bd. 2 1931, Bd. 3A 1935, Bd. 3B 1936; *Richard B. Stewart*, Administrative Law in the Twenty-First Century, *New York University Law Review* 78 (2003), 437; *Peter L. Strauss*, Administrative Justice in the United States, 3. Aufl., Durham/NC 2016; *Cass R. Sunstein*, After the Rights Revolution, Cambridge/Mass. 1990; *Cass R. Sunstein*, The Cost-Benefit State, Chicago 2002; *Cass R. Sunstein*, The Cost-Benefit Revolution, Cambridge/Mass. 2018; *Cass R. Sunstein/Adrian Vermeule*, Law and Leviathan, Cambridge/Mass. 2020; *Joachim Wieland*, Die Entwicklung der Wirtschaftsregulierung in den Vereinigten Staaten von Amerika, *Die Verwaltung* 18 (1985), 84; *James Q. Wilson* (Hrsg.), The Politics of Regulation, New York 1980.

¹ Dieser Beitrag basiert auf dem Rechts- und Literaturstand von Oktober 2025.

A. Einleitung	1
I. Zwei Geburtsstunden des Regulierungsrechts	1
II. Die Eisenbahn als Regulierungsanlass	3
1. Marktversagen im amerikanischen Eisenbahnwesen	3
2. Verstaatlichung im deutschen Eisenbahnwesen	6
3. Unterschiedliche Ausgangspunkte	9
B. Die erste Phase: Anfänge 1870–1930	11
I. Eisenbahnregulierung	11
1. Vorläufer	11
a) Fehlende Organisationsstruktur	11
b) Das Ursprungsmodell: Die Illinois Railroad and Warehouse Commission (1871)	12
c) Rechtliche Grundprägung im Lichte hergebrachter Grundsätze des Common Law	14
2. Die Interstate Commerce Commission (ICC) als erste unabhängige Regulierungsbehörde	18
a) Organisation, Zusammensetzung, Ernennung	19
b) Entwicklung und Konflikte	21
c) Rechtsfragen der Tarifregulierung	25
d) Neue Kompetenzen: Tarifsetzung, Konzentrationskontrolle, Planung	30
e) Zusammenfassung	32
3. Der Status der Unabhängigkeit	35
a) Verhältnis zur Legislative	36
b) Verhältnis zur Judikative	37
c) Verhältnis zur Exekutive	38
d) Zusammenfassung	40
II. Antitrust-Recht	41
1. Das Gesetz gegen marktbeherrschende Unternehmen von 1890 (Sherman Act)	42
2. Der Vollzug des Kartellgesetzes als rechtspolitisches Problem	45
3. Die Gründung der Federal Trade Commission 1914	48
4. Die unterschiedliche Entwicklung von ICC und FTC	52
C. Die zweite Phase: Ausbau und Perfektionierung 1930–1950	55
I. Gegenständliche Ausdehnung der Regulierungsidee	55
1. Allgemeine wirtschaftsrechtliche Regelungen	56
2. Verfassungskontrolle	58
3. Neue Regulierungsbehörden	60
4. Insbesondere: Das National Labor Relations Board	61
II. Theorie des Regulierungsrechts im New Deal	62
1. Stellung und Status der Regulierungsbehörden als Problem	63
2. Theorie der Fortentwicklung der Gewaltenteilung	66
3. Theorie der vierten Gewalt	67
4. Theorie der verfahrensrechtlichen Einhegung	68
5. Zur Bedeutung des Verfahrensgedankens	70
III. Der Administrative Procedure Act (1946)	74
1. <i>Adjudication</i> und <i>rulemaking</i>	75
2. Gerichtliche Kontrolldichte, insbes. <i>reasonableness</i> -Standard	77
3. Gesetzgebungstechnik und gerichtliche Kontrolle	80
4. Zusammenfassung	83
D. Die dritte Phase: Anbau und Umbau (1950–2000)	84
I. Der offene Modellcharakter des Regulierungsrechts	85
1. Gemeinwohlverwirklichung statt Marktversagen	86
2. Verfahrensrecht statt materielles Recht	87
3. Politisierung und Rechtsbindung	88
4. <i>Regulatory Capture</i>	90

II. Erstreckung des Regulierungsverwaltungsrechts auf weitere Politikfelder	
nach 1970	91
1. Regulierungsrechtlicher Pluralismus nach dem 2. Weltkrieg	91
2. Neue Regulierungsbehörden	93
3. Veränderungen in der Normstruktur	94
4. <i>Cost-Benefit-Analysis</i> (CBA)	96
5. Regulierungsrecht und ökonomische Theorie	98
III. Rückbindung in die präsidentielle Exekutive	99
1. Errichtung neuer Departments	100
2. Kontrolle durch das OMB	101
3. Kontrolle durch das OIRA	102
4. Executive Orders	103
5. Auflösung von independent regulatory agencies	108
IV. Reformbestrebungen	110
1. Ursachen	110
a) Thematische Expansion	110
b) Enttäuschte Erwartungen	111
c) Fehlallokationen	112
d) Attacken des Originalismus	113
2. Reformansätze	114
a) Politische Ansätze	114
b) Juristische Ansätze	115
c) Ökonomische Ansätze	116
3. Politische Machtfragen	117
a) Konzeptioneller Einfluss des Präsidenten	117
b) Das Ende von Chevron und die neue Unsicherheit	119
c) Die aktuellen Angriffe auf den <i>administrative state</i>	124
E. Fazit	126

A. Einleitung

I. Zwei Geburtsstunden des Regulierungsrechts

Das Regulierungsverwaltungsrecht wurde **zwei Mal geboren** und dies im Abstand 1 von 100 Jahren: zum einen um 1890 in den Vereinigten Staaten, zum anderen um 1990 in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die jeweiligen Entstehungskontexte unterscheiden sich politisch, juristisch und konzeptionell. Schematisch lassen sich die jeweils anderen Grundkonzeptionen wie folgt gegenüberstellen: In den USA dient die Wirtschaftsregulierung dazu, Marktversagen zu beheben. Mit verwaltungsrechtlichen Mitteln sollen Wettbewerb und Gemeinwohl in Einklang gebracht werden. Zu diesem Zweck werden **unabhängige Regulierungsbehörden** gegründet, die zum **allgemeinen Organisationsmodell** des amerikanischen Bundesverwaltungsrecht werden. Die Regulierungsbehörde verkörpert den **Regelfall** der US-amerikanischen Bundesverwaltung. Anders ist die Ausgangslage in Europa hundert Jahre später.² Das mit Regulierung ver- 2 folgte primäre Ziel ist hier die Schaffung von Wettbewerbsmärkten in zuvor staatsmono-

² Die Entwicklungsstränge kontrastierend Jonas Plebuch/Simon Pielhoff, *Der Staat* 61 (2022), S.167 (169 ff.); Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, 2021, S.20 ff.; Johannes Reich, *VVDStRL* 82 (2024), 317 ff.; Johannes Masing, *AöR* 128 (2003), 562 ff.; Antonio La Spina/Giandomenico Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000, S. 23 ff., 61 ff., 173 ff.; Giandomenico Majone, in: ders. (Hrsg.), *Regulating Europe*, London 1996, S. 81 ff.; Martine Lombard, in: dies. (Hrsg.),

politisch organisierten Branchen. Mit verwaltungsrechtlichen Mitteln soll Gemeinwohl durch Wettbewerb gefördert werden. Wettbewerb ist hier ein Regelungsmittel, nicht, wie in den Vereinigten Staaten, der Regelungsgegenstand. In der europäischen Perspektive sind Regulierungsbehörden nicht der organisatorische Normalfall, sondern eine bereichsspezifische Ausnahme vom Modell der hierarchisch strukturierten und monokratisch verantwortlichen Wirtschaftsaufsicht. Zwar unterscheiden sich die Kontexte, in denen Regulierungsverwaltungsrecht in den USA und Europa entstand. Die über hundertjährige Geschichte der Regulierung in den USA liefert indes einen enormen **Erfahrungsfundus** für das Regulierungsverwaltungsrecht insgesamt. Wer die Chancen und Grenzen der Idee der Regulierung verstehen will, sollte die Höhen und Tiefen des amerikanischen Regulierungsverwaltungsrechts in Grundzügen kennen.

II. Die Eisenbahn als Regulierungsanlass

1. Marktversagen im amerikanischen Eisenbahnwesen

- 3 Regulierung und unabhängige Regulierungsbehörden sind nicht das Ergebnis systematischer Strukturentscheidungen, sondern einer **pragmatischen politischen Reaktion auf konkrete Missstände** in einem Wirtschaftszweig, der für die amerikanische Wirtschaft im ausgehenden 19. Jahrhundert von herausragender Bedeutung war: dem Eisenbahnwesen.
- 4 Die Eisenbahn spielte für die wirtschaftliche Erschließung der Neuen Welt eine zentrale Rolle. Ihre politische und **militärische Bedeutung** hatte sie bereits im amerikanischen Bürgerkrieg (1861–1865) unter Beweis gestellt, als sie vor allem den Nordstaaten ermöglichte, Truppenkontingente über weite Distanzen zu verlegen und zu versorgen. Für die Nordstaaten mit ihrer arbeitsteilig operierenden Industriegesellschaft wie für den agrarisch strukturierten Süden sowie den neu besiedelten Mittleren Westen war die Eisenbahn das wichtigste Transport- und Absatzmittel.³ Aber nicht nur Industrie und Landwirtschaft, Siedler und Militär waren auf die Eisenbahn angewiesen. Die Eisenbahn geriet auch in den Blick des Kapitalmarktes und galt vielen, darunter selbst deutschen Investoren,⁴ als **Spekulationsobjekt**. Viele Strecken dienten zugleich als lukrative Kapitalanlage. Von Anfang an gerieten die Verkehrsinteressen der Bevölkerung mit den Gewinn-

Régulation économique et démocratie, Paris 2006, S. 47, 49–54. Zum Vorbildcharakter der USA auch Norbert Reich, Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen, 1984, S. 5 ff.; Jürgen Müller/Ingo Vogelsang, Staatliche Regulierung – Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland, 1979; José Esteve Pardo, in: Muñoz Machado/ders. (Hrsg.), Derecho de la Regulación Económica, Bd. I, Madrid 2009, S. 293, 295 ff.

3 Die klassische Untersuchung stammt von John Stover, American Railroads, 1961, Nd. Chicago 1976. Lebhaftes Schilderung bei Marco d'Eramo, Das Schwein und der Wolkenkratzer, 1996, S. 16 ff.; William Cronon, Nature's Metropolis, New York 1991, S. 55 ff.; James Ely, Railroads and American Law, Lawrence 2001, S. 43 ff., 71 ff. Zur Entwicklung und Monopolbildung in den Südstaaten vgl. William Thomas, Lawyering for the Railroad, Baton Rouge 1999.

4 Den Informationsbedürfnissen deutscher Kapitalanleger dienten umfangreiche Publikationen in Deutschland, die über das amerikanische Eisenbahnwesen in jeder wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Hinsicht aufklärten. Vgl. etwa das seit 1878 erscheinende Archiv für Eisenbahnwesen, in dem vor allem Alfred von der Leyen über die eisenbahnrechtlichen Entwicklungen in den USA informierte. Den Informationsbedürfnissen der Kapitalanleger über die einzelnen Eisenbahngesellschaften kam etwa nach: J. Singer, Die amerikanischen Bahnen und ihre Bedeutung für die Weltwirtschaft, 1909.

erwartungen der Anleger in Konflikt. Die **Eisenbahn verklammerte unterschiedliche Interessen** der Bevölkerung in ländlichen Räumen und in Ballungsgebieten, der Schwerindustrie und der Landwirtschaft, aber auch des Kapitalmarkts und des Unternehmertums sowie der Besiedlungspolitik. Die Eisenbahn war das erste *big business* der USA.⁵ Sie avancierte zum Inbegriff des wirtschaftlichen und politischen Aufstiegs Amerikas⁶ und **materialisierte den Gedanken von Wettbewerb und Profit**, gegründet auf die Landnahme des Kontinents und seine wirtschaftliche Ausbeutung. In Amerika war die Eisenbahn in erster Linie ein Wirtschaftszweig. Die wirtschaftliche Wahrnehmung übertraf die politische. In Europa sah man das umgekehrt: Eisenbahnen waren primär ein Instrument der Infrastrukturpolitik und erst in zweiter Linie eine Wirtschaftsbranche.⁷

In Nordamerika kam es bereits in den 1860er Jahren zu erheblichen **Auseinandersetzungen im Eisenbahnwesen**, weil die wirtschaftlichen und die sozialen Interessen divergierten.⁸ In den 1880er Jahren brach auf zahlreichen Linien ein unerbittlicher Wettbewerb aus. Die großen Gesellschaften machten sich mit Parallelverkehren Konkurrenz und unterboten sich gegenseitig. Dadurch entstehende Betriebsverluste kompensierten die Bahngesellschaften mit überhöhten Tarifen auf Kurz- und Nebenstrecken, bei denen sie Monopole besaßen. In der Folge litten die lokalen Wirtschaftsinteressen und Kleinbauern unter übersteuerten Regionaltarifen, während die überregional operierende Großindustrie von den Ratenkriegen auf den Langstrecken profitierte. Aber auch die Kapitalanleger waren mit der Ertragslage unzufrieden. Durch die ruinösen Ratenkriege wurde manche Gesellschaft in den Konkurs getrieben und die Anleger ihres Kapitals beraubt. Marktversagen war allorten spürbar und verlangte nach Maßnahmen.⁹ Am Anfang der amerikanischen Wirtschaftsregulierung stehen die ökonomischen und sozialen **Nachteile branchenspezifischen Gewinnstrebens**. *Competition had run mad*.¹⁰ 5

2. Verstaatlichung in Deutschland

Die wirtschaftliche Entwicklung des amerikanischen Eisenbahnwesens unterschied sich erheblich von jener in Deutschland.¹¹ In Deutschland vermied man Parallelverkehre¹² weitgehend, indem man entweder sogleich auf das Staatsbahnsystem setzte oder den privaten Streckenbau so konzessionierte, dass eine hinreichende Kapitalverzinsung gewähr- 6

⁵ Um 1855 verfügten die USA bei 5% der Weltbevölkerung über 50% der weltweit gebauten Eisenbahnstrecken; vgl. *Stover* (Fn. 3), 38.

⁶ *Robert Fogel*, *Railroads and American Growth*, Baltimore, 1964; vgl. auch *Daniel Boorstin*, Preface, in: *Stover* (Fn. 3), V: „While railroads in Europe were commonly the servants of established communities, in America railroads were often their creators.“

⁷ Vgl. *Ralf Roth*, *Das Jahrhundert der Eisenbahn*, 2005; *Wolfgang Schivelbusch*, *Geschichte der Eisenbahnreise*, 1977. Beide betonen die soziale und kulturelle Bedeutung der Eisenbahn.

⁸ Näher *William Ripley*, *Railroads. Rates and Regulation*, New York 1912, S. 380 ff., 411 ff.

⁹ Näher dazu *Hans Kleinstüber*, Staatsintervention und Verkehrspolitik in den USA, S. 5–20; *Oliver Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, S. 70–73 m. w. N.

¹⁰ So *Ripley* (Fn. 8), 449.

¹¹ Vgl. *Leo Webrmann*, *Die Verwaltung der Eisenbahnen*, 1913, S. 13 ff. (Frankreich, Deutschland, England, die USA und andere Länder vergleichend); *Bernhard Witte*, *Eisenbahn und Staat*, 1932, S. 42 ff., 116 ff.; *Volker Then*, *Eisenbahnen und Eisenbahnunternehmer in der Industriellen Revolution*, 1997 (Preußen, England und die USA vergleichend); *Colleen Dunlavy*, *Politics and Industrialization*, Princeton 1994; *Detlef Vagts*, in: Horn/Kocka (Hrsg.), *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, 1979, S. 604 ff.

¹² Dazu etwa *Gall/Pohl* (Hrsg.), *Die Eisenbahn in Deutschland*, 1999. Über die Eisenbahn hinaus: *Lorenz Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur*, 2006.

leistet war.¹³ Nur wenige private Gesellschaften, darunter die im nördlichen Ruhrgebiet mächtige Cöln-Mindener-Eisenbahn,¹⁴ konnten aus eigener Kraft überleben. Im Übrigen sicherte sich vor allem Preußen über Konzessionen, Kapitalbeteiligungen, Zinsgarantien oder die Betriebsaufsicht einen gehörigen Einfluss auf Streckenbau und Betrieb und erreichte auf diese Weise auch den Bau unrentabler, politisch bzw. militärisch motivierter und subventionierter Linien. Zu einem ruinösen Wettbewerb wie in den USA ist es in Deutschland, mit Ausnahme von konkurrierenden Privatbahnen im Ruhrgebiet, nicht gekommen. Dies ist in erster Linie einer **staatlichen Konzessionspraxis** zu verdanken, die den Gesellschaften zwar betriebliche und tarifliche Auflagen machte, sie dafür aber auch **vor Konkurrenz schützte**.

- 7 Im deutschen Eisenbahnwesen wurden anfänglich konkurrierende Modelle verfolgt. Einige Staaten vertrauten auf das **Privatbahnsystem** (Hessen, Mecklenburg, Preußen, Sachsen), andere unterhielten **Staatsbahnen** (Baden, Bayern, Braunschweig, Hannover, Württemberg).¹⁵ Um 1860 hielten sich Staats- und Privatbahnen die Waage.¹⁶ Danach setzte sich in Deutschland das Staatsbahnsystem immer weiter durch: zum einen, weil sich für militärisch oder infrastrukturell motivierte (unrentable) Strecken kein privates Kapital akquirieren ließ, zum anderen weil durch die Gründerkrise in den 1870er Jahren viele Gesellschaften vor dem Konkurs standen und von den Staaten aufgekauft bzw. gleich verstaatlicht wurden. Preußen etwa musste schon in den 1850er Jahren private Linien subventionieren und den Bau der Ostbahn von Berlin nach Danzig und Königsberg auf Staatskosten in Angriff nehmen, weil sich kein privates Kapital auftreiben ließ.¹⁷ Ähnlich war die Lage in Sachsen. Neue Bahnen entstanden auf Staatskosten; Privatbahnen wurden bezuschusst und fallweise verstaatlicht.
- 8 Im europäischen Vergleich¹⁸ ist Deutschland früh zur Verstaatlichung der Eisenbahnen gelangt.¹⁹ Um 1890 war die **Verstaatlichung der Eisenbahnen** auf Länderebene abgeschlossen. Die Reichsverfassung von 1871 beließ das Eisenbahnwesen in der Kompetenz der Staaten²⁰ und wies dem Reich bloß Aufsichtsrechte zu (Art. 41–47 RV 1871), darunter die Tarifkontrolle, die Bau- und Betriebsaufsicht.²¹ Erst mit der Gründung der Reichsbahn durch Staatsvertrag 1920 sowie der Deutschen Reichsbahngesellschaft 1924²² war das

13 Vgl. Dieter Ziegler, Eisenbahnen und Staat im Zeitalter der Industrialisierung, 1996.

14 Walter Seitz, Die Entstehung der Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft, 1974.

15 Zu den Modellen des Privatbahnsystems und des Staatsbahnsystems mit ihren Vor- und Nachteilen immer noch Alfred von der Leyen, Eisenbahnen (Allgemeiner Teil), in: Elster/Weber/Wieser (Hrsg.), Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 3, 4. Aufl., 1926, S. 560, 565–569; sowie Witte (Fn. 11), 1 ff., 11 ff.; genauer Überblick über die Entwicklung in Deutschland bei Wilhelm Hoff, Eisenbahnen im Deutschen Reich, in: Elster/Weber/Wieser (Fn. 15), S. 587 ff.; siehe etwa auch Hans-Herbert Wilhelmi, Staat und Staatseisenbahn, Diss. jur. Freiburg/Brsg. 1962, S. 5–14, auch in: Archiv für Eisenbahnwesen 73 (1963); Gerhard Stahr, Eisenbahnen in Preußen 1838–1920, 1995; Andreas Geißler, Nichtstaatlicher Bahnbau in Pommern und Westfalen 1880–1914, 2004.

16 Hoff (Fn. 15), 568.

17 Stahr (Fn. 15), 126–129; Kurt Born, Archiv für Eisenbahnwesen 34 (1911), 879, 1125, 1431.

18 Knapper Überblick bei Wilhelmi (Fn. 15), 15 f.

19 1927 waren in Europa erst 56 % der Fernbahnen verstaatlicht, nach Erich Kruchen, in: Hausteine (Hrsg.), Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960, S. 9, 35.

20 Eine Zusammenstellung der Eisenbahngesetze in den Ländern bei Kruchen (Fn. 19), 27–31.

21 Auf Bayern waren diese Bestimmungen nach Art. 46 Abs. 2 RV nicht anwendbar. Die Artikel zum Eisenbahnwesen wurden weitgehend aus der Verfassung des Norddeutschen Bundes übernommen.

22 Ihre Ausgliederung als Sondervermögen des Reiches diente der Erfüllung des Versailler Vertrages. Die Reichsbahn wurde zur selbständigen Schuldnerin von Reparationszahlungen; vgl. Reichsbahn-

Staatsbahnsystem auf der Reichsebene vollzogen (Art. 89–96 WRV).²³ Zum Vergleich: Die Ferrovie dello Stato in Italien entstanden 1905; die SNCF in Frankreich 1938, British Rail 1948 (reprivatisiert 1994/97).

3. Unterschiedliche Ausgangspunkte

Die **deutsche und die amerikanische Entwicklung unterscheiden sich** folglich nicht unerheblich, was sich auf die rechtlichen Lösungsmodelle zur Regulierung dieses Wirtschaftszweigs auswirkte. In Deutschland wurden die wirtschaftlichen und politischen Zielkonflikte, die der Eisenbahnbau und -betrieb aufwarf, durch Verstaatlichung behoben. Nur die **Verstaatlichung garantierte eine gemeinwohlverträgliche Lösung**. Beispielhaft sei auf die Denkschrift zur ersten preußischen Verstaatlichungsvorlage 1879 verwiesen, die das Staatsbahnsystem unter jedem denkbaren Gesichtspunkt rechtfertigte: „Unter allen Gestaltungsformen, welche das Eisenbahnwesen in den modernen Kulturstaaten gefunden hat, ist das reine Staatsbahnsystem allein dasjenige, welches die Aufgaben der Eisenbahnpolitik des Staats, die einheitliche Regelung innerhalb des Staatsgebietes und die Förderung der beteiligten öffentlichen Interessen vollauf zu erfüllen vermag. Nur in dieser Form ist eine wirtschaftliche Verwendung des Nationalkapitals, welches durch die Anlage und den Betrieb der Eisenbahnen in so großartigem Maßstab in Anspruch genommen wird, möglich; nur in dieser Form ist zugleich die unmittelbare und wirksame Fürsorge des Staats für die seinem Schutz anvertrauten öffentlichen Interessen denkbar; nur in dieser Form bietet sich endlich die Möglichkeit einfacher, billiger und rationeller Transporttarife, die sichere Verhinderung schädlicher Differentialtarife, eine gerechte, rasche und tüchtige, auf das allgemeine Beste bedachte Verwaltung. Es muss daher das Staatsbahnsystem als der Abschluss der Entwicklung des Eisenbahnwesens angesehen werden.“²⁴

In den USA hingegen war Verstaatlichung nie eine politische Option (mit Ausnahme von Kriegszeiten²⁵). Die **divergierenden Interessen** (auskömmliche Tarife, hinreichende Kapitalverzinsung, günstige Frachtraten, sichere Arbeitsbedingungen) wurden **mit Hilfe einer neuen verwaltungsrechtlichen Organisationsform bewältigt: der Regulierungsbehörde**. Ihr Entstehungsprozess verlief weder stringent noch planvoll. Vielmehr bildete sich erst im Verlauf von ca. 40 Jahren ein typologisch verallgemeinerungsfähiges Organisationsmodell heraus, nach welchem Regulierungsbehörden in anderen Branchen errichtet werden konnten. Die Eisenbahnregulierung blieb also über fast ein halbes Jahrhundert das **Experimentierfeld der Regulierungsidee** schlechthin. Man kann sagen, in dieser Branche ist es lange bei einer Sonderentwicklung geblieben, die in den Vereinigten Staaten erst kurz vor dem Ersten Weltkrieg als verallgemeinerungsfähiger Organisationstyp anerkannt wurde, von dem sodann aber immer größerer Gebrauch gemacht wurde.

gesetz v. 30. 8. 1924, RGBl. II, S. 272; *Wilhelmi* (Fn. 15), 40–44; *Hoff* (Fn. 15), 593–596, *Eberhard Kolb*, in: *Gall/Pohl* (Fn. 12), S. 109 ff.

²³ Vgl. *Manfred Pohl*, in: *Gall/ders.* (Fn. 12), S. 75 ff.; *Wilhelmi* (Fn. 15), 32–44; *Karl Stephani*, Die Entwicklung des Reichseisenbahngedankens, 1928.

²⁴ Denkschrift zur ersten preußischen Verstaatlichungsvorlage vom 29. 10. 1879, S. 76, hier zitiert nach *v. d. Leyen* (Fn. 15), 568.

²⁵ Zur de facto-Verstaatlichung der Eisenbahnen von 1917–1920 vgl. *Kleinsteuber* (Fn. 9), 49–51; *Joshua Bernhardt*, The Interstate Commerce Commission, Baltimore 1923, S. 47–54.

B. Die erste Phase: Anfänge 1870–1930

I. Eisenbahnregulierung

1. Vorläufer

a) Fehlende Organisationsstruktur

- 11 Für die Lösung der Eisenbahnprobleme **stand auf Bundesebene kein Modell bereit**. Eine institutionalisierte Bundesverwaltung, die über feste Organisationsstrukturen verfügte, war in den Vereinigten Staaten weitgehend unbekannt. Ämter wurden nicht selten meritokratisch besetzt. Bis Mitte des 20. Jahrhunderts pflegte der Präsident seinen jeweiligen Wahlkampforganisator zum Postminister (*postmaster general*) zu ernennen (ein seinerzeit lukratives Amt), wie überhaupt die Bestellung der örtlichen *postmasters* einem Patronagesystem gehorchte, das schon seit Andrew Jackson 1829 als „spoils system“ nach Wahlen den Austausch des Regierungspersonals durch Gefolgsleute legitimierte.²⁶ Für die Bewältigung der Eisenbahnfrage mit ihren Zielkonflikten und Interessengegensätzen konnte dies kein Modell sein. Es war daher nur konsequent, dass der Kongress nach **Vorbildern in den Einzelstaaten** Ausschau hielt, zumal diese bereits in anderen Fragen auf sichtlich und eingreifend tätig geworden waren.²⁷ Zudem erfüllte das (einzelstaatliche) **Common Law** eine gesellschaftliche und wohlfahrtsorientierte Ausgleichsfunktion, insbesondere durch privatrechtliche Beschränkungen des Eigentums.²⁸ Gemeinwohl-orientierte Zwecke ließen sich in den Vereinigten Staaten stärker mit zivilrechtlichen Mitteln verwirklichen als in Deutschland, so dass im 19. Jahrhundert die Regulierungsfunktionen vom Common Law übernommen wurden.²⁹ Zudem wurde das Common Law nicht als neutrales oder unpolitisches Rechtsgebiet verstanden (wie oft das Privatrecht in Deutschland), sondern über intersubjektive Ziele hinaus zur Regelung gesellschaftlicher Verteilungsfragen herangezogen.

b) Das Ursprungsmodell: Die Illinois Railroad and Warehouse Commission (1871)

- 12 Zur Behebung von Missständen im Eisenbahnwesen waren erste Staaten bereits seit 1844 tätig geworden. 1890 besaßen 30 von 47 Bundesstaaten Eisenbahngesetze. Sie folgten im Wesentlichen **zwei Modellen**, nämlich dem Gesetz aus Massachusetts, das an der Ostküste Verbreitung fand, sowie dem Gesetz aus Illinois, das in den Staaten des Mittleren Westens überwog. Beide Modellgesetze schufen Aufsichtsbehörden, deren Kompetenzen

²⁶ Ausführlich zur jahrzehntelangen Praxis der Präsidenten, verdiente Gefolgsleute mit Ämtern bei der Post zu betrauen: *Daniel Carpenter*, *The Forging of Bureaucratic Autonomy*, Princeton 2001, S. 40 ff.; *Matthias Roßbach*, *Das Personal der Republik*, 2020, S. 520–536. Siehe auch *Karl Loewenstein*, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 1959, S. 338–342.

²⁷ *William Novak*, *The People's Welfare*, Chapel Hill 1996; *Robert Rabin*, *Stanford Law Review* 38 (1986), 1189, 1197 ff.; *Marshall Breger/Gary Edles*, *Administrative Law Review* 52 (2000), 1111, 1123–1127.

²⁸ Zur Entwicklung in Massachusetts *Leonard Levy*, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw*, Cambridge/Mass. 1957 (Nd. 1987); für Illinois und Virginia *Howard Schweber*, *The Creation of American Common Law, 1850–1880*, Cambridge 2004; zur Police Power der Einzelstaaten *Ernst Freund*, *The Police Power*, Chicago 1904. Siehe auch mehrere Beiträge zum US-amerikanischen Eigentumsrecht in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive in: Siegrist/Sugarman (Hrsg.), *Eigentum im internationalen Vergleich*, 18.–20. Jhdt., 1999.

²⁹ *Cass R. Sunstein*, *After the Rights Revolution*, Cambridge/Mass. 1990, S. 17 f.